

FR_GERICHTE 603 2015 28 vom 6. Januar 2015

FR Kantonsgericht, 2015-01-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_603_2015_28

FR: FR_GERICHTE 603 2015 28 du 6 janvier 2015

IT: FR_GERICHTE 603 2015 28 del 6 gennaio 2015

Regeste

Entscheid des III. Verwaltungsgerichtshof des Kantonsgerichts | Arbeit

Erwägungen

E. 1

Die Zuständigkeit des Kantonsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ergibt sich aus Art. 114 Abs. 1 lit. a des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; SGF 150.1) in Verbindung mit Art. 105 Abs. 1 des Gesetzes vom 6. Oktober 2010 über die Beschäftigung und den Arbeitsmarkt (AMG; SGF 866.1.1). Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerde legitimiert (Art. 76 lit. a VRG). Die Beschwerde wurde rechtzeitig erhoben und erfüllt die Anforderungen in formeller und inhaltlicher Hinsicht (Art. 79 Abs. 1, Art. 81 VRG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

Kantonsgericht KG Seite 3 von 7

E. 2

Per 1. Januar und 15. Juli 2013 wurden verschiedene Änderungen des Entsendegesetzes in Kraft gesetzt. Bei der Frage, welche Bestimmungen für den vorliegenden Fall zur Anwendung gelangen, ist auf den Grundsatz abzustellen, dass diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4 Aufl. 2014, S. 202). Der hier zu beurteilende Sachverhalt ereignete sich im Juni 2012. Demnach gelangt das damals geltende Recht zu Anwendung; im Übrigen haben die erwähnten Änderungen keine wesentliche Rechtsänderung zur Folge gehabt.

E. 3

Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung des Rechts, einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, gerügt sowie eine unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 77 Abs. 1 lit. a und b VRG). Die Unangemessenheit kann vor dem Kantonsgericht nur gerügt werden, wenn die Angelegenheit das Gebiet der öffentlichen Abgaben oder der Sozialversicherungen betrifft oder sie der Beschwerde an eine zur Überprüfung dieser Rüge befugte Behörde unterliegt oder ein Gesetz diesen Beschwerdegrund ausdrücklich vorsieht (Art. 78 Abs. 2 lit. a-c VRG). Solange die Vorinstanz ihr Ermessen pflichtgemäss ausübt, ist es dem Gericht verwehrt, sein eigenes Ermessen anstelle der Vorinstanz zu setzen (vgl. BVR 2012 S. 193 E. 1.2). Das Gericht wendet das Recht von Amtes wegen an und prüft von Amtes wegen oder auf Antrag die Gültigkeit der auf den Einzelfall anwendbaren Vorschriften (Art. 10 Abs. 1 und 2 VRG).

E. 4

Nach dem Entsendegesetz kann ein Arbeitgeber, der seinen Sitz im Ausland hat, Arbeitnehmer in die Schweiz schicken, damit sie hier eine Arbeitsleistung verrichten. Die entsandten Arbeitnehmer bleiben auch während ihres Auslandsaufenthalts dem Arbeitsvertrag unterstellt, dem sie mit ihrem Arbeitgeber abgeschlossen haben. Für sie gelten weiterhin die Regeln des Wohnsitzstaats über Entlohnung und Sozialversicherung. Um ein Lohn- und/oder Sozialdumping der Arbeitnehmer in der Schweiz zu verhindern, ist aber für die Arbeitnehmer während ihrer Beschäftigungsdauer in der Schweiz schweizerisches Recht einzuhalten (RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2011, S. 240; STÖCKLI, Die Kontrolle der Einhaltung allgemeinverbindlicher Gesamtarbeitsverträge bei Entsendung, in ArbR 2012, S. 95, 96). So bestimmt Art. 2 EntsG, dass Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden, ausser den entsprechenden Bestimmungen von allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen, noch andere Bestimmungen einzuhalten haben. Es handelt sich im Wesentlichen um Vorschriften des öffentlichen Rechts, zum Beispiel um das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11). Namentlich sind die minimale Entlohnung auszurichten sowie die Arbeits- und Ruhezeit zu respektieren (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. und b EntsG). Bei Verstössen gegen Art. 2 EntsG, die nicht geringfügig sind, kann die zuständige Behörde gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. b EntsG dem betreffenden Arbeitgeber verbieten, während ein bis fünf Jahren in der Schweiz seine Dienste anzubieten. Vor Beginn des Einsatzes muss der Arbeitgeber der Behörde die für die Durchführung der Kontrollen notwendigen Angaben melden, insbesondere die Identität der in die Schweiz entsandten Personen, die in der Schweiz ausgeübte Tätigkeit und den Ort, an dem die Arbeit ausgeführt wird. Die Arbeit darf frühestens acht Tage, nachdem der Einsatz gemeldet worden ist, aufgenommen werden (Art. 6 EntsG).

