

III. Arbeitsvermittlung

67 Unterstellung unter die Bewilligungspflicht des Arbeitsvermittlungsgesetzes

- **Bewilligungspflicht nach Art. 12 Abs. 1 AVG: Ein Unternehmen, das nichtmedizinische Betreuungsdienstleistungen im Haushalt der Leistungsbezügerinnen und -bezüger anbietet, untersteht der Bewilligungspflicht des Arbeitsvermittlungsgesetzes, wenn die Leistungsbezügerinnen und -bezüger über wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Betreuungspersonal verfügen.**

Aus dem Entscheid des Regierungsrats vom 21. November 2012 in Sachen X. AG in Gründung, Beschwerde gegen die Verfügung des Departements Volkswirtschaft und Inneres (Amt für Wirtschaft und Arbeit) (RRB Nr. 2012-001560).

Sachverhalt

A.

Die X. AG in Gründung beabsichtigt nach Abschluss des Gründungsverfahrens die Erbringung von nicht medizinischen Betreuungsdienstleistungen. Ziel der X. AG in Gründung ist die Schaffung von Arbeitsplätzen für beschränkt arbeitsfähige Personen im Bereich der Erbringung von Betreuungsdienstleistungen. Die geplanten Betreuungsdienstleistungen sollen vielfältig sein und gemäss den individuell abzuschliessenden Vereinbarungen ausgestaltet werden (Gesellschaft leisten, gemeinsames Einkaufen, Kochen, Reinigungsarbeiten etc.).

(...)

C.

Am 3. Mai 2012 erliess das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) folgende Verfügung:

"1. Es wird festgestellt, dass die X. AG in Gründung beabsichtigt, Personalverleih zu betreiben, für welchen eine Bewilligung erforderlich ist.

2. Die X. AG in Gründung wird aufgefordert, vor Aufnahme der Verleihetätigkeiten ein entsprechendes Bewilligungsgesuch mit allen erforderlichen Unterlagen einzureichen.

(...)

Aus den Erwägungen

1. a)

Art. 12 Abs. 1 AVG sieht vor, dass Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamts benötigen.

Als Verleiher gilt, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt (Art. 26 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV] vom 16. Januar 1991).

(...)

2.

Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (fortan: SECO) hat zur Auslegung des AVG und der AVV im Januar 2003 Weisungen und Erläuterungen (fortan: Weisungen) erlassen. Betreffend Betreuungs- und Hausdienste wird dort (S. 153 f.) angeführt, dass Tätigkeiten einer Arbeitgeberin oder eines Arbeitgebers bewilligungspflichtig sind, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt (Privathaushalt), in einem konkreten Fall das Weisungsrecht ausübt, analog der Arbeitgeberfunktion eines Arbeitgebers, wenn der Begriff der "Gewerbsmässigkeit" (Regelmässigkeit und Gewinnabsicht oder ein Jahresumsatz von Fr. 100'000.-) gegeben ist und wenn der Privathaushalt als Nutzniesser von Dienstleistungen als Einsatzbetrieb beziehungsweise Arbeitgeber bezeichnet werden kann. Demgegenüber liegt keine bewilligungspflichtige Tätigkeit vor, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch

nimmt, kein Weisungsrecht ausüben kann, wenn das Pflegepersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet und nicht nach Weisung der zu pflegenden Person und wenn das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt (beispielsweise der Abschluss eines detaillierten Pflegevertrags mit genauer Aufgabenbeschreibung).

(...)

4. a)

Zunächst ist zu prüfen, ob vorliegend wesentliche Weisungsbefugnisse im Sinne von Art. 26 AVV abgetreten werden.

Da die von der Beschwerdeführerin angebotenen Dienstleistungen sehr vielfältig sind, können sie nicht einem einzigen, von vornherein klar definierbaren Vertragstyp untergeordnet werden, wie es etwa bei klassischen Pflegeverträgen mit genauer Aufgabenbeschreibung der Fall ist.

Es ist zwar denkbar, dass gewisse Vertragskonstellationen im Bereich der angebotenen Dienstleistungen bereits im Voraus relativ detailliert und abschliessend geregelt werden können und den Leistungsempfängerinnen und -empfängern entsprechend nur eine geringe beziehungsweise untergeordnete – oder gar keine – Weisungsbefugnis zukommt; zu denken ist etwa an die Begleitung einer Person zu einem Arzttermin, der sowohl örtlich als auch zeitlich klar im Voraus zu definieren ist.

