

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.252 vom 15. Januar 2024

BS Appellationsgericht, 2024-01-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2022.252

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.252 du 15 janvier 2024

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2022.252 del 15 gennaio 2024

Volltext

Appellationsgericht
des Kantons Basel-Stadt
als Verwaltungsgericht
Dreiergericht
VD.2022.252

URTEIL

vom 15. Januar 2024

Mitwirkende

Dr. Stephan Wullschleger, lic. iur. André Equey,
Prof. Dr. Daniela Thurnherr Keller
und Gerichtsschreiberin MLaw Marion Wüthrich

Beteiligte

A___Rekurrentin

[...]

vertreten durch [...], Rechtsanwalt,
und [...], Rechtsanwalt,

[...]

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit Basel-Stadt
Utengasse 36, 4058 Basel

Gegenstand

Rekursgegen einen Entscheid des Departements für Wirtschaft, Soziales und Umwelt vom 16. September 2022

Betreffend Verstoss gegen das Entsendegesetz (Verfügung vom 17. August 2021)

1.1 Die sachliche und funktionelle Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Überprüfung des angefochtenen Entscheids ergibt sich aus dem Überweisungsschreiben des Regierungspräsidenten vom 23. November 2022 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 [Entsendeverordnung; 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.

2.

Das Entsendegesetz regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört (Art. 1 lit. a und b EntsG). Gemäss Art. 2 EntsG müssen Arbeitgeber ihren entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern während des Einsatzes in der Schweiz mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrates, allgemein verbindlich erklärten GAV und Normalarbeitsverträgen im Sinne von Art. 360a des Obligationenrechts (OR, SR 220) vorgeschrieben sind. Die Einhaltung dieser Anforderungen ist gemäss Art. 7 Abs. 1 EntsG zu kontrollieren. Dabei muss der Arbeitgeber, welcher Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer in die Schweiz entsendet, den zuständigen Kontrollorganen auf Verlangen alle Dokumente zustellen, welche die Einhaltung der Arbeits- und Wohnbedingungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer belegen (Art. 7 Abs. 2 EntsG). Die Kontrollorgane melden jeden Verstoss der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 9 Abs. 1 EntsG). Bei Verstössen gegen die Auskunftspflicht, wenn wissentlich falsche Auskünfte erteilt oder die Auskunft verweigert wird (Art. 12 Abs. 1 lit. a EntsG), kann die zuständige kantonale Behörde in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 lit. e EntsG eine Dienstleistungssperre von mindestens einem Jahr, maximal fünf Jahren aussprechen. Während die Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten GAV gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a EntsG den paritätischen Organen obliegt, ist die Sanktionierung allfälliger Verstösse Aufgabe der zuständigen kantonalen Behörde (Art. 7 Abs. 1 lit. d EntsG; VGE VD.2015.36 vom 2. September 2015 E. 2.1). Dies ist im Kanton Basel-Stadt das AWA (§ 1 Abs. 1 Vo EntsG).

3.

Strittig ist vorliegend, ob die gegen die Rekurrentin ausgesprochene Dienstleistungssperre in der Schweiz zu Recht erfolgte.

3.1 In Berücksichtigung der vorgenannten rechtlichen Ausgangslage und bezogen auf den vorliegenden Sachverhalt erwog das WSU, dass die ZPK die Rekurrentin unbestrittenermassen mit Schreiben vom 4. Dezember 2021 aufgefordert habe, das zur

