

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00292 vom 4. Oktober 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-10-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00292

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00292 du 4 octobre 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00292 del 4 ottobre 2017

Regeste

Dienstleistungsverbot | [Der Beschwerdegegner verhängte gegenüber der Beschwerdeführerin mit Sitz in Österreich eine Dienstleistungssperre von 31 Monaten im Sinn von Art. 9 Abs. 2 lit. b EntsG (alte Fassung), weil jene gegen Art. 2 Abs. 1 EntsG in Verbindung mit Art. 327a OR verstossen habe, indem sie 14 Arbeitnehmer während eines Arbeitseinsatzes in Zürich von Januar bis April 2015 insgesamt € 16'660.93 bzw. Fr. 20'159.73 zu wenig Spesenentschädigungen ausgerichtet habe.] Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a EntsG müssen ausländische Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber, welche Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer im Rahmen grenzüberschreitender Dienstleistungen in die Schweiz entsenden, diesen mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrats, allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Bereich der minimalen Entlöhnung inklusive Zuschläge vorgeschrieben sind (E. 2.1). Bei Überprüfung der Einhaltung der massgeblichen Lohnbedingungen ist ein Lohnvergleich durchzuführen basierend auf einer Gegenüberstellung des den entsandten Arbeitnehmenden effektiv ausgerichteten Lohns (Ist-Seite) mit dem in der Schweiz geschuldeten Lohn (Soll-Seite); offenbart der Lohnvergleich einen Verstoß gegen Art. 2 EntsG, kann die durch den Kanton bezeichnete Behörde dies nach Art. 9 Abs. 2 EntsG sanktionieren (E. 2.2 f.). Aus Art. 2 Abs. 3 EntsG ergibt sich (e contrario), dass arbeitgeberische Zahlungen, welche der Deckung der tatsächlichen Aufwendungen der Arbeitnehmenden für den Einsatz in der Schweiz dienen, für den Lohnvergleich nicht zum Grundlohn hinzugezählt werden dürfen; kann die Übernahme oder die Vergütung dieser Kosten von der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber nicht nachgewiesen werden, werden sie daher vom effektiv ausgerichteten Grundlohn (anteilmässig pro Stunde) in Abzug gebracht (E. 4.1). Der Beschwerdegegner ging diesen Vorgaben entsprechend vor, schenkte allerdings bei der Berechnung der jeweiligen Ist-Löhne den effektiv ausgerichteten bzw. gemäss österreichischem Recht geschuldeten Weihnachts- und Urlaubsgeldern zu wenig Beachtung (E. 4.2). Von ihm zu Recht nicht in die Ist-Berechnung miteinbezogen wurden demgegenüber die unter dem Titel "Prämie LF/PFL" geleisteten Zahlungen der Beschwerdeführerin (E. 4.3). Damit geht die Sanktionierung der Beschwerdeführerin von einer falschen tatsächlichen Grundlage aus (E. 4.4). Teilweise Gutheissung und Rückweisung.

Erwägungen

E. 4

Abteilung VB.2017.00292 Urteil der 4. Kammer vom 4. Oktober 2017 Mitwirkend: Abteilungspräsident Jso Schumacher (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Tamara Nüssle, Verwaltungsrichter Marco Donatsch, Gerichtsschreiberin Sonja Güntert. In Sachen A,

vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit, Beschwerdegegner, betreffend Dienstleistungsverbot, hat sich ergeben: I. A mit Wohnsitz in Österreich entsandte von Anfang Januar bis Anfang April 2015 insgesamt 14 Arbeitnehmer auf eine Baustelle im Kanton Zürich. Nach einer Baustellenkontrolle durch die Arbeitskontrollstelle für den Kanton Zürich am 26. Januar 2015 stellte die "Paritätische Berufskommission Marmor und Granit" am 4. Dezember 2015 fest, dass diese Gesellschaft die minimalen Lohnbedingungen des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags für das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe vom 1. Januar 2012 (nachfolgend: ave GAV Marmor- und Granitgewerbe [www.seco.admin.ch > Arbeit > Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen > Gesamtarbeitsverträge > Gesamtarbeitsverträge Bund > Allgemeinverbindlich erklärte Gesamtarbeitsverträge]) nicht eingehalten habe, und auferlegte ihr eine Konventionalstrafe von Fr. 600.-. Hierüber erstattete die Paritätische Berufskommission dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich (AWA) Meldung. Das AWA verhängte daraufhin mit Verfügung vom 25. August 2016 gegenüber der A gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. b in der bis 31. März 2017 geltenden Fassung (vgl. AS 2003 1370 ff., 1373) des Entsendegesetzes vom 8. Oktober 1999 (EntsG; SR 823.20) "ein Dienstleistungsverbot in der Schweiz während 31 Monaten" wegen eines nicht mehr geringfügigen Verstosses gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen. II. Hiergegen rekurrierte A bei der Volkswirtschaftsdirektion des Kantons Zürich, welche das Rechtsmittel mit Verfügung vom 10. April 2017 – unter Hinweis auf die unterdessen geleisteten Lohnnachzahlungen – teilweise guthiess und die Verfügung des AWA vom 25. August 2016 dahingehend abänderte, dass ein Dienstleistungsverbot in der Schweiz während 16 Monaten ausgesprochen werde (Dispositiv-Ziff. I); die Verfahrenskosten von insgesamt Fr. 831.- wurden A auferlegt (Dispositiv-Ziff. II) und in Dispositiv-Ziff. III keine Parteientschädigungen zugesprochen. III. Am 10. Mai 2017 liess A Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen und beantragen, unter Entschädigungsfolge sei die Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion vom 10. April 2017 aufzuheben und auf eine Sanktionierung zu verzichten bzw. sie eventualiter in Anwendung von Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG mit einer Busse zu belegen. Die Volkswirtschaftsdirektion verzichtete am 29. Mai 2017 unter Verweis auf die Begründung ihres Entscheids ausdrücklich auf eine Vernehmlassung. Das AWA schloss mit Beschwerdeantwort vom 9. Juni 2017 auf Abweisung der Beschwerde unter Entschädigungsfolge. Hierzu nahm A am 3. Juli 2017 Stellung. Das AWA verzichtete am 13./14. Juli 2017 auf weitere Bemerkungen. Eine ihr aufgrund ihres ausländischen Sitzes auferlegte Kautions von Fr. 4'000.- leistete A fristgerecht. Die Kammer erwägt: 1. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit nach § 70 in Verbindung mit § 5 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG, LS 175.2) von Amts wegen. Erstinstanzliche Rekursentscheide einer Direktion über Anordnungen eines Amtes etwa im Bereich des Vollzugs der flankierenden Massnahmen können beim Verwaltungsgericht mit Beschwerde angefochten werden (§ 41 in Verbindung mit §§ 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 Satz 1 sowie 19a und §§ 42–44 e contrario VRG; siehe ferner § 38 Abs. 4 des Gesetzes über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 6. Juni 2005 [LS 172.1] und § 58 Abs. 1 sowie § 66 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 1 lit. D Ziff. 9 sowie Anhang 3 Ziff. 4.1 der Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung vom 18. Juli 2007 [VOG RR, LS 172.11]). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. 2. 2.1 Gemäss Art. 2 Abs. 1 EntsG müssen ausländische Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber,

welche Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer im Rahmen grenzüberschreitender Dienstleistungen in die Schweiz entsenden (vgl. Art. 1 Abs. 1 EntsG), diesen mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen garantieren, die in Bundesgesetzen, Verordnungen des Bundesrats, allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen und Normalarbeitsverträgen im Sinn von Art. 360a des Obligationenrechts (OR, SR 220) in den Bereichen der minimalen Entlohnung inklusive Zuschlägen (lit. a), der Arbeits- und Ruhezeit (lit. b), der Mindestdauer der Ferien (lit. c), der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz (lit. d), des Schutzes von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen (lit. e) sowie der Nichtdiskriminierung (lit. f) vorgeschrieben sind. Wann eine Regelung in einem der genannten Erlasse bzw. Verträge als eine solche über die minimale Entlohnung im Sinn von Art. 2 Abs. 1 lit. a EntsG gilt, findet sich dabei in Art. 1 der Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV, SR 823.201) näher definiert. Als massgeblich erklärt werden namentlich Bestimmungen, die sich auf den Mindestlohn (lit. a) inklusive obligatorischer Erhöhungen (lit. b) und Zuschläge (lit. c), auf den anteilmässigen Ferien- (lit. d) und den 13. Monatslohn (lit. e) sowie die bezahlten Feier- und Ruhetage (lit. f) beziehen.