E. 5

Ausser Diskussion steht das Missachten der achttägigen Meldefrist. Dieser Tatbestand ist mit einer Busse und nicht mit einer Dienstleistungssperre zu ahnden (vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG). Die Beschwerdeführerin hat die verhängte Busse anerkannt. Gleich wie vor der Vorinstanz

Kantonsgericht KG Seite 4 von 7 ist vor dem Kantonsgericht allein die verfügte Dienstleistungssperre von einem Jahr strittig. Dieser Massnahme liegt der Umstand zugrunde, dass die Beschwerdeführerin die zulässige wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht eingehalten beziehungsweise gegen das Verbot der Sonntagsarbeit verstossen haben soll. Den ursprünglichen Vorwurf, sie hätte ihre Arbeitnehmer nicht gemäss dem Gesamtarbeitsvertrag entlohnt, haben die Vorinstanzen fallen gelassen haben; darauf ist nicht zurückzukommen.

E. 6

a) Für die von der Beschwerdeführerin entsandten Angestellten betrug die wöchentliche Höchstarbeitszeit für die hier massgebende Zeitspanne - Juni 2012 - unbestrittenermassen 50 Stunden (Art. 9 Abs. 1 lit. b ArG). Nach Art. 12 Abs. 1 ArG darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit ausnahmsweise überschritten werden: wegen Dringlichkeit der Arbeit oder ausserordentlichen Arbeitsandranges (lit. a), für Inventaraufnahmen, Rechnungsabschlüsse und Liquidationsarbeiten (lit. b) oder zur Vermeidung oder

Beseitigung von Betriebsstörungen, soweit dem Arbeitgeber nicht andere Vorkehren zugemutet werden können (lit. c). Gemäss Abs. 2 lit. b des Art. 12 ArG darf die Überzeit für den einzelnen Arbeitnehmer zwei Stunden im Tag nicht überschreiten, ausser an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen, und im Kalenderjahr insgesamt nicht mehr betragen als 140 Stunden für Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden. In der Zeit zwischen Samstag 23 Uhr und Sonntag 23 Uhr ist die Beschäftigung von Arbeitnehmern untersagt (Art. 18 Abs. 1 ArG). Nach Art. 19 ArG bedürfen Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit der Bewilligung (Abs. 1). Dauernde oder regelmässig wiederkehrende Sonntagsarbeit wird bewilligt, sofern sie aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen unentbehrlich ist (Abs. 2). Vorübergehende Sonntagsarbeit wird bewilligt, sofern ein dringendes Bedürfnis nachgewiesen wird. Dem Arbeitnehmer ist ein Lohnzuschlag von 50 Prozent zu bezahlen (Abs. 3). Durch die Sonntagsarbeit darf die wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht verlängert werden (STÖCKLI/SOLTERMANN, in Loi sur le travail, 2005, Art. 19 N. 1). b) Im vorinstanzlichen Verfahren machte die Beschwerdeführerin geltend, es liege kein Verstoss gegen die wöchentliche Höchstarbeitszeit vor, sondern ausschliesslich ein solcher gegen das Sonntagsarbeitsverbot im Sinn von Art. 19 ArG. Nebstdem gelte die wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht uneingeschränkt. Diese dürfe überschritten werden, falls die Voraussetzungen für die Leistung von Überzeit gemäss Art. 12 ArG gegeben seien. Dies sei beispielweise der Fall, wenn ein Liefertermin nur mit Hilfe von Zusatzarbeit - in den zeitlichen Grenzen nach Art. 12 Abs. 2 ArG - eingehalten werden könne. Folglich sei zu berücksichtigen, dass die zeitliche Beschränkung von zwei Stunden pro Tag nicht an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen gelte. Nebstdem brachte die Beschwerdeführerin vor, sie sei gegenüber ihren schweizerischen Kunden vertraglich verpflichtet, sämtliche Garantie-, Wartungs- und allfälligen Reparaturarbeiten an den von ihr gelieferten, mit einer von ihr entwickelten Spezialtechnologie ausgerüsteten Anlage selber auszuführen, da nur sie über das nötige Know-how verfüge. Wenn sie während eines Jahres ihre Mitarbeiter nicht mehr in die Schweiz entsenden könne, wäre der Betrieb der von ihr gelieferten Anlagen ihrer schweizerischen Kunden nicht mehr gewährleistet. Für allfällige aus dem Ausfall der Anlagen resultierenden Schäden könne sie haftbar gemacht werden. c) Die Vorinstanz verwarf diese Einwände. Die Voraussetzungen nach Art. 12 ArG für eine Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit seien nicht gegeben gewesen, namentlich keine Dringlichkeit. Der Einsatz habe auf einem Auftrag basiert, den die Beschwerdeführerin mindestens sechs Tage vor Arbeitsbeginn erhalten habe. Demnach hätte sie genügend Zeit einplanen oder zusätzliche Arbeitnehmer in die Schweiz entsenden können oder müssen, um die