Überprüfung der Einhaltung der massgebenden GAV-Bestimmungen beigelegte Formular für alle Arbeitnehmenden, welche beim C____ eingesetzt waren, vollständig ausgefüllt zu retournieren. Sie habe dabei die Unterlagen aufgelistet, die vollständig eingereicht werden sollten. Neben dem Formular ZPK-EU 120 seien dabei der Arbeitsvertrag, die Lohnabrechnungen, die Arbeitsrapporte, die Nachweise betreffend Spesenzahlungen (Verpflegung und allenfalls Übernachtung), die Kopien der Meldebestätigung des kantonalen Amtes und bei stornierten Einsätzen die Abmeldebestätigung des Amtes sowie die schriftliche Begründung für die Abmeldung genannt worden. Die Rekurrentin mache geltend, dieses Schreiben der ZPK mit der Auflistung der einzureichenden Unterlagen und dem angehängten Formular aufgrund des pandemiebedingten Homeoffice nicht erhalten zu haben. Das Einschreiben sei zwar vermutlich entgegengenommen, jedoch intern nicht richtig weitergeleitet worden. Das Original sei bei ihr bis heute nicht auffindbar. Nach Erhalt der Mahnung der ZPK vom 26. Januar 2021 habe sie sich umgehend telefonisch mit der zuständigen Person in Verbindung gesetzt. Diese habe bestätigt, dass die verlangten Informationen bis am 26. Februar 2021 eingereicht werden könnten. Sie sei in der Folge irrtümlicherweise davon ausgegangen, dass sie einzig das dem Schreiben der ZPK vom 4. Dezember 2020 beigelegte Formular ausfüllen und zustellen müsse, was sie mit Eingabe vom 24. Februar 2021 getan habe. Als sich Ende April 2021 ein Mitarbeiter der PK gemeldet habe, habe sie die E-Mail mit dem Formular auch noch an diesen weitergeleitet. Erst aufgrund des Schreibens des AWA vom 9. Juli 2021 habe sie bemerkt, dass sie mit dem ausgefüllten Formular nicht alle verlangten Unterlagen eingereicht habe und habe umgehend alle fehlenden Unterlagen zusammengestellt und nachgereicht (angefochtener Entscheid E. 5). Entsprechend anerkannte das WSU, dass von der Rekurrentin zumindest ein Teil der geforderten Unterlagen eingereicht worden seien. Auch sei erkennbar, dass die Rekurrentin sich nach Erhalt jedes Schreibens, bei dem es um die einzureichenden Unterlagen ging, umgehend mit der bearbeitenden Person in Verbindung gesetzt habe. Ob die angefragten Personen die Rekurrentin nicht auf die neben dem Formular einzureichenden Unterlagen hingewiesen haben, könne nicht eindeutig festgestellt werden. Aus den Unterlagen gehe aber hervor, dass sich die Rekurrentin stets kooperativ gezeigt und anboten habe, für weitere Fragen zur Verfügung zu stehen. Es könne daher nicht mit Sicherheit festgestellt werden, dass die Rekurrentin die Auskunft willentlich und wissentlich verweigert habe. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass die Rekurrentin die Auskunftspflicht auf fahrlässige Weise verletzt habe (angefochtener Entscheid E. 10). Während die Strafbestimmung nach Art. 12 Abs. 1 lit. a EntsG Vorsatz voraussetze, sei für eine Verwaltungssanktion nach Art. 9 Abs. 2 lit. e EntsG kein Vorsatz erforderlich. Die Rekurrentin habe unbestrittenermassen nicht alle notwendigen Unterlagen fristgerecht eingereicht. Es liege daher eine Auskunftspflichtverletzung vor, die mit einer Verwaltungssanktion sanktioniert werden könne (angefochtener Entscheid E. 11). Beim entsprechenden Entscheid habe das AWA sein Ermessen pflichtgemäss auszuüben, den rechtlichen Rahmen einzuhalten und die allgemeinen Verfassungsgrundsätze wie Willkürverbot, Gleichbehandlungsgebot und Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Zudem müsse es alle in der Sache erheblichen Interessen sorgfältig gegeneinander abwägen und nach sachlichen Kriterien eine den Umständen gerechte und zweckmässige Entscheidung treffen (angefochtener Entscheid E. 15).