2.2 Bei Überprüfung der Einhaltung der massgeblichen Lohnbedingungen ist ein Lohnvergleich durchzuführen basierend auf einer Gegenüberstellung des den entsandten Arbeitnehmenden effektiv ausgerichteten Lohns (Ist-Seite) mit dem in der Schweiz geschuldeten Lohn (Soll-Seite). Zum konkreten Vorgehen in diesem Zusammenhang hat das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) gestützt auf Art. 14 EntsG eine Weisung erlassen (Weisung "Vorgehen zum internationalen Lohnvergleich", Bern, 12. Dezember 2013 [Lohnvergleichsweisung], abrufbar unter www.seco.admin.ch > Arbeit > Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen > Entsendung und Flankierende Massnahmen > Internationaler Lohnvergleich). Nach dieser Weisung ist der Lohnvergleich auf der Basis des Bruttostundenlohns vorzunehmen, wobei als massgebender Grundlohn auf der Soll-Seite der Mindestlohn des im Zeitpunkt des Arbeitseinsatzes geltenden allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrags bzw. der orts-, berufs- oder branchenübliche Lohn gilt (Ziff. 3.1 der Lohnvergleichsweisung). Zum Grundlohn sind die im konkreten Einzelfall gewährten (Ist-Seite) bzw. in der Schweiz geschuldeten (Soll-Seite) weiteren Lohnbestandteile hinzuzurechnen, welche in Art. 1 lit. a–f EntsV aufgeführt werden, heruntergebrochen auf den jeweiligen Stundenlohn. Den Vorgaben des Seco zufolge auf der Ist-Seite ebenfalls zu berücksichtigen sind sodann effektiv vergütete 14. Monatslöhne, allfällige – insbesondere in Deutschland bekannte – Urlaubs- und Weihnachtsgelder (Ziff. 3.7 und 3.9 der Lohnvergleichsweisung) sowie im Zusammenhang mit der Entsendung gewährte zusätzliche Entschädigungen (sogenannte Entsendeentschädigungen), sofern diese generell der Kompensation des Lohnunterschieds zwischen der Schweiz und dem Herkunftsland der entsandten Personen dienen (eigentliche Entsendezulagen) und keinen Ersatz für effektiv angefallene Auslagen wie solche für Reise, Verpflegung oder Unterkunft darstellen (Art. 2 Abs. 3 EntsG; Ziff. 3.3 der Lohnvergleichsweisung). Schliesslich sind die resultierenden Gesamtlohnsummen pro Stunde zu vergleichen und ist zu prüfen, ob der individuell ausbezahlte Stundenlohn mindestens gleich hoch ist wie der in der Schweiz geschuldete (vgl. Christoph Senti, Lohnbuchkontrollen bei allgemeinverbindlichen GAV und NAV: praktische Probleme und Abgrenzungsfragen, AJP 2010, S. 14 ff., 24 f.).

