

2290

Gesetzliche Grundlage: Die Kompetenz, Bussen nach Art. 9 Abs. 2 des Entsendegesetzes zu erheben, ist durch eine regierungsrätliche Verordnung dem Arbeitsinspektorat zugewiesen. Dieser Delegation einer Strafkompetenz fehlt es an der nach Art. 69 KV erforderlichen formell-gesetzlichen Grundlage.

Sachverhalt:

Nach einer Baustellenkontrolle verfügte das kantonale Arbeitsinspektorat gegenüber einer Arbeitgeberin mit Sitz in Deutschland eine Busse von Fr. 500.00 wegen Verstosses gegen die Meldebestimmungen gemäss Art. 6 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (Entsendegesetz; EntsG; SR 823.20). Ferner wurden Gebühren von Fr. 200.00 und Kontrollkosten von Fr. 300.00 erhoben. Nach erfolgloser Anfechtung mit Rekurs, erhob die Arbeitgeberin Beschwerde beim Verwaltungsgericht.

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss Art. 5 Abs. 1 der kantonalen Verordnung zum EntsG (nachfolgend kV zum EntsG; bGS 824.01; mit Änderung vom 24. Januar 2006) verfügt das kantonale Arbeitsinspektorat Sanktionen gemäss Art. 9 EntsG. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass jedenfalls die strafrechtlichen Massnahmen nach Art. 12 EntsG, deren Verfolgung Art. 13 EntsG ebenfalls den Kantonen zuweist, in die Zuständigkeit der ordentlichen Strafverfolgungsbehörden gemäss Art. 1 in Verbindung mit Art. 6 und 7 StPO fallen. Eine Beurteilung des vorliegend umstrittenen Sachverhaltes im Lichte der Strafnorm in Art. 12 EntsG und der dort in lit. a mit Busse bis Fr. 40'000.00 bedrohten Zuwiderhandlungen gegen die Auskunftspflicht ist deshalb mangels Zuständigkeit ausgeschlossen.

2.1 Hinsichtlich der Zuständigkeit des Arbeitsinspektorats, insbesondere Verwaltungsbussen nach Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG bis Fr. 5'000.00 zu verfügen (Art. 5 Abs. 1 kV zum EntsG), ist von Amtes wegen zu prüfen, inwiefern die Delegation dieser Strafbefugnis an diese Amtsstelle nach Massgabe der bezeichneten kantonalen Verordnung mit Art. 1 StPO einerseits und Art. 69 KV anderseits zu vereinbaren ist.

2.2 Die StPO ist für die Behandlung von Strafsachen anwendbar, welche in die Gerichtsbarkeit des Kantons fallen. Nach Bundesrecht (Art. 9 Abs. 2 i.V. m. Art. 7 Abs. 1 lit. d EntsG) ist die von den Kantonen dafür bezeichnete Stelle zuständig, die dort vorgesehenen Verwaltungsbussen und verwaltungsrechtlichen Sanktionen zu verfügen.

2.3 Die pönalen Verwaltungssanktionen gehören gemäss herrschender Lehre auch zu den „echten“, auf Vergeltung bzw. Spezial- und Generalprävention abzielenden Strafen (vgl. *Tschannen/Zimmerli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. A., Bern 2005, N 52 zu § 32 sowie *Riedo/Niggli*, Verwaltungsstrafrecht, Teil 2, in: *Häner/Waldmann* [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, S. 52). Daher werden diese vom Anwendungsbe- reich von Art. 6 EMRK auch erfasst (vgl. *Isabelle Häner*, Mindestgarantien für Strafverfahren und ihre Bedeutung für verwaltungsrechtliche Sanktionen, in: *Isabelle Häner/Bernhard Waldmann* [Hrsg.], Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 19 ff.). Vorliegend kann nicht zweifelhaft sein, dass jedenfalls die in Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG vorgesehene Verwaltungsbusse pönalen Charakter aufweist, und deshalb als Strafsache i.S.v. von Art. 1 StPO zu betrachten ist, die in die Gerichtsbarkeit des Kantons fällt.

