

SG_PUBLIKATIONEN VD/AWA-15.06 vom 21. März 2016

SG Gerichte, 2016-03-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_VD_AWA-15.06

FR: SG_PUBLIKATIONEN VD/AWA-15.06 du 21 mars 2016

IT: SG_PUBLIKATIONEN VD/AWA-15.06 del 21 marzo 2016

Erwägungen

E. 1

Die Rekursvoraussetzungen sind sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit und Rekursberechtigung als auch in Bezug auf die Form- und Fristanforderungen erfüllt (Art. 43bis ff. des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1; abgekürzt VRP]). Auf den Rekurs ist einzutreten.

E. 2.1

Gemäss Art. 12 Abs. 1 Arbeitsvermittlungsgesetz (SR 823.11; abgekürzt AVG) benötigen Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes. Zweigniederlassungen, die in einem anderen Kanton liegen als der Hauptsitz, benötigen gemäss Art. 12 Abs. 3 AVG eine eigene Betriebsbewilligung.

Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen nach Art. 41 Abs. 1 AVG Gebrauch gemacht und die Bewilligungspflicht in der Arbeitsvermittlungsverordnung (SR 823.111; abgekürzt AVV) näher definiert. Als Verleiher gilt demnach, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er ihm Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Die Weisungsbefugnisse muss dabei nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr reicht für das Bestehen eines Personalverleihverhältnisses die Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse auf den Dritten (Art. 26 Abs. 1 AVV). Gewerbsmässig verleiht Arbeitskräfte, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen oder mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100'000.- erzielt (Art. 29 Abs. 1 AVV). Die erforderliche Regelmässigkeit liegt vor, wenn mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden abgeschlossen werden (Art. 29 Abs. 2 AVV).

E. 2.2

Im Rahmen des Verleihvertrags verpflichtet sich der Personalverleiher nicht zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung, die er durch Hilfspersonen ausführen lässt, sondern vielmehr dazu, dass er entsprechende Arbeitnehmer sorgfältig auswählt und gegen Entgelt dem Einsatzbetrieb unter Einräumung wesentlicher Weisungsbefugnisse überlässt (Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, BBl 1985 III 556, Ziff. 233.1; Christian Drechsler, Personalverleih: unscharfe Grenzen, in AJP 2010 S. 314 ff.). Der wesentliche Unterschied zwischen Personalverleih und einem Auftragsverhältnis besteht darin, dass beim Auftrag kein Subordinationsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Empfänger der Dienstleistung besteht. Der Beauftragte

sucht und akquiriert seine Einsätze für sich selbst und ist typischerweise für verschiedene Auftraggeber gleichzeitig tätig, ohne von einem

Seite 11/18 einzigen Auftraggeber wirtschaftlich oder organisatorisch abhängig zu sein. Demgegenüber ist der durch Personalverleih entlehene Arbeitnehmer den Weisungen des Dritten bzw. des Einsatzbetriebs unterstellt. Er wird in die Betriebsorganisation eines Dritten eingegliedert, wodurch Letzterem die Möglichkeit eröffnet wird, Personen wie Arbeitnehmer zu beschäftigen, ohne mit ihnen ein Arbeitsverhältnis einzugehen; das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher besteht fort (Urteile des Bundesgerichtes 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.2 und 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.2).

E. 2.3

Ob die von der Rekurrentin angebotenen Dienstleistungen als bewilligungspflichtiger Personalverleih zu qualifizieren sind oder ob es sich dabei um andere Arten von Dienstleistungen handelt, die einem Dritten erbracht werden, ergibt sich nach bundesgerichtlicher Praxis und Lehre aus einer Abgrenzung im Einzelfall. Massgeblich sind hierbei der Inhalt des Vertrags und die konkrete Tätigkeit im Einsatzbetrieb. Hingegen kann die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien nicht entscheidend sein (Urteil des Bundesgerichtes 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.4). Eine solche Betrachtungsweise würde den Entscheid über die Bewilligungspflicht faktisch den betroffenen Unternehmen selber überlassen. Die Frage, ob im verwaltungsrechtlichen Sinn ein bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegt, ist dementsprechend an objektiven Kriterien, insbesondere an den in der AVV dazu aufgestellten Kriterien, zu messen.