2.3 Offenbart der Lohnvergleich einen Verstoß gegen Art. 2 EntsG, hat dies das zuständige Kontrollorgan – vorliegend handelt es sich um die mit der Durchsetzung des ave GAV Marmor- und Granitgewerbe betraute

Paritätische Berufskommission Marmor und Granit (Art. 3.1 ave GAV Marmor- und Granitgewerbe) – der durch den Kanton bezeichneten Behörde zu melden, damit Letztere den Verstoss sanktionieren kann (Art. 9 Abs. 1 EntsG). Zuständige Behörde für die Sanktionierung des fehlbaren Unternehmens im Kanton Zürich ist (erstinstanzlich) der Beschwerdegegner (vgl. § 58 Abs. 1 sowie § 66 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 1 lit. D Ziff. 9 sowie Anhang 3 Ziff. 4.1 VOG RR). Ihm stehen je nach Schwere des Verstosses verschiedene Sanktionsmittel zur Verfügung. So kann er gemäss Art. 9 Abs. 2 EntsG in der hier massgeblichen Fassung bei geringfügigen Verstössen gegen Art. 2 EntsG eine Verwaltungsbusse bis Fr. 5'000.- aussprechen (lit. a), während er bei nicht mehr geringfügigen Verstössen gegenüber der betreffenden Arbeitgeberin bzw. dem betreffenden Arbeitgeber auch ein Dienstleistungsverbot auf dem gesamten Gebiet der Schweiz von einem bis fünf Jahren verhängen kann (lit. b); darüber hinaus können der fehlbaren Arbeitgeberin bzw. dem fehlbaren Arbeitgeber gestützt auf Art. 9 Abs. 2 lit. c EntsG (alte Fassung) die Kontrollkosten ganz oder teilweise auferlegt werden (vgl. AS 2003 1373). Die Sanktionen werden weniger streng bemessen, wenn die Fehlbaren die ihnen vorgehaltenen Lohnunterbietungen an die betroffenen Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer nachzahlen (Antrag des Regierungsrats vom 3. Dezember 2014 zur Lohndumping-Initiative, KR-Nr. 5148/2014 [abrufbar unter www.kantonsrat.zh.ch > Geschäfte > Übersicht Geschäfte > KR-Nr./Vorlagen-Nr.], S. 5).

3. 3.1 Der Beschwerdegegner begründet die Verhängung einer Dienstleistungssperre von 31 Monaten im Sinn von Art. 9 Abs. 2 lit. b EntsG (alte Fassung) gegenüber der Beschwerdeführerin damit, dass diese gegen Art. 2 Abs. 1 EntsG in Verbindung mit Art. 327a OR verstossen habe, indem sie 14 Arbeitnehmer während eines Arbeitseinsatzes in Zürich von Januar bis April 2015 insgesamt € 16'660.93 bzw. Fr. 20'159.73 "zu wenig Spesenentschädigungen (und Lohn bei zwei Arbeitnehmern) ausgerichtet" habe. Ausgehend von den als zutreffend vorausgesetzten Lohnvergleichsrechnungen des Beschwerdegegners bestätigte die Vorinstanz die Sanktionierung der Beschwerdeführerin dem Grundsatz nach. Sie reduzierte das Dienstleistungsverbot jedoch – einem entsprechenden Antrag des Beschwerdegegners folgend – auf 16 Monate, da die Beschwerdeführerin die vom Beschwerdegegner errechneten Fehlbeträge nach Eröffnung der Ausgangsverfügung an die betroffenen Arbeitnehmer nachbezahlt hatte.

3.2 Die Beschwerdeführerin selbst räumt ein, für die von ihr zur fraglichen Zeit in die Schweiz entsandten Arbeitnehmer nebst den Kosten für die Unterbringung lediglich die Verpflegungsentschädigungen für das Mittagessen übernommen zu haben; Entschädigungen für das Frühstück und das Abendessen habe sie dagegen – auf eine diesbezügliche Auskunft ihres früheren Schweizer Treuhandbüros vertrauend – nicht geleistet. Dass sie hierzu verpflichtet gewesen wäre, anerkenne sie. Spesen und Auslagen würden jedoch – so die Beschwerdeführerin weiter – weder von Art. 2 Abs. 1 EntsG noch von Art. 1 EntsV erfasst, weshalb sie allein wegen nicht bezahlter Spesen nicht im Sinn von Art. 9 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 2 EntsG sanktioniert werden könne. Von Bedeutung seien die geschuldeten Spesen einzig bei der Berechnung der sogenannten Entsendeentschädigung gemäss Art. 2 Abs. 3 EntsG. So sei im Rahmen der Einhaltung der Minimallohnvorschriften zu prüfen, ob die gewährten Entsendeentschädigungen die effektiven Auslagen überstiegen. Sei dies nicht der Fall, dürfe aber mangels einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage keine Sanktion verhängt werden. Entgegen den Berechnungen des Beschwerdegegners habe sie ihren Arbeitnehmern überdies weit mehr als den in der Schweiz geschuldeten Mindestlohn ausbezahlt. Berücksichtige man bei der Ermittlung des effektiv ausgerichteten Bruttostundenlohns die