Das WSU erwog weiter, eine Dienstleistungssperre für die Dauer von 12 Monaten könne nicht ohne weiteres als eine geringfügige Sanktion eingestuft werden, stünden damit doch zweifellos wesentliche Vermögensinteressen auf dem Spiel. Die Rekurrentin sei

erwiesenermassen ihrer Auskunftspflicht nicht in vollem Umfang nachgekommen. Sie habe die Liste der notwendigen Unterlagen erhalten und die Mitarbeitenden der ZPK und PK seien nicht verpflichtet, sie erneut an deren Einreichung zu erinnern (angefochtener Entscheid E. 17, mit Hinweis auf VGE VD.2015.63 vom 2. September 2015 E. 2.4). Mit der strikten Anwendung der in Art. 9 Abs. 1 lit. e EntsG verankerten Dienstleistungssperre werde dem Verfassungsgrundsatz des Gleichbehandlungsgebots Rechnung getragen. Die Behörde müsse alle in der Sache erheblichen Interessen sorgfältig gegeneinander abwägen. Die Interessen der Rekurrentin lägen vor allem darin, ihre Arbeitnehmenden zu entsenden und somit die vertraglichen Verpflichtungen gegenüber ihren Kundinnen und Kunden in der Schweiz einhalten zu können. Sie mache geltend, über keine Arbeitskräfte in der Schweiz zu verfügen, welche die gleichen Fähigkeiten und Kenntnisse wie ihre deutschen Kolleginnen und Kollegen besässen. Dem stehe das Interesse der Behörden gegenüber, dass die Unterlagen zur Überprüfung der Arbeitsbedingungen der entsandten Mitarbeitenden rechtzeitig und in vollem Umfang ediert werden. Das Kontrollorgan sei auf die Erfüllung der Auskunftspflicht der Unternehmen angewiesen. Dieses öffentliche Interesse der Kontrollorgane überwiege die Interessen der einzelnen Unternehmen. Dürfte bei einzelnen Unternehmen, denen die Ausführung ihrer Tätigkeit bei Verhängung einer Dienstleistungssperre angeblich nicht mehr möglich sei, weil sie keine gleichwertig ausgebildeten Mitarbeitenden in der Schweiz beschäftigten, keine Sanktion ausgesprochen werden, würde damit gegen das Gleichbehandlungsgebot verstossen. Die Rekurrentin könne sich zu ihrer Entlastung auch nicht auf ausgebliebene Rückmeldungen der ZPK, der PK oder des AWA berufen. Es habe allein in ihrem Verantwortungsbereich gelegen, sich über die rechtzeitige Einreichung der vollständigen Unterlagen zu vergewissern, zumal ihre Pflichten jederzeit klar umschrieben gewesen seien. Von einem entschuldbaren Irrtum oder Versehen könne somit klarerweise keine Rede sein. Mit der Verhängung einer Dienstleistungssperre entsprechend der Mindestdauer von einem Jahr habe das AWA den Umständen des konkreten Falls Rechnung getragen und sein Ermessen pflichtgemäss ausgeübt. Damit erweise sich die Verfügung des AWA als korrekt (angefochtener Entscheid E. 17).

3.2 Mit ihrem Rekurs machte die Rekurrentin in tatsächlicher Hinsicht geltend, dass es in Folge der am 27. und 29. Oktober 2020 von einem ihrer Mitarbeiter erbrachten Dienstleistungen auf der Baustelle C ____, «zu einer Verkettung unglücklicher Umstände» gekommen sei (Rekursbegründung Rz. 7). Sie sei mit Schreiben der ZPK vom 4. Dezember 2020, dem das Formular ZPK-EU 120 beigelegt worden sei, aufgefordert worden, verschiedene Unterlagen innert 30 Tagen zu edieren. Dieses Schreiben sei ihr «aus bislang noch nicht geklärten Gründen, die aber wahrscheinlich auf die pandemiebedingte Homeoffice-Arbeit zurückzuführen» seien, nicht zugegangen (Rekursbegründung Rz. 12). Mit Mahnung vom 26. Januar 2021 sei ihr eine Nachfrist bis zum 26. Februar 2021 gesetzt worden, worauf die bei ihr verantwortliche Person sich mit der ZPK in Verbindung gesetzt und das vollständig ausgefüllte Formular mit E-Mail vom 24. Februar 2021 fristgerecht eingereicht sowie sich ausdrücklich für Rückfragen zur Verfügung gestellt habe (Rekursbegründung Rz. 14). Erst Ende April 2021 habe sie ein Schreiben der PK erreicht, mit welchem ihr ein Verstoss gegen Art. 13.7 GAV sowie Art. 7 Abs. 2 EntsG vorgehalten und tatsachenwidrig vorgeworfen worden sei, keinerlei Unterlagen eingereicht zu haben. Zudem sei ihr die Meldung an das AWA zur Festlegung der Sanktionierung mitgeteilt worden (Rekursbegründung Rz. 15). Sie habe darauf mit der PK Kontakt aufgenommen und ihr nochmals das Formular eingereicht, ohne dass sie auf fehlende Dokumente aufmerksam