Bei der Mehrzahl der von der Beschwerdeführerin geplanten Dienstleistungen erscheint eine solche eingehende und abschliessende Ausgestaltung und Beschreibung der zu erbringenden Leistungen indessen kaum möglich. Bei Betreuungsarbeiten wie Leisten von Gesellschaft, Reinigungsarbeiten im Haushalt, Kochen, gemeinsames Einkaufen usw. kann die Argumentation der Beschwerdeführerin nicht nachvollzogen werden. Den Bedürfnissen und Wünschen der betreuten Personen muss situationsgerecht und mithin auch spontan Rechnung getragen werden. Das heisst, Anpassungen und Abänderungen der einzelnen vereinbarten Leistungen müssen durch die betreuten Personen möglich sein, dies ohne jedes Mal den Umweg über die Beschwerdeführerin zu nehmen. Dementsprechend kommt den betreuten Personen eine entsprechende Weisungsberechtigung gegen-

über dem Betreuungspersonal zu (vgl. dazu auch RRB Nr. ...). Würde man von Gegenteiligem ausgehen, wären sachgerechte und kundenfreundliche Leistungen – im Sinne der Philosophie der Beschwerdeführerin – gar nicht möglich.

(...)

c)

Gerade bei den von der Beschwerdeführerin auf ihrer Webseite aufgelisteten typischen Tätigkeiten (...) ist eine wesentliche – und damit nicht untergeordnete – Weisungsbefugnis der Leistungsbezügerrinnen und -bezügler nicht wegzudenken: Etwa beim Leisten von Gesellschaft die Art und der Umfang des Zusammenseins sowie die Örtlichkeit, beim Begleiten an Spaziergängen oder Ausflügen allfällige Fortbewegungs- beziehungsweise Transportmittel, beim Kochen die Auswahl und Zusammensetzung der Mahlzeit sowie die Festlegung der Essenszeit oder beim Ausführen von Gartenarbeit das Bestimmen der zum Zeitpunkt der Leistungserbringung notwendigen Arbeiten, unter Berücksichtigung der Jahreszeit und Witterung.

Die Wesentlichkeit der Weisungskompetenz bezieht sich insbesondere auf die Art der zu verrichtenden Arbeit und die Wahl der Hilfsmittel (vgl. Weisungen, S. 66) beziehungsweise auf die Frage, welche Arbeiten wann und wie zu verrichten sind (vgl. RRB Nr. ...). Es genügt bereits, wenn sich Verleiher und Einsatzbetrieb das Weisungsrecht teilen (vgl. Weisungen, S. 66). Wie oben dargelegt, kommen den Kundinnen und Kunden der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Art, den Ort, die Zeit sowie die Hilfsmittel gewichtige Willensäußerungs- und Weisungsrechte zu.

d)

Im Lichte des Gesagten kann die den zu betreuenden Personen zustehende Weisungsbefugnis nicht mehr als untergeordnet eingestuft werden. Daraus ergibt sich, dass wesentliche Weisungsbefugnisse im Sinne von Art. 26 AVV von der Beschwerdeführerin an die Kundinnen und Kunden, zumindest teilweise, abgetreten werden.

(...)

7. a)

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das AWA zu Recht von einer Bewilligungspflicht für die Beschwerdeführerin ausgeht. Im

Lichte des Gesagten steht fest, dass die Leistungsbezügerinnen und -bezüger aufgrund des Unternehmenszwecks, des Leistungsangebots und der ständigen Anwesenheit der Betreuungsperson in ihrem Umfeld zwangsläufig und im wesentlichen Mass über Weisungsbefugnisse verfügen.

(...)

IV. Verwaltungsrechtspflege

68 Ausstand

- **Einfluss von medialem und politischem Druck auf die Unvoreingenommenheit von Behördenmitgliedern im Rahmen eines Disziplinarverfahrens betreffend Entzug der Berufsausübungsbewilligung als Medizinalperson**

Aus dem Entscheid des Regierungsrats vom 7. März 2012 i.S. X. (RRB Nr. 2012-000280)

Aus den Erwägungen

4.

Gemäss § 16 Abs. 1 lit. e VRPG darf am Erlass von Entscheiden nicht mitwirken, wer aus anderen als den in lit. a–d aufgezählten Gründen in der Sache befangen sein könnte. Diese Bestimmung lautet grundsätzlich gleich wie die entsprechenden bundesrechtlichen Regelungen (vgl. Art. 10 Abs. 1 lit. d VwVG und Art. 34 Abs. 1 lit. e BGG). In Lehre und Rechtsprechung wird zwischen subjektiver und objektiver Befangenheit unterschieden. Die subjektive Befangenheit betrifft Gegebenheiten, die in der Person und im Verhalten des Richters oder der Richterin bzw. des den Entscheid fällenden Behördenmitglieds ihre Ursachen haben. Darunter fallen etwa ein spezifisches Verhalten, Äusserungen, abschätzige Bemerkungen oder äusserer Druck beispielsweise durch Medienkampagnen. Voreingenommenheit und Befangenheit in diesem Sinn werden nach der Rechtsprechung angenommen, wenn sich im Einzelfall anhand aller tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Gegebenheiten Umstände ergeben, die bei objektiver Betrachtung geeignet sind, Misstrauen in die Unparteilichkeit der untersuchenden Person zu erwecken (Urteil des Bundesgerichts vom 23. Mai 2008 (5a_206/2008) Erw. 2.1). Die