in den Lohnabrechnungen der betroffenen Arbeitnehmer unter dem Titel "Prämie LF/PFL" bzw. "Prämie" figurierenden Zahlungen, was der Beschwerdegegner nicht getan habe, sowie die tatsächlich bezahlten Weihnachts- und Urlaubsgelder inklusive Urlaubszuschlägen, resultiere mithin offensichtlich keine Verletzung der Mindestlohnvorschriften. 3.3 Die im vorliegenden Verfahren strittigen Punkte beschränken sich insofern auf die Ermittlung des massgeblichen Ist-Lohns im Rahmen des Lohnvergleichs nach Art. 2 EntsG und die Berücksichtigung der unbestrittenermassen nicht geleisteten Spesenzahlungen der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang. Keiner näheren Betrachtung bedarf hingegen der vom Beschwerdegegner gestützt auf den im Zeitpunkt der fraglichen Entsendungen geltenden allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrag für das Schweizerische Marmor- und Granitgewerbe korrekt berechnete Soll-Lohn (vgl. Art. 9 sowie Anhang I ave GAV Marmor- und Granitgewerbe; ferner Lohnrechner des Seco auf www.entsendung.admin.ch > Dienstleistungserbringer > Lohn und Arbeit > Mindestlohn berechnen).

E. 4.1

Abs. 1 Geschilderten und ist insoweit nicht zu beanstanden. Wie sich sogleich zeigt, bedarf die von ihm im Ergebnis festgestellte Lohnunterschreitung allerdings aus anderen Gründen einer Korrektur. So scheint der Beschwerdegegner bei der Berechnung der jeweiligen Ist-Löhne lediglich beim Grundlohn und der Entsendezulage die von der Beschwerdeführerin tatsächlich geleisteten Zahlungen berücksichtigt zu haben, während er den effektiv ausgerichteten bzw. gemäss österreichischem Recht geschuldeten Leistungen der Beschwerdeführerin bei der Berechnung der weiteren für den Lohnvergleich massgebenden Lohnbestandteile, so insbesondere des Ferienlohns (4.2.1) und des 13. Monatslohns (4.2.2), keine bzw. zu wenig Beachtung schenkte.

E. 4.2

Der Beschwerdegegner berechnete vorliegend zunächst die jeweilige Höhe der arbeitnehmerseitig entstandenen Verpflegungskosten, welche von der Beschwerdeführerin nicht vergütet worden waren. Da die tatsächlichen Aufwendungen nicht belegt sind und sich der massgebliche Gesamtarbeitsvertrag zur Höhe der Verpflegungsauslagen für Frühstück und Abendessen ausschweigt, orientierte er sich dabei an den vom Seco in Ziff. 3.3.1 der Lohnvergleichsweisung festgelegten Spesenpauschalen. Die einzelnen Fehlbeträge brachte er in der Folge von den zuvor für jede entsandte Person ermittelten Ist-Löhnen (hochgerechnet auf die Einsatzdauer) in Abzug und stellte das Ergebnis dem jeweiligen während des gesamten Einsatzes in der Schweiz geschuldeten Soll-Lohn gegenüber. Pro entsandter Person resultierten Lohndifferenzen von durchschnittlich rund Fr. 1'440.-, was zusammengerechnet die vom Beschwerdegegner beanstandete Lohnunterschreitung von knapp Fr. 20'160.- ergibt. Das Vorgehen des Beschwerdegegners im Zusammenhang mit dem von der Beschwerdeführerin eingestandenen Verstoss gegen die Pflicht zum Auslagenersatz entspricht im Wesentlichen dem vorstehend unter