gemacht worden wäre, welche sie selbstverständlich unverzüglich nachgereicht hätte (Rekursbegründung Rz. 16 f.). Erst im Rahmen der mit Schreiben des AWA vom 9. Juli 2021 erfolgten Gewährung des rechtlichen Gehörs sei ihr bewusst geworden, dass noch Dokumente ausstehend gewesen sein mussten (angefochtener Entscheid Rz. 18). Diese irrtümliche Auffassung werde auch durch ihre eigene interne Kommunikation belegt (Rekursbegründung Rz. 19). Sie habe daraufhin mit E-Mail vom 21. Juli 2021 alle geforderten Dokumente und mit E-Mail vom 26. Juli 2021 eine stichhaltige Begründung für die Verspätung nachgereicht (Rekursbegründung Rz. 20). Eine Verletzung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen im Sinne von Art. 2 EntsG sei dabei nicht festgestellt worden (Rekursbegründung Rz. 23). Es sei offensichtlich, dass die verspätete Einreichung aller geforderten Dokumente das Resultat eines Versehens infolge der speziellen Situation während der Hochphase der COVID-19-Pandemie gewesen sei. Sie habe im Vorfeld des vorliegenden Dienstleistungseinsatzes vom 27. Oktober 2020 bis zum 29. Oktober 2020 auch noch nie gegen das Entsendegesetz verstossen (Rekursbegründung Rz. 24).

Die verfügte Dienstleistungssperre habe für sie und ihre Kunden erhebliche Auswirkungen. Es werde ihr dadurch verunmöglicht, diverse Aufträge mit schweizerischen Kundinnen und Kunden zu erfüllen, da ihre hochspezialisierten Tätigkeiten mangels entsprechender Spezialkenntnisse nicht durch Arbeitnehmende anderer Konzerngesellschaften, etwa in der Schweiz, erfüllt werden könnten. So gebe es in der schweizerischen Konzerngesellschaft keine Technikerin oder keinen Techniker für die Wartung von Dosiergeräten oder von [...]Dekontaminationsanlagen. Aufgrund des hohen Spezialisierungsgrades könne auch kein qualifiziertes Personal neu eingestellt oder ausgebildet werden. Es drohten daher Umsatzeinbussen und Schadenersatzpflichten aus Vertragsverletzung. Es werde diesbezüglich auf mehrere konkrete Aufträge verwiesen. Durch die Dienstleistungssperre würden darüber hinaus auch die Interessen von Drittparteien wie etwa der Pharma- und der Lebensmittelindustrie sowie der Spitäler und Altersheime tangiert. Dadurch hätte sie mitunter auch für systemrelevante und im öffentlichen Interesse handelnde Einrichtungen gravierende Folgen, da für die von ihr betreuten Geräte die gesetzlich vorgegebenen Wartungsintervalle von normalerweise sechs bis zwölf Monaten nicht eingehalten werden könnten. So könne es zu einem Engpass der notwendigen Wartungs- und Reparaturdienstleistungen an den Hygiene- und Dekontaminationsgeräten sowie bei Schulungen der Kundenmitarbeitenden in diesen Bereichen kommen, was mitunter die Funktionsfähigkeit von Spitälern, Pharmakonzernen, Forschungseinrichtungen oder Nahrungsmittelherstellern in Frage stelle. Weiter bezieht sich die Rekurrentin auf entsprechende Probleme bei einem Kunden aus der Gastronomiebranche. Schliesslich tangiere die Dienstleistungssperre die Überwachung der schweizerischen Geschäfte durch ihre Manager aus Deutschland, wofür jährlich 25 bis 30 Besuchstage notwendig seien. Dadurch würden die Qualitätssicherung und der Know-how-Transfer gefährdet (Rekursbegründung Rz. 26).