Gemäss Art. 26 Abs. 1 AVV gilt als Verleiher, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er dem Einsatzbetrieb wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Auf eine bewilligungspflichtige Verleihtätigkeit kann gemäss Art. 26 Abs. 2 AVV namentlich auch geschlossen werden, wenn Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden werden (Bst. a), Arbeitnehmer die Arbeiten mit Werkzeugen, Material oder Geräten des Einsatzbetriebes ausführen (Bst. b) oder der Einsatzbetrieb die Gefahr für die Schlechterfüllung des Vertrages trägt (Bst. c).

Als weitere Hilfskriterien für die Abgrenzung zum bewilligungspflichtigen Personalverleih hat sich die Rechtsprechung auch an den Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) orientiert. Zur Abgrenzung des Vorliegens eines Personalverhältnisses gegenüber einer anderen Vertragsart können demnach folgende Kriterien herangezogen werden: Der Dritte bzw. Einsatzbetrieb verfügt über keinerlei, d.h. auch über keine geteilte Weisungsbefugnis; der Arbeitnehmer bedient sich keiner Werkzeuge, Utensilien oder weiterer Materialien im Einsatzbetrieb; der Arbeitnehmer arbeitet nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebes; der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses besteht nicht in einer Verrechnung von Einzelstunden, sondern in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte

Seite 12/18 Vergütung; der Unternehmer haftet im Fall einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb für Nachbesserung oder Preisminderung. Die Verpflichtung zur Abrechnung der konkret geleisteten Arbeitsstunden (ohne Festpreis für eine Leistung) spricht für ein

Verleihverhältnis. Gleiches gilt, wenn dem Einsatzbetrieb lediglich für gute Auswahl des Arbeitnehmers gehaftet wird, nicht aber für einen vertraglich vereinbarten Erfolg, mithin bei Nichterreichung des Ziels keine unentgeltliche Nachbesserung zu erfolgen hat oder auch keine Preisreduktion möglich ist (Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau VG.2014.198/E vom 18. März 2015 E. 5.2.2; Weisungen und Erläuterungen des SECO zum AVG, S. 66 ff.; Urteil des Bundesgerichtes 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5).

E. 2.4

Die Art der Arbeitsleistung spielt für die Einordnung als Verleihverhältnis grundsätzlich keine Rolle. Auch Betreuungs- und Hausdienstleistungen können vom AVG erfasst werden. Ob eine Betreuungsorganisation unter die Bewilligungspflicht des AVG fällt, ist aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie den tatsächlichen Begebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb zu beurteilen. Die Tätigkeit kann in solchen Fällen bewilligungspflichtig sein, wenn der Privathaushalt, welcher die Dienstleistung in Anspruch nimmt, in einem konkreten Fall das zumindest geteilte Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübt. Zudem muss der Privathaushalt, als Nutzniesser von Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb oder Dritter bezeichnet werden können. Demgegenüber besteht keine Bewilligungspflicht, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein derartiges Weisungsrecht ausüben kann, das Pflegepersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet oder das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt (Urteil des Bundesgerichtes 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.6). Hinsichtlich des Übergangs des Weisungsrechts ist für Betreuungs- und Haushaltsdienste speziell zu beachten, dass es Kunden bzw. Patienten jederzeit frei steht, in medizinische Eingriffe einzuwilligen oder diese zu verweigern und letztlich selbst über die Behandlung zu bestimmen; ein so verstandenes Weisungsrecht bzw. das Recht auf Selbstbestimmung besteht ungeachtet der Qualifikation der Rechtsbeziehung als Auftragsverhältnis, als Personalverleih oder als anderer Vertrag. Das hier interessierende Weisungsrecht ist demgegenüber in einem weiteren, arbeitsrechtlichen Sinne zu verstehen. Es verlangt, dass ein Teil der Weisungsbefugnisse, wie sie sonst basierend auf Art. 321d OR dem Arbeitgeber zur einseitigen konkretisierenden Bestimmungen des Arbeitsvertrages zukommen, auf den Kunden übergehen. Dieser kann demnach weitergehende Anordnungen über die Ausführung der Arbeiten und das Verhalten der Hilfskraft im Haushalt treffen, als dies im Rahmen der Erfüllung eines Auftrags möglich wäre. Für die Frage, ob Personalverleih vorliegt, ist bei hauswirtschaftlichen und sozialbetreuerischen Leistungen darauf abzustellen, inwiefern eine solche Leistung durch die Unternehmung planbar ist, so dass eine konkretisierende Weisung durch den