E. 4.2.1

Der Anspruch auf Ferienlohn (vgl. Art. 1 lit. d EntsV) wird beim Lohnvergleich in Form eines Lohnzuschlags berechnet (Senti, S. 25). In Ziff. 3.5 der Lohnvergleichsweisung findet sich eine ausführliche Tabelle, für welche Anzahl Ferientage welcher prozentuale Lohnzuschlag hinzuzurechnen ist. Die Berechnung der Feiertagsentschädigung richtet sich nach der gleichen Tabelle. Den Arbeitnehmern der Beschwerdeführerin kommt ein

Ferienanspruch von 25 Tagen zu (§ 4 Abs. 1 des österreichischen Bundesgesetzes betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft [BUAG, BGBl. Nr. 414/1972]). Der vorerwähnten Tabelle des Seco zufolge müsste daher zum jeweiligen Grundlohn der Arbeitnehmenden – zuzüglich sämtlicher vermögenswirksamen Leistungen – ein Anteil von 10,64 % als Ferienlohn hinzuaddiert werden. Hiervon ging offenbar auch der Beschwerdegegner aus. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet, haben die von ihr entsandten Arbeitnehmer jedoch keinen Anspruch auf einen Ferienlohn im eigentlichen Sinn, sondern hat die Beschwerdeführerin stattdessen – wie in Österreich im Baugewerbe üblich – zu Gunsten ihrer Angestellten mit jedem Monatslohn ein Urlaubsgeld inklusive Urlaubszuschlag (Urlaubsersatzleistung) an eine Ferienkasse zu entrichten, welche für die der Beschwerdeführerin im Fall eines Ferienbezugs erwachsenen Aufwendungen aufkommt (vgl. §§ 8 und 21 Abs. 1 f. BUAG). Dieses monatliche Entgelt entspricht im Allgemeinen dem obligatorischen Ferienlohn in der Schweiz (so Ziff. 3.5 der Lohnvergleichsweisung, auch zum Folgenden). Sind die Urlaubsersatzleistungen allerdings im Einzelfall höher als der nach der Tabelle des Seco ermittelte Ferienlohn, ist der Differenzbetrag zum Ist-Lohn hinzuzurechnen. Dies ist vorliegend der Fall, fielen die von der Beschwerdeführerin für die Dauer des Einsatzes in der Schweiz unter dem Titel "Urlaubsentschädigung" und "Urlaubszuschuss" erbrachten finanziellen Leistungen zu Gunsten der entsandten Arbeitnehmer doch deutlich höher aus als die nach Ziff. 3.5 der Lohnvergleichsweisung ermittelten Ferienlöhne (vgl. zur Berechnung der Urlaubsersatzleistungen auch www.buak.at > für ArbeitgeberInnen > Beitrag / Zuschlag > Höhe [zuletzt besucht am 28. September 2017], wonach sich der von der Beschwerdeführerin monatlich zu entrichtende Urlaubszuschlag zwischen € 31.20 und € 44.50 pro Arbeitstag und Person bewegt). Die Feiertagsentschädigung wird demgegenüber im Allgemeinen nicht über die Ferienkasse abgewickelt; der tatsächliche Verdienstentgang ist den Arbeitnehmenden vielmehr unmittelbar durch die Arbeitgebenden zu vergüten (§ 4 Ziff. 6 Abs. 1 des im Jahr 2015 geltenden österreichischen Kollektivvertrags für Steinarbeiter, Stand: 1. Mai 2014 [KV Steinarbeiter], abrufbar unter www.wko.at > Informationen zu Kollektivverträgen > Archiv vor 2017 > Bauhilfsgewerbe > Steinarbeiter). Nicht zu beanstanden ist daher, dass der Beschwerdegegner dem Grundlohn auf der Ist-Seite eine Feiertagsentschädigung von 3,59 % hinzufügte, was neun Feiertagen und damit der Zahl gesetzlicher Feiertage in Österreich entspricht, welche im Jahr 2015 auf einen Wochentag fielen (vgl. § 4 Ziff. 6 Abs. 6 KV Steinarbeiter).