In rechtlicher Hinsicht rügt die Rekurrentin zunächst eine Verletzung des Entsendegesetzes. Sie macht dabei geltend, dass entgegen der Auffassung des WSU eine fahrlässige Verletzung der Auskunftspflicht für eine Verwaltungssanktion nach Art. 9 Abs. 2 lit. e EntsG nicht genüge und hierfür der Tatbestand von Art. 12 Abs. 1 lit. a EntsG, welcher nur eine vorsätzliche Begehung umfasse, erfüllt sein müsse (Rekursbegründung Rz. 35). Art. 9 Abs. 2 lit. e EntsG sehe explizit vor, dass die Verhängung einer Dienstleistungssperre gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. e Variante 1 EntsG einen Verstoß gegen das in Art. 12 Abs. 1

lit. a EntsG vorgesehene, verpönte Verhalten, mithin nicht nur eine schlichte falsche Auskunft oder eine Auskunftsverweigerung, sondern eben eine wissentliche falsche Auskunft oder Auskunftsverweigerung, voraussetze (Rekursbegründung Rz. 37). Verlangt werde dabei auch nach Auffassung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zwar nicht eine entsprechende strafrechtliche Verurteilung, wohl aber die Erfüllung jenes Tatbestandes unter Einschluss der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen (Rekursbegründung Rz. 37 f., mit Hinweisen). Es entspreche auch der ratio legis, nach dieser Bestimmung Unternehmen zu bestrafen, welche gegen die minimalen Lohnbedingungen verstossen oder rechtskräftige Bussen nicht bezahlt hätten, nicht aber solche, die lediglich auf fahrlässige Weise ihrer Auskunftspflicht zuwidergehandelt hätten (Rekursbegründung Rz. 42). Art. 12 Abs. 1 lit. a EntsG sei über den Verweis in Art. 9 Abs. 2 lit. e erste Variante EntsG untrennbar mit diesem verknüpft, weshalb die Verhängung einer Dienstleistungssperre nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, Lehre und dem SECO zwingend das Vorhandensein der objektiven wie auch der subjektiven Tatbestandselemente der in Art. 12 Abs. 1 lit. a EntsG vorgesehenen Tathandlung und mithin eine wissentliche Verletzung der Auskunftspflicht verlange (Rekursbegründung Rz. 45).

In ihrem rechtlichen Eventualstandpunkt macht die Rekurrentin geltend, dass selbst bei einer Erfüllung der Voraussetzungen für eine Sanktionierung nach Art. 9 Abs. 2 lit. e EntsG durch eine fahrlässige Verletzung der Auskunftspflicht, die verhängte einjährige Dienstleistungssperre unverhältnismässig wäre. Das WSU habe im Zusammenhang mit der Verhältnismässigkeitsprüfung keine fundierte Abwägung mit den geltend gemachten privaten Interessen vorgenommen (Rekursbegründung Rz. 50). Art. 9 Abs. 2 EntsG stelle eine «Kann-Vorschrift» dar, weshalb die Behörde im Einzelfall auch von einer Sanktionierung absehen könne (Rekursbegründung Rz. 51). Eine fahrlässige Verletzung der Auskunftspflicht könne nicht mit derselben Sanktion geahndet werden wie eine vorsätzliche (Rekursbegründung Rz. 54). Auch nach Auffassung des SECO bestehe daher bei leichteren Verstössen gegen das Entsendegesetz auch die Möglichkeit der Aussprache einer Verwarnung (Rekursbegründung Rz. 52 f.). Dies müsse gerade gelten, wenn eine Arbeitgeberin wie im vorliegenden Fall sich stets kooperationsbereit zeige, die Gründe für die verspätete Einreichung der geforderten Unterlagen plausibel erkläre, aktiv den Kontakt zu den Behörden suche, alle Unterlagen unverzüglich nach Erkennen des eigenen Irrtums nachreiche, bisher noch nie gegen das Entsendegesetz verstossen habe und ihr letztlich nicht einmal ein Lohnverstoss nachgewiesen werden könne (Rekursbegründung Rz. 55). Vor diesem Hintergrund habe sie nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, ihren gesetzlichen Pflichten nachgekommen zu sein, auch wenn die Behörden nicht verpflichtet gewesen sein sollten, sie auf eine Unvollständigkeit von Unterlagen hinzuweisen (Rekursbegründung Rz. 56). Die Anordnung einer Dienstleistungssperre als schwerstmöglicher Verwaltungssanktion sei angesichts dieser Gegebenheiten in keiner Weise notwendig, um dem Zweck des Entsendegesetzes Nachachtung zu verleihen (Rekursbegründung Rz. 58). Die einjährige Dienstleistungssperre stelle sich daher nicht als erforderlich dar (Rekursbegründung Rz. 60). Sie stelle sich auch unter dem Teilgehalt der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne als unverhältnismässig dar (Rekursbegründung Rz. 61). Neben ihren privaten Vermögensinteressen und Reputationsrisiken hätten auch die genannten gewichtigen Drittinteressen von A____-Konzerngesellschaften in der Schweiz und von Kundinnen und Kunden sowie die auf dem Spiel stehenden übrigen öffentlichen Interessen berücksichtigt werden müssen (Rekursbegründung Rz. 62). Diesen gravierenden privaten und auch öffentlichen Interessen am Absehen von einer Dienstleistungssperre

