

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.36 vom 2. September 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-09-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2015.36](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.36)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.36 du 2 septembre 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.36 del 2 settembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Überprüfung des angefochtenen Entscheids ergibt sich aus dem Überweisungsbeschluss des Präsidialdepartements vom 26. Februar 2015 sowie aus § 42 Organisationsgesetz (OG; SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG (vgl. auch § 5 Abs. 3 der Verordnung zum EntsG [Vo EntsG; SG 812.900]). Die Rekurrentin ist vom angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Sie ist daher gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist somit einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach der allgemeinen Bestimmung von § 8 VRPG. Danach prüft das Gericht, ob die Verwaltung öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet, den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt oder ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat.

### **E. 2**

2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG müssen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland, welche Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer zur Erfüllung eines eigenen Auftrages in die Schweiz entsenden, diesen mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360a Obligationenrecht (OR; SR 220) bezüglich minimaler Entlohnung inklusive Zuschläge, Arbeits- und Ruhezeit, Mindestdauer der Ferien; Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen sowie Nichtdiskriminierung, namentlich Gleichbehandlung von Frau und Mann, vorgeschrieben sind. Der Arbeitgeber muss den mit der Durchsetzung des Gesamtarbeitsvertrages betrauten paritätischen Organen auf Verlangen alle Dokumente zustellen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer belegen. Diese Dokumente müssen in einer Amtssprache vorgelegt werden. Der Vollzug des EntsG obliegt als zuständige Behörde dem AWA (§ 1 Vo EntsG).

2.2 Vorliegend hat die BASKO die Rekurrentin unbestrittenermassen mit Schreiben vom 22. August 2013 aufgefordert, ihr im Einzelnen aufgezählte ■ Unterlagen (in Deutsch oder mit Übersetzung) sämtlicher am Objekt eingesetzten Mitarbeiter und Subunternehmen bis am 13. September 2013 zuzustellen ■. Erwähnt werden weiter spezifizierte Arbeitszeitaufzeichnungen, Lohnabrechnungen und Lohnzahlungsbelege, Kopien der Arbeitsverträge und Diplome der Lehrabschlussprüfung, Belege über die Bezahlung von

Zusatzentschädigungen, 13. Monatsgehälter sowie Urlaubs- und/oder Weihnachtsgelder, Belege über Ferien und Feiertage, Bezahlung von Spesen etc. sowie zwingend die beiliegende Selbstdeklaration pro Mitarbeiter (1 Exemplar). Gleichzeitig enthielt das Schreiben Angaben über die Aufgabe der BASKO, die gesetzlichen Pflichten im Entsendungsverfahren und die Folgen bei deren Verletzung. In der Folge sendete die Rekurrentin mit Schreiben vom 2. September 2013 der BASKO Unterlagen zu. Eine weitere Zustellung von Unterlagen der Rekurrentin erfolgte per E-Mail vom 16. September 2013. Mit E-Mail vom 17. September 2013 teilte die BASKO der Rekurrentin mit, ihre Unterlagen zwar erhalten zu haben. Diese enthielten aber nicht den verlangten Umfang. Deshalb wurden der Brief und die Selbstdeklaration noch einmal als PDF angehängt. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2013 mahnte die BASKO die verlangten Unterlagen erneut an und setzte der Rekurrentin dazu eine Frist bis zum 20. Dezember 2013. Gleichzeitig wurden weitere Massnahmen für den Säumnisfall vorbehalten. Mit E-Mail vom 12. Dezember 2013 verwies die Rekurrentin auf ihre E-Mail vom 16. September 2013, ohne weitere Dokumente anzuhängen. Schliesslich machte die BASKO mit Schreiben vom 14. April 2014 Rapport wegen Auskunftsverweigerung und Meldepflichtverletzung an das AWA, da die Rekurrentin nur ungenügende Unterlagen eingereicht habe. So habe sie keine Selbstdeklaration ausgefüllt und keine beglaubigte Lohn-Zeit- und Spesenabrechnung eingereicht. Das AWA gab der Rekurrentin mit Schreiben vom 8. Mai 2014 Gelegenheit zum rechtlichen Gehör. Nachdem die Rekurrentin darauf nicht reagiert hat, erliess das AWA die ursprünglich angefochtene Verfügung vom 26. Mai 2014. Erst danach liess sich die Rekurrentin gegenüber dem AWA mit weiteren Unterlagen vernehmen.