E. 4.2.2

Dem von der Beschwerdeführerin nach österreichischem Recht geschuldeten Weihnachtsgeld (vgl. § 13 Abs. 1 des KV Steinarbeiter) will der Beschwerdegegner sodann mittels Anrechnung eines 13. Monatslohns von 8,33 % des jährlichen Bruttolohns Rechnung getragen haben. Auch hier wären jedoch auf der Ist-Seite die effektiv vergüteten Leistungen zu berücksichtigen gewesen und durfte der Beschwerdegegner nicht einfach einen Vergleichswert heranziehen (Ziff. 3.9 der Lohnvergleichsweisung, auch zum Folgenden). Sein diesbezügliches Unterlassen lässt sich nicht damit rechtfertigen, dass die Beschwerdeführerin die massgeblichen Lohnabrechnungen vom Dezember 2015 erst im Beschwerdeverfahren einreichte, hätte er doch Belege von Vorjahreszahlungen einholen und sich hierauf abstützen können. Auch diesbezüglich ist somit eine Korrektur der einzelnen Ist-Löhne angezeigt. Eine Korrektur der Ist-Löhne erscheint im Weiteren auch insofern erforderlich, als die Beschwerdeführerin den vorliegend in die Schweiz entsandten Arbeitnehmern keine eigentlichen 14. Monatsgehälter auszurichten hatte bzw. ausrichtet

(§ 17 Ziff. II.1 f. e contrario KV Steinarbeiter), weshalb der vom Beschwerdegegner gewährte Lohnzuschlag von pauschal 8,33 % unter besagter Position auf der Ist-Seite des Lohnvergleichs jeglicher Grundlage entbehrt. Soweit der Beschwerdegegner damit einen Teil der Urlaubersatzleistungen der Beschwerdeführerin abzugelten beabsichtigt, ist auf das oben unter 4.2.1 Gesagte zu verweisen. Es gilt mithin das von der Beschwerdeführerin im Einzelfall effektiv an die Urlaubs- bzw. Ferienkasse entrichtete Urlaubsentgelt zu berücksichtigen, nicht einen geschätzten Pauschalbetrag, und den Differenzbetrag zwischen jenem und dem tieferen Ferienlohn zum Effektivlohn hinzuzuzählen.

E. 4.3

Was schliesslich die den entsandten Arbeitnehmern für die Dauer des Einsatzes unter dem Titel "Prämie LF/PFL" bzw. "Prämie" ausgerichteten Zahlungen der Beschwerdeführerin anbelangt, liess der Beschwerdegegner diese bei der Berechnung der Ist-Löhne zu Recht unbeachtet. Wie der Beschwerdegegner zutreffend bemerkt, wären die besagten Leistungen nur dann in den Lohnvergleich miteinzubeziehen, wenn es sich um eigentliche Lohnbestandteile oder aber um Entsendezulagen handelte (vgl. Stöckli, S. 94). Dass dem so wäre, macht die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht substantiiert geltend. So bringt sie zwar vor, diese "Lohnbestandteile insbesondere deshalb" an ihre Angestellten ausgerichtet zu haben, "um eine Verletzung der Schweizerischen Vorschriften zur Einhaltung der Mindestlöhne in jedem Fall ausschliessen zu können", was auf eine Qualifikation besagter Zahlungen als Entsendezulagen hindeutete. Hiergegen spricht indessen, dass in den Lohnabrechnungen der betroffenen Arbeitnehmer von Januar bis und mit März 2015 jeweils eigens eine Position "Entsendezulage" figuriert, welche der Beschwerdegegner denn auch vollumfänglich in den Lohnvergleich einfliessen liess. Nicht nachvollziehbar erscheint zudem, weshalb die Zahlungen – sollte es sich dabei tatsächlich um zusätzliche Entsendeentschädigungen handeln – nicht unter einer einheitlichen Position zusammengefasst wurden, sondern in den Lohnabrechnungen der entsandten Arbeitnehmer separat unter dem Titel "Prämie" (Schlüssel 2060) und/oder dem Titel "Prämie LF/PFL" (Schlüssel 1060) aufscheinen. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Mehrzahl der Arbeitnehmer offenbar zumindest im Dezember 2015 ebenfalls eine Prämie (Schlüssel 2060 und 1060) ausbezahlt erhielt. Die von der Beschwerdeführerin zum Nachweis ihres Standpunkts eingereichten Belege lassen alsdann auch nicht den Schluss zu, dass besagten Zahlungen Lohncharakter zukäme (vgl. zur Abgrenzung Gratifikation – Lohnbestandteil BGr, 14. April 2016, 4A_565/2015, E. 2.1; BGE 129 III 276 E. 2). In den schriftlichen Arbeitsverträgen der betroffenen Arbeitnehmer und dem massgeblichen Kollektivvertrag etwa finden sich keine Bestimmungen zu Sondervergütungen dieser Art (vgl. aber § 6 Abs. 1a Abs. 2 KV Steinarbeiter), und die Beschwerdeführerin vermochte auch keine anderweitigen Dokumente einzureichen, aus denen hervorginge, dass sie mit den entsandten Arbeitnehmern vor Einsatzbeginn ein zusätzliches Arbeitsentgelt vereinbart hätte. Selbst aus den (erst) vor Verwaltungsgericht nachgereichten Bestätigungen der betroffenen Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin geht solches nicht zweifelsfrei hervor.