Seite 13/18 Klienten nicht mehr erforderlich erscheint. Aber auch bei den hauswirtschaftlichen Leistungen muss sich das Personal auf den aktuellen Bedarf einstellen. Im Einzelfall ist entscheidend, wie konkret die Aufgabe im Pflegevertrag definiert wurde bzw. definiert werden kann. Ebenso ist von Bedeutung, wer die Arbeitsmaterialien zur Verfügung stellt sowie, ob der Klient sein Weisungsrecht ausüben kann. Das Bundesgericht hat den Übergang in der Weisungsbefugnis im Sinn einer bewilligungspflichtigen Arbeitsvermittlung bejaht in einem Fall, in welchem die im Einsatzbetrieb geleisteten Tätigkeiten hauptsächlich in der Erbringung von Haushalts- und Betreuungsdiensten im Rahmen einer vollständigen Einordnung der Arbeitskraft der Beschwerdeführerin in den Kundenbetrieb nach den individuellen Bedürfnissen und Wünschen der Kunden bestand

(Urteil des Bundesgerichtes 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4; vgl. zum Ganzen auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau VG.2014.198/E vom 18. März 2015 E. 5.2).

E. 3

Die Rekurrentin bestreitet den Personalverleih und macht geltend, ihre Kunden hätten kaum Weisungsbefugnisse. Die zu erbringenden Leistungen würden vielmehr bei der Auftragserteilung klar definiert und schriftlich im Vertrag gemäss einem Leistungskatalog festgehalten. Höchstens würden die Kunden mit den Angestellten den Menüplan besprechen oder Wünsche äussern, die im Rahmen der Vorgaben lägen. Es würden somit keine wesentlichen Weisungsbefugnisse auf die Kunden übertragen (siehe Eingabe vom 21. Oktober 2015).

E. 3.1

Die Rekurrentin bietet ihren Kunden verschiedene Dienstleistungen an. Neben der Grund-, Körperpflege und Behandlungspflege, die über die Krankenkasse abgerechnet werden können (vgl. Webseite von A.____AG "Dieses Angebot ist eine Pflichtleistung gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV [SR 823.112.31], die Kosten werden über Ihre Krankenkasse abgerechnet."), bietet die Rekurrentin ihren Kunden auch nicht kassenpflichtige Dienstleistungen wie Haushalthilfe, 24-Stunden-Betreuung, Nachtwache, Nachtbegleitung und Ferienvvertretungen an.

Bereits im Jahr 2012 kam das zuständige Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) zum Schluss, dass bei medizinischen Leistungen, die in der Regel über ein Arztzeugnis ausgelöst und über die Krankenkasse abgerechnet werden, die auszuführenden Arbeiten so detailliert festgelegt seien, dass diesbezüglich kein Weisungsrecht der Patienten mehr bestehe. Davon zu unterscheiden seien hauswirtschaftliche Dienstleistungen nichtmedizinischer Art, bei denen praktisch immer ein Weisungsrecht des Kunden bestehe. Für die Beurteilung der Frage, ob die Rekurrentin bewilligungspflichtigen Personalverleih betreibt, sind dementsprechend die hauswirtschaftlichen Leistungen im nichtmedizinischen Bereich entscheidend.

Seite 14/18

E. 3.2

Die Rekurrentin schliesst für die medizinischen und die hauswirtschaftlichen Dienstleistungen mit ihren Mitarbeiterinnen Rahmenarbeitsverträge ab, mit denen u.a. die unterschiedlichen Stundenlöhne für Spiteinsätze und Einsätze als Haushalthilfe sowie die Entlohnung für die Präsenzzeit während Nachtwachen vereinbart werden (act. 14/1). Vor einem konkreten Einsatz bei einem Kunden unterzeichnen die Rekurrentin und die betreffende Mitarbeiterin zusätzlich eine Einsatzbestätigung, mit der auch die Einsatzart festgehalten wird, z.B. Grund- und Körperpflege, Betreuung, Augentropfen geben oder Haushalthilfe (act. 14/3). Die Rekurrentin und der Kunde, allenfalls ein Vertreter des Kunden, unterzeichnen eine Auftragsbestätigung, in der die entsprechenden Einsatzarten ebenfalls umschrieben werden, z.B. mit Haushalt, Pflege oder Betreuung (act. 14/5). Vor Ort werden die notwendigen Massnahmen mit der Pflegedienstleiterin besprochen und genauer festgelegt. Für hauswirtschaftliche Leistungen wird das Formular "Hauswirtschaft" ausgefüllt, in dem festgehalten wird, welche hauswirtschaftlichen Leistungen, z.B. Reinigung der Wohnung, Waschen und Kleiderpflege, Einkauf und

Essenszubereitung, Kinderbetreuung, Tier- und Pflanzenpflege oder andere Leistungen, der Kunde voraussichtlich wie oft benötigen wird (act. 14/4).