Kantonsgericht KG Seite 5 von 7 zulässige wöchentliche Höchstarbeitszeit nicht überschreiten zu müssen. Es könne nicht gesagt werden, dass der Liefertermin nur mit Hilfe von Zusatzarbeit hätte eingehalten werden können. Damit erübrige sich zu prüfen, ob die zeitlichen Einschränkungen von täglich zwei Stunden gemäss Art. 12 Abs. 2 ArG eingehalten worden seien oder nicht. Nebstdem hätten die entsandten Angestellten am Sonntag, 10. Juni 2012, ohne Bewilligung gearbeitet, was an sich ein bereits nicht geringfügiger Verstoss sei. Schliesslich würden die Folgen, namentlich finanzielle Nachteile, welche die Beschwerdeführerin durch die Verletzung gegen die in der Schweiz geltenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen allenfalls zu tragen habe, in ihre alleinige Verantwortung fallen. d) Im Verwaltungsgerichtsverfahren wiederholt die Beschwerdeführerin, dass die Voraussetzungen gemäss Art. 12 Abs. 1 ArG für die

ausnahmsweise Überschreitung der wöchentlichen Überzeit sehr wohl gegeben waren. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz bedeute nämlich der Umstand, dass sie den Arbeitseinsatz ihrer Mitarbeiter zum Voraus gemeldet hatte, keineswegs, dass die Überzeit nicht dringlich im Sinn von Art. 12 Abs. 1 ArG sein konnte, würden doch gerade bei Lieferung oder auch Wartung von technisch komplexen Einrichtungen häufig unerwartet Probleme auftreten, deren Behebung weit mehr Zeit als geplant erfordere. Die Dringlichkeit der geleisteten Überzeitarbeit sei insbesondere zu bejahen, wenn ein Liefertermin, wie vorliegend, nur mit Hilfe von Zusatzarbeit eingehalten werden könne. Zudem sei zu berücksichtigen, dass sie bei unerwartet auftretenden Problemen nicht rasch weitere Mitarbeiter aus den Niederlanden habe herbeischicken oder sogar auf Vorrat einplanen können. In der Schweiz gebe es keine Fachleute, welche über das erforderliche spezielle Know-how zur Installation oder Instandstellung der von ihr in den Niederlanden produzierten technisch komplexen Anlagen verfügten. In Berücksichtigung, dass die tägliche Beschränkung von Überzeitarbeit auf zwei Stunden nicht an arbeitsfreien Werktagen oder in Notfällen gelte und dass von einer wöchentlichen Höchstarbeitszeit von 50 Stunden auszugehen sei, lägen die von ihren Mitarbeitern geleisteten Stunden, die zur Einhaltung des Liefertermins erforderlich waren, in den zeitlichen Grenzen nach Art. 12 Abs. 2 ArG. Mithin könne ihr bei korrekter Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Arbeitsgesetzes einzig eine Verletzung des Sonntagsarbeitsverbots beziehungsweise die Nichteinholung einer Ausnahmegewilligung gemäss Art. 19 ArG vorgeworfen werden. Dabei sei zu berücksichtigen, dass die Bewilligungsvoraussetzungen der vorübergehenden Sonntagsarbeit auch wegen Dringlichkeit der Arbeiten gegeben waren und dass sie einen Antrag auf Bewilligung sogar nachträglich hätte einholen können. Auch sei zu berücksichtigen, dass es sich um einen erstmaligen Verstoss gegen die Pflicht zur Einholung einer Bewilligung für die Sonntagsarbeit handle. Gemäss einem Kommentar des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) zum Entsendegesetz vermöchten, nebst schwerwiegenden Verstössen gegen die Mindestlohnvorschriften, grobe Verletzungen des Arbeitnehmerschutzes wie Gefährdung der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer (wie mangelhafte Gerüste) eine - für den Betroffenen äusserst einschneidende - Sperre rechtfertigen. Auch die vom SECO im Interesse einer einheitlichen Handhabung der Sanktionen im Zusammenhang mit der Entsendung von Arbeitnehmenden herausgegebenen Empfehlungen würden sich allesamt, soweit sie Verstösse gegen Art. 2 EntSG betreffen, auf Lohnunterbietungen beziehen, wobei nur bei massivsten Lohnunterbietungen eine Dienstleistungssperre als gerechtfertigt angesehen werde. Das allfällige Nichteinhalten der maximalen wöchentlichen Höchstarbeitszeiten oder andere Arbeitszeitvorschriften gemäss Arbeitsgesetz würden im Zusammenhang mit einer Dienstleistungssperre nirgends thematisiert; es fehlten jegliche Richtwerte, ab wann ein Verstoss gegen die Arbeitszeitvorschriften als derart schwerwiegend anzusehen ist, dass eine Dienstleistungssperre gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. b EntSG gerechtfertigt wäre.