E. 4.4

Vor dem Hintergrund des Ausgeführten erweist sich die Höhe des seitens des Beschwerdegegners errechneten und von der Vorinstanz übernommenen Lohnausstands als fehlerhaft. Die Sanktionierung der Beschwerdeführerin geht insofern von einer falschen tatsächlichen Grundlage aus. Da dem Beschwerdegegner im Zusammenhang mit der Beurteilung, ob und – wenn ja – wie eine fehlbare Arbeitgeberin bzw. ein fehlbarer

Arbeitgeber nach Art. 9 Abs. 2 EntsG zu sanktionieren ist, ein Ermessensspielraum zukommt, ist die Angelegenheit zur Neuberechnung des Lohnausstands und zu allfälligem Verhängen einer Sanktion an den Beschwerdegegner zurückzuweisen (vgl. § 64 Abs. 1 VRG; zur Zulässigkeit der sogenannten Sprungrückweisung Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 64 N. 4). Dabei wird der Beschwerdegegner – wie schon die Vorinstanz vor ihm – die von der Beschwerdeführerin geleisteten Lohnnachzahlungen angemessen zu berücksichtigen haben.

E. 5

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und die Sache zum neuen Lohnvergleich und Entscheid über eine allfällige Sanktionierung der Beschwerdeführerin an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Die Rückweisung zur erneuten Entscheidung bei offenem Ausgang ist in Bezug auf die Regelung der Nebenfolgen als Obsiegen zu behandeln, wenn die Rechtsmittelinstanz reformatorisch oder kassatorisch entscheiden kann (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2 f. mit Hinweisen; Donatsch, § 64 N. 5). Demnach hat die Beschwerdeführerin als obsiegend zu gelten und sind die Kosten des Rekursverfahrens in Abänderung von Dispositiv-Ziff. II des Rekursentscheids dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VRG; VGr, 3. Juli 2014, VB.2014.00186, E. 4.2).

E. 6

Im Sinn des zum Rekursverfahren Ausgeführten sind dem Beschwerdegegner die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Der Beschwerdegegner ist ausserdem zu verpflichten, der Beschwerdeführerin für das Rekurs- und das Beschwerdeverfahren insgesamt eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 7

Nach der Regelung in Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) sind letztinstanzliche kantonale Rückweisungsentscheide als Zwischenentscheide im Sinn von Art. 93 BGG zu qualifizieren (BGE 138 I 143 E. 1.2, 133 V 477 E. 4.2). Die vorliegende Rückweisung ist daher vor Bundesgericht nur direkt anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (lit. b).

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