stehe einzig das Interesse der Kontrollorgane, die Dokumente zur Prüfung der Einhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen rechtzeitig zu erhalten, entgegen. Da sie die Auskunftspflicht nur fahrlässig und zum ersten Mal verletzt, die geforderten Unterlagen nachträglich eingereicht und nachweislich nicht gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen verstossen habe, vermöge das von der Vorinstanz geltend gemachte öffentliche Interesse ihre gewichtigen Interessen nicht zu überwiegen (Rekursbegründung Rz. 65). Aufgrund dieser Interessenlage gebiete auch das Gleichheitsprinzip, von der üblicherweise verfügbaren Dienstleistungssperre abzusehen (Rekursbegründung Rz. 66).

3.3 Mit seiner Vernehmlassung weist das WSU in tatsächlicher Hinsicht darauf hin, dass bereits im Schreiben der ZPK vom 4. Dezember 2020 darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass die 30-tägige Frist zur Einreichung der Unterlagen nur ausnahmsweise erstreckt werden könne. Verspätet eingereichte Unterlagen müssten gemäss dem Schreiben der ZPK im laufenden Verfahren nicht mehr berücksichtigt werden. Dennoch habe die ZPK der Rekurrentin mit Schreiben vom 26. Januar 2021 eine Nachfrist bis 26. Februar 2021 gewährt, innert der nur das Formular ZPK-EU 120 eingereicht worden sei (Vernehmlassung E. 2). Aufgrund der beiden Schreiben sei zweifelsfrei erkennbar gewesen, dass neben dem Formular noch weitere Unterlagen eingereicht werden müssten. Das auch dem Schreiben vom 26. Januar 2021 nochmals beigelegte Schreiben vom 4. Dezember 2020 habe sogar eine detaillierte Auflistung der erforderlichen Dokumente enthalten. Mit Schreiben vom 26. Januar 2021 sei die Rekurrentin auch mit hervorgehobener Schrift auf die Folgen der Nichteinreichung der Unterlagen und die drohende Dienstleistungssperre hingewiesen worden (Vernehmlassung E. 3). Wie dem internen E-Mailverkehr entnommen werden könne, sei der Rekurrentin denn auch der Ernst der Lage bewusst gewesen (Vernehmlassung E. 4). Auch die am 31. April 2021 durch die PK erfolgte Feststellung der unterbliebenen Einreichung der Unterlagen habe die Rekurrentin nicht zur Nachreichung veranlasst. Diese sei erst im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs durch das AWA, mehrere Monate zu spät, erfolgt. Entgegen der Behauptung in der Rekursbegründung sei durch die Rekurrentin zu keinem Zeitpunkt eine proaktive Nachfrage nach den einzureichenden Unterlagen erfolgt (Vernehmlassung E. 6). In rechtlicher Hinsicht verweist das WSU sodann auf die Unterscheidung zwischen den Strafbestimmungen gemäss Art. 12 EntSG und den Verwaltungssanktionen gemäss Art. 9 EntSG. Daher seien auch die allgemeinen Begriffe und Bestimmungen des Strafgesetzbuches auf die Verwaltungssanktion nur bedingt anwendbar (Vernehmlassung Rz. 11). Wenn gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. e EntSG bei Verstössen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. a oder b EntSG eine Dienstleistungssperre angeordnet werden kann, so könnten aufgrund dieser gesetzlichen Regelung die Voraussetzungen von Art. 12 EntSG nicht ohne weiteres integral für die Anordnung einer Verwaltungssanktion gemäss Art. 9 EntSG übernommen werden. Die Formulierung «im Sinne von» weise darauf hin, dass die Voraussetzungen der Verwaltungsstrafbestimmung auf die Verwaltungssanktion in Bezug auf das Verschulden nicht eins zu eins übernommen werden könnten (Vernehmlassung E. 12). Der Verschuldensbegriff sei bei einer Verwaltungssanktion nicht mit demjenigen im Sinne des Strafgesetzbuches gleichzusetzen. Auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genüge es für eine Sanktion nach Art. 9 Abs. 2 lit. e EntSG, wenn ein Arbeitgeber innert Frist keine vollständigen Unterlagen einreiche. Das AWA habe daher auch ohne strafrechtliche Verurteilung eine verwaltungsrechtliche Sanktion aussprechen dürfen (Vernehmlassung E. 13, mit Hinweis auf BGer 2C_912/2018 vom 9. Januar 2020 E. 5.2). Solche setzten im Gegensatz zu exekutorischen Massnahmen zwar ein Verschulden