Kantonsgericht KG Seite 6 von 7 e) Demgegenüber bringt die Vorinstanz vor, dass keine Dringlichkeit vorliegen habe, welche eine Überschreitung der wöchentlichen Höchstarbeitszeit gerechtfertigt hätte. Die Beschwerdeführerin habe (vorab) bei ihren Kunden in der Schweiz nachzufragen, welche Arbeiten ausgeführt werden müssen, um zu entscheiden, wie viel Zeit und wie viele Arbeitnehmer für die Arbeitsausführung benötigt werden. Im Zweifelsfall müsse sie mehr Arbeitnehmer entsenden oder von vornherein mehr Zeit einberechnen. Die Beschwerdeführerin habe selbst dargelegt, dass bei der Verrichtung ihrer Tätigkeit öfters und unerwartet Probleme auftreten würden, was zu zusätzlichem

Zeitaufwand führe. Deshalb und auch aufgrund der Distanz zwischen den Niederlanden und der Schweiz sei es unverständlich, warum sie nicht von vornherein mehr Arbeitnehmer für diesen Auftrag vorgesehen habe. Würden die Argumente der Beschwerdeführerin berücksichtigt, würde dies Tür und Tor für zahlreiche ausländische Firmen öffnen, um unter dem Vorwand der Dringlichkeit länger arbeiten zu können, und vorzugeben, die Länge der Anreise würde eine rasche Entsendung zusätzlicher Arbeitnehmer verhindern. Des Weiteren sei es nicht Sache der Beschwerdeführerin, zu beurteilen, ob die Bedingungen für die Bewilligung von Sonntagsarbeit gegeben seien oder nicht. Sie sei gesetzlich verpflichtet, einen Antrag zu stellen. Die zuständige Behörde könne ausnahmsweise eine nachträgliche Bewilligung ausstellen, wenn das betroffene Unternehmen keine Zeit hatte, im Voraus einen Antrag zu stellen. Vorliegend hätte die Beschwerdeführerin jedoch weder vorher noch nachher ein Bewilligungsgesuch gestellt.