Die Vertragsgestaltung der Rekurrentin spricht grundsätzlich für Personalverleih. Anders als bei einem klassischen Auftragsverhältnis kann die Rekurrentin die von ihr per Auftragsbestätigung übernommenen Aufgaben nicht direkt mit den ihr gegenüber arbeitsvertraglich verpflichteten Mitarbeiterinnen ausführen. Vielmehr benötigt sie zusätzlich zu den Rahmenarbeitsverträgen erst noch eine unterschriebene Einsatzbestätigung einer Mitarbeiterin, bzw. einen zusätzlichen Einsatzvertrag, mit dem sich eine Mitarbeiterin bereit erklären muss, die entsprechenden Arbeiten beim Kunden auszuführen (siehe Ziff. 3 des Rahmenarbeitsvertrags und die Einsatzbestätigung von Ursula Pfändler; act. 14/1 und 14/3). Die von den Kunden unterschriebenen Auftragsbestätigungen verweisen ausserdem auf die Geschäftsbedingungen (AGB) der Rekurrentin, "die einen integrierenden Bestandteil des Vertrages bilden und sich nach dem Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung (Arbeitsvermittlungsgesetz) richten". Ebenso verweisen die in den Akten liegenden AGB subsidiär auf das Arbeitsvermittlungsgesetz (act. 14/5). Den AGB lässt sich ausserdem entnehmen, dass die Mitarbeiterinnen verpflichtet sind, sich den abgemachten Weisungen zu unterziehen (Ziff. 2 der AGB zu den Auftragsbestätigungen von E.____ und F.____; act. 14/5). Die Abrechnung gegenüber den Kunden erfolgt nach Arbeitsstunden und nicht zu einem Festpreis (Auftragsbestätigungen von E.____ und F.____; act. 14/5), was ebenso für Verleihtätigkeit spricht wie der Umstand, dass für die Haushalthilfe Materialien offensichtlich zumindest auch vom Kunden selbst zur Verfügung gestellt werden und die Rekurrentin grundsätzlich nur für die sorgfältige Auswahl der Mitarbeiterinnen haftet (vgl. Ziff. 1 der AGB), auch wenn sie zusätzlich einen Versicherungsschutz anbietet. Abgesehen davon können die Mitarbeiterinnen durch die Kunden innert vier Arbeitsstunden zu-

Seite 15/18 rückgewiesen werden, wenn sie den Anforderungen nicht gewachsen sind. Unentgeltliche Nachbesserung oder eine Preisreduktion bei mangelhafter Leistungserbringung sind vertraglich nicht geregelt bzw. nicht vorgesehen (act. 14/5).

Das vor dem Einsatz einer Mitarbeiterin ausgefüllte Formular "Hauswirtschaft" hält zwar recht detailliert fest, welche hauswirtschaftlichen Leistungen wie häufig zu erbringen sind (act. 14/4). Wie diese Leistungen beim Kunden genau umzusetzen sind, bleibt jedoch weitgehend offen. Daran ändert nichts, dass teilweise Uhrzeiten, Wochentage und Anzahl der Wiederholungen der Tätigkeit erwähnt und vorweg festgelegt werden. Wie diese Tätigkeiten genau auszuüben sind, muss später mit dem Kunden besprochen werden. Dies gilt beispielsweise für Reinigungs- und Aufräumarbeiten, insbesondere aber auch für die Zubereitung von Mahlzeiten und den Einkauf. Gerade im hauswirtschaftlichen Bereich erteilen die Kunden oder deren Angehörige situativ weitere Weisungen. Dass dabei die Kunden zu Hause in ihrem Privatbereich nicht nahezu vollständig auf Weisungsbefugnisse bezüglich der Haushaltsführung verzichten, ist offensichtlich. Mit den vorliegenden Dokumenten ist daher erstellt, dass die Kunden (allenfalls deren Angehörige) im hauswirtschaftlichen Bereich gegenüber den Mitarbeiterinnen der Rekurrentin über erhebliche Weisungsbefugnisse im arbeitsrechtlichen Sinn verfügen (vgl. dazu auch den Entscheid des Thurgauer Verwaltungsgerichts VG.2014.198/E vom 18. März 2015 zur Filiale der A.____AG in X.____). Eine vollständige Übertragung der Weisungsbefugnisse ist dabei nicht notwendig, es genügt, wenn erhebliche Weisungsbefugnisse auf den Kunden übertragen werden.