voraus. Schuldhaft handle aber auch, wer die erforderliche Sorgfalt nicht anwende und damit fahrlässig handle (Vernehmlassung E. 14). Vorliegend habe es der Rekurrentin bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt bereits aufgrund des Schreibens der ZPK vom 4. Dezember 2020 klar sein müssen, welche Dokumente sie einreichen müsse und dass für die Kontrolle komplexer Regelungen wie den Arbeits- und Lohnbestimmungen die Einreichung eines einzelnen Formulars nicht genügen könne. Die Rekurrentin habe somit grob fahrlässig gehandelt, woran auch nichts zu ändern vermöge, dass sie sich gemeldet und zumindest das Formular eingereicht habe. Im Übrigen würde auch eine leichte Fahrlässigkeit für die Annahme eines Verschuldens genügen. Die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 9 Abs. 2 lit. e EntsG seien somit erfüllt (Vernehmlassung Rz. 15).

Weiter hält das WSU auch an der Verhältnismässigkeit der streitgegenständlichen Anordnung fest. Entgegen ihrer Behauptung habe die Rekurrentin die verlangten Unterlagen nicht unverzüglich nachgereicht. Art. 9 Abs. 2 lit. e EntsG beziehe sich zudem ausschliesslich auf die Verletzung der Auskunftspflicht, unabhängig davon, ob minimale Arbeits- oder Lohnbedingungen verletzt worden seien oder nicht. Mit ihrem Verhalten habe die Rekurrentin eine Kontrolle der Einhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen nach dem Entsendegesetz nahezu verunmöglicht. Die Auswirkung der Verletzung der Auskunftspflicht seien daher weitreichend gewesen. Zu berücksichtigen sei ferner die grosse Bedeutung, welche der Einhaltung der Arbeits- und Lohnbedingungen aus Sicht der Schweiz zukomme (Vernehmlassung E. 21). Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung könnten Interessen Dritter nicht einbezogen werden. Auch die Interessen von Unternehmen oder Institutionen, die im öffentlichen Interesse handelten, hätten unberücksichtigt zu bleiben, da die Interessen dieser Unternehmen nicht identisch mit dem öffentlichen Interesse im Sinne der Verhältnismässigkeitsabwägung seien. Soweit die Durchführung gewisser Arbeiten nur durch speziell ausgebildete Arbeitnehmende der Rekurrentin möglich sein solle, so liege die entsprechende Strukturierung ihres Unternehmens ausschliesslich in ihrem Risikobereich. Dies könne nicht dazu führen, dass trotz klarer und eingestandener Verletzung gesetzlicher Pflichten von einer Dienstleistungssperre abgesehen werde (Vernehmlassung E. 23). Die Dienstleistungssperre von einem Jahr Dauer sei als mildeste mögliche Sanktion auch klarerweise verhältnismässig (Vernehmlassung E. 24).