2.3 Aufgrund dieses Sachverhalts erwog die Vorinstanz, dass die Rekurrentin im Anschluss an die Aufforderungen der BASKO vom 22. August und 5. Dezember 2013 dieser insbesondere mit der E-Mail vom 16. September 2013 diverse Unterlagen habe zukommen lassen. Entgegen der Begründung in der Verfügung des AWA vom 26. Mai 2014 habe die Rekurrentin damit der mehrfachen Aufforderung der BASKO, ihr die Arbeits- und Lohnbedingungen ihrer entsandten Arbeitnehmenden nachzuweisen, zwar nicht gar keine Folge geleistet. Mit den eingereichten Dokumenten habe die Rekurrentin aber die im Schreiben vom 22. August 2013 geforderten Unterlagen nicht vollständig eingereicht. So habe sie etwa das Formular ■Selbstdeklaration pro Mitarbeiter■ nicht ausgefüllt. Es werde von der Rekurrentin auch nicht erwähnt, obwohl dessen Ausfüllung im Schreiben vom 22. August 2013 als ■zwingend■ bezeichnet worden sei. Weiter fehlten beglaubigte Lohn-, Zeit- und Spesenabrechnungen sowie Angaben zu Ferien-, Feiertags-, 13. Monatslohn- sowie Urlaubs- oder Weihnachtsgeldansprüchen der Mitarbeiter. Aus den eingereichten Tabellen ergebe sich nicht, wie sich der Stundenlohn zusammensetze und ob der berechnete Lohn überhaupt ausbezahlt worden sei. Aus den zahlreich eingereichten Zahlungsbelegen, Flug- und Hotelbestätigungen gehe nicht hervor, ob und welche Spesen von den Arbeitnehmern bezahlt worden seien. Zudem beträfen sie teilweise gar nicht den massgebenden Zeitraum vom 12. bis zum 23. August 2013 oder bezögen sich gar nicht auf Basel sondern Bern oder Lugano. Zu den Arbeitsverträgen und Diplomen der beiden Arbeitnehmer seien zwar Kopien eingereicht, diese aber trotz der Aufforderung im Schreiben vom 22. August 2013 nicht übersetzt worden.

2.4 Mit ihrem Rekurs macht die Rekurrentin auf der Grundlage dieses Sachverhalts geltend, dass sie die Einreichfrist mit ihrer Eingabe vom 16. September 2013 gewahrt habe. In der Folge hätte die BASKO ■mit einer individuell konkreten, umsetzbaren Anordnung■

festsetzen müssen, welche Unterlagen die Rekurrentin noch nachzusenden oder wie sie ihre Eingabe hätte verbessern müssen. Weiter hätte sie nach Prüfung der eingereichten Eingaben prüfen müssen, inwieweit die Arbeits- und Lohnbedingungen die in Bundesgesetzen, Verordnungen und allgemeinverbindlich erklärten Gesamt- oder Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360 lit. a OR (recte 360a OR) auch für die von der Rekurrentin entsendeten beiden Mitarbeiter eingehalten worden seien. Gestützt darauf hätte allenfalls eine Nachfrist zur Verbesserung der Eingabe zur Vermeidung einer reformatio in peius und zur Gewährung des rechtlichen Gehörs erfolgen müssen mit der Androhung der Sanktion für den Fall, dass sie den Verfügungsaufgaben nicht rechtsgenügend nachkommen würde.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht feststellt, kommt der BASKO eine reine Kontrollfunktion zu. Für die Anordnung der im Entsendegesetz vorgesehenen Massnahmen und Sanktionen und damit den Erlass entsprechender Verfügungen ist, wie ausgeführt (E. 2.1), das AWA zuständig. Die Rekurrentin übersieht zudem auch, dass die BASKO bei ihrer Korrespondenz im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit die von ihr angemahnten Nachfragen sehr wohl vorgenommen hat. So hat sie der Rekurrentin auf ihre Eingabe vom 16. September 2013 hin am folgenden Tag geantwortet, die eingereichten Unterlagen hätten nicht den von uns geforderten Umfang. Deshalb wurde ihr der Brief vom 22. August 2013 mit der detaillierten Auflistung der verlangten Unterlagen wie auch das auszufüllende Formular für die Selbstdeklaration erneut zugestellt mit der Bitte, dieses korrekt auszufüllen und die verlangten Unterlagen beizulegen. Hierfür wurde der Rekurrentin bis zum 24. September 2013 Frist gesetzt. Damit ist der Rekurrentin die von ihr gewünschte Nachfrist sowohl mit diesem Schreiben wie auch mit der Mahnung vom