E. 3.3

Im Ergebnis üben die Kunden der Rekurrentin im nichtmedizinischen, hauswirtschaftlichen Bereich der von ihr angebotenen Leistungen erhebliche Weisungsbefugnisse aus, wie sie bei Einsatzbetrieben im Personalverleih zu finden sind. Die Tätigkeit der Rekurrentin ist dementsprechend als Personalverleih zu qualifizieren.

E. 4

Die Rekurrentin bestreitet, mit ihrer Tätigkeit das Kriterium der Gewerbmässigkeit nach Art. 12 Abs. 1 AVG zu erfüllen. Insbesondere bestreitet sie, ein gewinnorientiertes Unternehmen zu sein.

E. 4.1

Gemäss Art. 29 Abs. 1 AVV verleiht gewerbmässig Arbeitskräfte, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig und mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen, oder wer mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100'000.- erzielt. Die Verordnung setzt die genannten Kriterien nach ihrem Wortlaut alternativ voraus.

E. 4.1.1

Im Jahr 2013 erzielte die Rekurrentin in Z. ___ einen Gesamtumsatz von Fr. 921'646.95. Davon entfielen Fr. 510'472.85 auf hauswirtschaftliche Leistungen (MO-FR: Fr. 402'751.25 und SA-SO: Fr. 107'721.60; act. 14/7).

Seite 16/18 Gemäss ihrem Internetauftritt (Webseite von A. ___ AG) bietet die Rekurrentin auch im Jahr 2016 neben den medizinischen Dienstleistungen noch Haushaltshilfe, 24-Stunden-Betreuung, Nachtwache, Nachtbegleitung und Ferienvertretung an. Von einer wesentlichen Verminderung der im hauswirtschaftlichen Bereich seit dem Jahr 2013 erzielten Umsätze ist daher nicht auszugehen, zumal die Zahl der neu abgeschlossenen Kundenaufträge von 26 im Jahr 2013 auf 37 im Jahr 2014 (Stand 21. November 2014) noch anstieg (act. 13). Allein der Umsatz mit hauswirtschaftlichen Leistungen übertrifft den Betrag von Fr. 100'000.- deutlich. Indem die Rekurrentin mit ihrer Verleihtätigkeit Umsätze von mehr als Fr. 100'000.- pro Jahr erzielt, erfüllt sie somit das Kriterium der Gewerbmässigkeit.

E. 4.1.2

Wie schon das Verwaltungsgericht Thurgau in seiner Entscheidung VG.2014.198/E vom 18. März 2015 betreffend die A. ___-Filiale in X. ___ feststellte, erfüllt die Rekurrentin auch das alternative Kriterium von Art 29 Abs. 1 AVV, wonach gewerbmässig Arbeitskräfte verleiht, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig und mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen:

Gemäss den Arbeitsverträgen (rek.act. 4, act. 14/1) und Auftragsbestätigungen (act. 14/5) vergütet die Rekurrentin eine Haushaltshilfe pro Stunde mit einem Betrag von Fr. 23.50 (Mo-Fr) bzw. Fr. 25.50 (Sa/So/Feiertage), während den betreuten Personen im Jahr 2013 dafür ein Stundensatz von Fr. 34.- bzw. Fr. 36.- und im Jahr 2014 ein Stundensatz von Fr. 35.- bzw. Fr. 37.- verrechnet wurde. Die Marge von rund 40 Prozent entspricht einer für den Personalverleih üblichen Gewinnmarge (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau VG.2014.198/E vom 18. März 2015 E. 5.4). Mit Eingabe vom 21. Mai 2015 räumte die Rekurrentin ausserdem einen in Z. ___ erzielten Jahresgewinn von knapp Fr. 60'000.- ein. Die Gewinnabsicht ist damit erstellt.