3.4 Mit ihrer Replik hält die Rekurrentin unter Anrufung der Anwendung des *sensus communis* zur Begründung der fehlenden Gesetz- und Verhältnismässigkeit der streitgegenständlichen Dienstleistungssperre und der Behauptung, die Vorinstanz lenke mit Ausführungen zu Nebenschauplätzen ab, an ihrem mit der Rekursbegründung dargelegten Standpunkt fest (Replik Rz. 6 f.). Sie bestreitet dabei, dass aus ihrem internen E-Mailverkehr hervorgehe, dass ihr der Ernst der Lage bewusst gewesen sei und macht weiterhin eigene Kontaktbemühungen und Nachfragen bezüglich der Vollständigkeit ihrer Auskunft und Edition geltend (Replik Rz. 15-21). In rechtlicher Hinsicht macht sie geltend, dass es sich bei Art. 9 Abs. 2 lit. e EntsG entgegen der Auffassung der Vorinstanz um eine Strafnorm handle und die Dienstleistungssperre die strengste Sanktion im ganzen Entsendegesetz darstelle (Replik Rz. 30 ff.).

- Formular ZPK-EU120 (komplett ausgefüllt zu retournieren);
- Arbeitsvertrag;
- Lohnabrechnung(en);

- Arbeitsrapport(e);
- Nachweise betreffend Spesenzahlungen (Verpflegung und allenfalls Übernachtung);
- Kopien der Meldebestätigungen des kantonalen Amtes;
- bei stornierten Einsätzen: Abmeldebestätigung des Amtes / schriftliche Begründung für die Abmeldung.»

Auf dieses Schreiben reagierte die Rekurrentin unbestrittenermassen nicht. Die Rekurrentin bestreitet dabei die Feststellung der PK im Entscheid vom 31. April 2021, wonach ihr diese Aufforderung am 14. Dezember 2020 zugestellt worden sei, nicht, macht aber geltend, dass es ihr «aus bislang noch nicht geklärten Gründen, die aber wahrscheinlich auf die pandemiebedingte Homeoffice-Arbeit zurückzuführen» seien, nicht zugegangen sei (Rekursbegründung Rz. 12). Gemäss Auskunft der zuständigen Mitarbeiterin der Rekurrentin in der E-Mail vom 26. Juli 2021 an das AWA soll das Schreiben «im Hause leider nicht auffindbar» sein. Mit Hinweis darauf, dass alle Mitarbeitenden pandemiebedingt im Homeoffice arbeiten würden, vermutete sie, dass «das Einschreiben am Standort in B_____ jemand entgegengenommen und [] nicht ganz richtig weiter geleitet» habe (act. 3/8).

4.2 Daraus folgt mit der entsprechenden Feststellung der Vorinstanz, dass die Rekurrentin in Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten ihrer Auskunftspflicht gemäss Art. 7 Abs. 2 EntsG nicht nachgekommen ist. Gleichzeitig stellte das WSU im angefochtenen Entscheid aber in tatsächlicher Hinsicht fest, den Akten könne nicht entnommen werden, dass die Rekurrentin willentlich und wissentlich die Auskunft verweigert habe und ging aufgrund ihres teilweise kooperativen Verhaltens davon aus, dass sie die Auskunftspflicht auf fahrlässige Weise verletzte (angefochtener Entscheid E. 10). Dieser mit dem in den Akten dokumentierten Fallverlauf übereinstimmenden Feststellung kann gefolgt werden und sie wird auch von der Rekurrentin ausdrücklich anerkannt (vgl. Rekursbegründung Rz. 32 f.; Replik Rz. 13, 15, 17). Anzumerken bleibt, dass mit dem vorliegenden Verfahren die von der Rekurrentin zu erfüllende Auskunftspflicht nun klargestellt wurde und bei einer ähnlichen Konstellation die Beurteilung in Zukunft auch anders ausfallen könnte.

Mitteilung an:

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.

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