## **E. 5**

Dezember 2013 zweimal gewährt worden. Soweit der Rekurrentin nicht klar gewesen sein sollte, was nun noch nachzureichen wäre, hätte sie sich nach Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV auf dieses Schreiben hin erneut bei der BASKO melden müssen. Dies hat sie unterlassen.

2.5 Weiter rügt die Rekurrentin eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV und § 38 Abs. 2 OG. Sie macht geltend, beim Schriftenwechsel mit der BASKO vom 22. August und 5. Dezember 2013 handle es sich um Aufforderungen zur Einreichung bestimmter Dokumente und um Fragen zum Sachverhalt. Es fehlten im vorliegenden Einspracheverfahren eine konkrete Androhung der reformatio in peius mit dem verfassungsmässigen Anspruch auf rechtliches Gehör in Form des individuellen Schriftenwechsels sowie eine schriftliche Stellungnahme der Pflichtigen, was als grober Verfahrensmangel qualifiziert werden müsse.

Diese Ausführungen sind nicht nachvollziehbar. Wie dargelegt, hat die BASKO die Rekurrentin wiederholt aufgefordert, im Einzelnen bezeichnete Unterlagen zu edieren. Auf die Einreichung einzelner Unterlagen mit Eingabe vom 16. September 2013 hin hat die BASKO die Rekurrentin umgehend auf deren Ungenügen und insbesondere auf das auszufüllende Formular für die Selbstdeklaration wie auch die übrigen, mit dem Schreiben vom 22. August 2013 verlangten Unterlagen hingewiesen. Darauf hat die Rekurrentin nicht reagiert. Auf die Mahnung vom 5. Dezember 2013 hat sie mit E-Mail vom 12. Dezember 2013 allein auf ihre bereits erfolgte Eingabe verwiesen, obwohl ihr mit E-Mail vom 17. September 2013 bereits detailliert beschieden worden ist, dass sie damit ihrer

Editionspflicht gemäss dem Schreiben vom 22. August 2013 nur ungenügend nachgekommen ist. Damit erhielt die Rekurrentin ausreichend Gelegenheit, im Kontrollverfahren mitzuwirken. Wenn sie darauf verzichtet, kann sie keine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs beklagen. Sodann ist auch ersichtlich, dass die BASKO bereits mit ihrem Schreiben auf die möglichen Sanktionen bei einer mangelhaften Kooperation im Kontrollverfahren hingewiesen hat. Zudem wurde der Rekurrentin vom AWA mit Schreiben vom 8. Mai 2014 noch einmal das rechtliche Gehör und Frist bis zum 22. Mai 2014 zur Stellungnahme zu dem in Aussicht genommenen Entscheid gewährt. Auch diese Frist liess die Rekurrentin unbenutzt verstreichen. Erst nach Fristablauf und der Verfügung vom 26. Mai 2014 hat sie reagiert und Unterlagen eingereicht. Diese sind im vorinstanzlichen Verfahren ebenfalls berücksichtigt worden. Unverständlich ist ferner auch, worin eine *reformatio in peius* im Kontrollverfahren vor der BASKO liegen soll, ging es im gesamten Verfahren doch immer um die gleichen Auskunftspflichten und die nämliche Sanktion.