Regelmässig verleiht, wer mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden abschliesst (Art. 29 Abs. 2 AVV). Die Rekurrentin erzielt mehr als die Hälfte ihres Umsatzes in Z. ___ mit hauswirtschaftlichen Dienstleistungen (act. 14/7). Im Jahr 2013 hat sie 26 Kundenaufträge und im Jahr 2014 bis 21. November 37 Kundenaufträge neu abgeschlossenen (act. 13). In Anbetracht der Anzahl neu abgeschlossener Kundenverträge und der Umsatzanteile der hauswirtschaftlichen Dienstleistungen ist offensichtlich, dass wenigstens zehn der neu abgeschlossenen Verträge jeweils auch hauswirtschaftliche Leistungen im nichtmedizinischen betreffen. Die Verleihtätigkeit der Rekurrentin erfüllt damit auch das Kriterium der Regelmässigkeit. Die Vorinstanz nahm daher zurecht an, die Rekurrentin setze ihr Personal regelmässig und mit der Absicht ein, Gewinn zu erzielen.

E. 4.2

Im Ergebnis erfüllt die Rekurrentin sowohl das Kriterium der Gewinnabsicht bzw. der Regelmässigkeit als auch das Umsatzkriterium von

Seite 17/18 Fr. 100'000.-. Nach dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 AVV liegt Gewerbmässigkeit schon bei Erfüllung eines der beiden Kriterien vor. Die Tätigkeit der Rekurrentin erfüllt damit zweifellos die Gewerbmässigkeit im Sinn des AVG.

E. 5

Schliesslich rügt die Rekurrentin, auf öffentliche Spitex-Unternehmen werde die Bewilligungspflicht nicht angewendet. Damit liege eine Ungleichbehandlung vor.

Der aus Art. 8 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) folgende Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (vgl. z.B. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016 Rz. 572). Eine Gleichbehandlung der Rekurrentin mit öffentlichen Spitex-Unternehmen ist mit anderen Worten nur geboten, wenn die Tätigkeit der Rekurrentin im Hinblick auf die für die Bewilligungspflicht nach AVG relevanten Tatbestandsmerkmale identisch mit der Tätigkeit von öffentlichen Spitex-Unternehmen ist.

Anders als bei der Tätigkeit der Rekurrentin, die auch nicht kassenpflichtige, hauswirtschaftliche Leistungen anbietet, teilweise im 24-Stunden-Betrieb (vgl. Webseite von A. ___ AG), bleiben Angestellte von öffentlichen Spitex-Organisationen typischerweise in die öffentliche Spitex-Organisation eingegliedert und erhalten für ihre einzelnen Einsätze in den verschiedenen Haushalten detaillierte Anweisungen hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung direkt von der Spitex-Organisation. Angestellte öffentlicher Spitex-Organisationen sind daher typischerweise alleine unterwegs, arbeiten unbeaufsichtigt und sehr autonom, und zwar für einzelne Stunden in verschiedenen privaten Haushalten von Klienten, um im Rahmen dieser Einsätze – oft in minutengenaue Zeiterfassung – kassenpflichtige Leistungen zu erbringen (vgl. die beiden Urteile des Bundesgerichtes 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 4.5.2 und 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.3.2). Die von der Rekurrentin angebotenen hauswirtschaftlichen Leistungen unterscheiden sich daher massgeblich von den Leistungen, die öffentliche Spitex-Organisationen anbieten, weshalb sich die Rekurrentin nicht auf Art. 8 BV berufen kann.

E. 6

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rekurrentin mit den von ihr angebotenen hauswirtschaftlichen Leistungen bewilligungspflichtigen Personalverleih betreibt. Sie erfüllt ausserdem die in Art. 29 Abs. 1 AVV aufgestellten Kriterien der Gewerbsmässigkeit. Der Rekurs erweist sich insofern als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 7

Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten derjenige Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Nach Nr. 10.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindever-

Seite 18/18 waltung (sGS 821.5) ist die Entscheidgebühr auf Fr. 1'500.-- festzusetzen. Entsprechend dem Ausgang des Rekursverfahrens sind die amtlichen Kosten der Rekurrentin aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- ist anzurechnen. Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wurden keine gestellt.

Entscheid

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