E. 7

Die Beschwerdeführerin stellt nicht in Abrede, dass ihre entsandten Arbeitnehmer die wöchentliche Höchstarbeitszeit 50 Stunden nicht eingehalten und an einem Sonntag gearbeitet hatten. Ihre Begründung für dieses Vorgehen vermag allerdings nicht zu überzeugen. Es bestand überhaupt keine konkrete Veranlassung, die zulässige wöchentliche Höchstarbeitszeit beziehungsweise das Verbot der Sonntagsarbeit nicht einzuhalten. Die Beschwerdeführerin legt nicht substantiiert dar, welche Probleme sowie welche besonderen und unerwarteten Ereignisse ihr Verhalten rechtfertigen könnten. Ebenso wenig ist Dringlichkeit belegt. Wenn die Arbeit bis zu einem bestimmten Termin hätte abgeschlossen werden müssen, was die Beschwerdeführerin jedoch nicht behauptet, wäre es ihre Sache gewesen, die notwendigen Vorkehrungen zu treffen. Sie hätte früher mit den Arbeiten beginnen oder mit mehr Personal die Arbeiten verrichten müssen. Da die gesetzliche Höchstarbeitszeit nicht eingehalten und das Verbot der Sonntagsarbeit nicht berücksichtigt wurde, ist ein Verstoss gegen Art. 2 EntsG gegeben; daran vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern.

E. 8

Die Vorinstanz qualifizierte das Vorgehen der Beschwerdeführerin als eine nicht geringfügige Verletzung des Art. 2 EntsG. Das Wort "geringfügig" hat die Bedeutung von nicht ins Gewicht fallend, belanglos, unerheblich, unwesentlich, unbedeutend. Es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse, dass die zulässige wöchentliche Höchstarbeitszeit und das Verbot der Sonntagsarbeit eingehalten werden. Diese Schutzvorschriften, Einhaltung der Arbeits- und Ruhezeit, können als Kern-Schutzbestimmungen oder als harter Kern der Arbeitsnormen zum Schutz des Arbeitnehmers verstanden werden (STÖCKLI, S. 97; vgl. auch BGE 140 II 447 E. 5.2 [= Praxis 2015 Nr. 43]). Es wurde aufgezeigt, dass im vorliegenden Fall keine Veranlassung bestand, von den entsprechenden Vorschriften abzuweichen. Mithin hat die Beschwerdeführerin durch ihr Verhalten gegen zwingendes Gesetzesrecht verstossen und widerrechtlich gehandelt (vgl. REHBINDER/STÖCKLI, in Berner Kommentar, 2010, Art. 321d OR N. 36). Ein solches Vorgehen kann keinesfalls als geringfügiger Verstoss bezeichnet werden. Demnach lässt sich, auch aus der Sicht der Spezial- und der Generalprävention, die Schlussfolgerung der Vorinstanz nicht

Kantonsgericht KG Seite 7 von 7 beanstanden. Jedenfalls hat das Gericht keinen Anlass, die von der Vorinstanz vorgenommene Qualifizierung als Rechtsfehler zu korrigieren.

E. 9

Bei einem nicht geringfügigen Verstoß kann die Behörde das betroffene Unternehmen verbieten, während ein bis fünf Jahren in der Schweiz ihre Dienst anzubieten (Art. 9 Abs. 2 lit. b EntsG). Die vom AMA verfügte Dienstleistungssperre entspricht der Mindestdauer von einem Jahr gemäss der zitierten Bestimmung. Diese gesetzliche Dauer darf nicht unterschritten werden.

E. 10

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Beschwerde als unbegründet abzuweisen ist. Dem Verfahrensausgang entsprechend werden die Verfahrenskosten, die auf CHF 2'000.- festgesetzt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet werden (Art. 131 Abs. 1 VRG; Art. 1 und 2 des Tarifs vom 17. Dezember 1991 der Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsverwaltung [TarifVj; SGF 150.12]) der Beschwerdeführerin auferlegt. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 137 Abs. 1 VRG). Der Hof erkennt: I. Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Entscheid der Volkswirtschaftsdirektion vom 20. Januar 2015 wird bestätigt. II. Die dem Staat Freiburg geschuldeten Gerichtskosten von CHF 2'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. III. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen. IV. Zustellung. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen ab Zustellung Beschwerde beim Bundesgericht, Lausanne, eingereicht werden. Gegen die Festsetzung der Höhe der Verfahrenskosten ist innert 30 Tagen die Einsprache an die Behörde, die entschieden hat, zulässig, sofern nur dieser Teil des Entscheides angefochten wird (Art. 148 VRG). Freiburg, 6. Januar 2015/jha Präsidentin
Gerichtsschreiber-Praktikant

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