2.6 Schliesslich macht die Rekurrentin mit ihren Ausführungen geltend, es sei nicht Gegenstand des Verfahrens, ob die Unterlagen vollständig eingereicht worden seien oder nicht. Diese Frage habe die BASKO als erste Instanz auf der Grundlage der von ihr mit E-Mail vom 16. September 2013 eingereichten Unterlagen zu prüfen. Dies sei nicht Sache des AWA und des WSU als Rechtsmittelinstanzen.

Darin kann der Rekurrentin ebenfalls nicht gefolgt werden. Zunächst ist erneut darauf hinzuweisen, dass das AWA keine Rechtsmittelinstanz ist, sondern ursprünglich zu beurteilen hatte, ob die Rekurrentin ihrer Pflicht zur Edition der von ihr verlangten Unterlagen nach Art. 7 Abs. 2 EntsG gegenüber der BASKO nachgekommen ist. Nicht zu beanstanden ist weiter auch, dass die Vorinstanz den angefochtenen Entscheid mit einer anderen Begründung bestätigt hat. Aus dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen folgt auch die Zulässigkeit der Begründungs- oder Motivsubstitution (vgl. statt vieler BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254; BGer 2C\_131/2011 vom 25. Februar 2011 E. 3.1; VGE VD.2013.207 vom 17. Juli 2014 E. 2.2.4, VD.2013.25 vom 14. Oktober 2013 E. 3.3; Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1136; Häberli, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar zum VwVG*, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 62 N 40; Schwank, *Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt*, Basel/Genf/München 2003, S. 31 und 199). Voraussetzung ist allerdings, dass sich die Motivsubstitution durch die Rekursinstanz im Rahmen des bisherigen Streitgegenstands hält (Häberli, a.a.O., Art. 62 N 39; Meyer/Dormann, in: Niggli/Uebersax/Wiprächtiger [Hrsg.], *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 106 BGG N 12). Streitgegenstand bildet vorliegend die Frage, ob die Rekurrentin ■ auf die sich auf Art. 7 Abs. 2 EntsG gestützte Aufforderung der BASKO hin ■ die zur Kontrolle der Arbeitsbedingungen der entsandten Arbeitnehmer notwendigen Unterlagen eingereicht hat. Auch wenn das AWA noch davon ausgegangen ist, dass keine Unterlagen eingereicht worden sind, bleibt es bei einem Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 EntsG, wenn Unterlagen zwar eingereicht werden, diese aber auch nach angesetzter Mahnung unvollständig und ungenügend bleiben. Auf diese Beurteilungsgrundlage hat sich schon das AWA mit seiner Vernehmlassung vom 26. August 2014 im vorinstanzlichen Rekursverfahren bezogen, sodass die Rekurrentin bereits Gelegenheit hatte, dazu mit ihrer Replik vom 1. Oktober 2014 Stellung zu nehmen. Damit ist der Anspruch der Rekurrentin auf Wahrung ihres rechtlichen Gehörs im Zusammenhang

mit dieser Motivsubstitution gewahrt worden. Nicht zielführend ist in diesem Zusammenhang denn auch der Vorhalt einer mangelhaften Eröffnung der Verfügung vom 26. Mai 2014. Diese Verfügung mag, wie von der Vorinstanz festgestellt worden ist, bezüglich der Sachverhaltsfeststellung inhaltlich mangelhaft gewesen sein. Dies begründet aber entgegen der Auffassung der Rekurrentin keine mangelhafte Eröffnung der Verfügung. Es liegt kein Formfehler vor.

2.7 Nicht gerügt werden von der Rekurrentin die auf die Verletzung der strittigen Auskunftspflichtverletzung gestützte Sanktion und deren Angemessenheit. Das Verwaltungsgericht prüft eine angefochtene Verfügung gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 VRPG und § 46 Abs. 2 OG nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht nur die rechtzeitig vorgebrachten Beanstandungen. In diesem Sinne gilt das sogenannte Rügeprinzip (Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, BJM 2005, S. 277 ff., 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, 2008, S. 477 ff., 504; VGE VD.2013.86 vom 29. November 2013 E. 1.3). Es kann daher diesbezüglich vollumfänglich auf die Erwägungen der Vorinstanz (E. 12 ff.) verwiesen werden.

3.

Aus dem Gesagten folgt, dass der Rekurs abzuweisen ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1'500. (inkl. Auslagen).

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