2.4 Da die StPO als formelles Gesetz die Zuständigkeit der ordentlichen Strafverfolgungsbehörden für alle an den Kanton verwiesene Strafsachen statuiert (Art. 1 Abs. 1), kann nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts (zuletzt Entscheid vom 28. April 2010 i.S. R. und W.T. gegen Departement Volks- und Landwirtschaft) das Verhängen der erwähnten Verwaltungsbusse als echte Strafsache auf kantonomer Ebene nur gültig an das Arbeitsinspektorat delegiert sein, wenn dies wiederum ein formelles Gesetz so vorsehen würde. Für die in Art. 5 Abs. 1 der *regierungsrätlichen* kV zum EntsG vorgesehenen Delegation dieser Strafkompentenz an das Arbeitsinspektorat besteht auf kantonomer Ebene offenkundig keine formell-gesetzliche Grundlage. Denn laut Ingress dieser regierungsrätlichen Verordnung stützt sich diese kantonomerechtlich einzig auf Art. 87 Abs. 3 KV. Demnach erlässt der Regierungsrat im Rahmen der Verfassung und der Gesetzgebung Verordnungen. Dieser Gesetzesvorbehalt auf Verfassungsebene erlaubt es dem Regierungsrat nicht, die vom formellen Gesetzgeber in Art. 1 und 6 ff. StPO für den Kanton vorbehaltene

Strafsachen begründete, allgemeine Zuständigkeit der Strafbehörde und -justiz in eigener Kompetenz abzuändern.

Das Verwaltungsgericht hält an seiner Rechtsprechung fest, dass eine solche Delegation ohne formell-gesetzliche Grundlage auch mit Art. 69 KV nicht zu vereinbaren ist: Art. 69 KV legt fest, dass alle grundlegenden und wichtigen Rechtsätze des kantonalen Rechts in der Form des Gesetzes zu erlassen sind. Gemäss lit. d dieser Bestimmung fallen darunter ausdrücklich auch die Grundzüge der Organisation und der Aufgaben der Behörden. Dabei kann die Konkretisierung der Zuständigkeiten in den Details zwar durchaus dem Verordnungsgeber überlassen werden; die Grundsätze der Behördenzuständigkeit sind jedoch durch den Gesetzgeber zu regeln (*Kälin/Bolz* [Hrsg.], Handbuch des bernischen Verfassungsrechts, Bern 1995, S. 141, zu dem mit Art. 69 KV AR identischen Art. 69 Abs. 4 KV BE).

2.5 Vorliegend ist demnach entscheidend, ob Art. 5 Abs. 1 kV zum EntsG mit der Begründung der Zuständigkeit des Arbeitsinspektorats zur Erhebung von Verwaltungsbussen bis Fr. 5'000.00 eine grundsätzliche Frage der Behördenorganisation regelt oder ob dies lediglich eine Einzelheit der Verwaltungsorganisation darstellt (*Kälin/Bolz*, a.a.O., S. 439). Die Frage der Bedeutsamkeit eines Rechtsatzes bestimmt sich unter anderem danach, wie stark dieser Rechtssatz in die Rechtsstellung der Einzelnen eingreift (*Jörg Schoch*, Leitfaden durch die Ausserrhodische Kantonsverfassung, Herisau 1996, N 6 zu Art. 69 KV). Eine Strafkompetenz für Bussen bis zu Fr. 5'000.00 wurde bisher und ist weiterhin nicht als eine verwaltungsorganisatorische Einzelheit einzustufen. Es handelt sich um eine bedeutende Kompetenz, welche der bezeichneten Amtsstelle damit zugewiesen würde, weshalb ein wichtiger Rechtssatz i.S.v. Art. 69 KV gegeben ist. Dies entspricht auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wonach bei Regelungen, welche in schwerwiegender Weise in die Rechtsstellung der Bürger eingreifen, die für die Durchführung der Massnahme zuständige Behörde ausdrücklich im Gesetz bestimmt werden muss (BGE 104 Ia 305 S. 311).

2.6 Die Argumente, welche die Beschwerdegegnerin dagegen vorbringt, sind nicht stichhaltig. Insbesondere macht es vor dem Hintergrund von Art. 8 BV keinen Unterschied, ob die Adressaten der Verwaltungsbusse schweizerische Bürger oder ausländische Unternehmer sind. Auch die Hinweise auf die Rechtslage in anderen Kantonen

ändern nichts daran, dass im Kanton Appenzell Ausserrhoden die Delegation einer Strafsache an eine ausserhalb der Strafjustiz stehende Verwaltungsbehörde einer formell-gesetzlichen Grundlage bedarf.

2.7 Demzufolge hätte die Kompetenz des Arbeitsinspektorats, Sanktionen nach Art. 9 Abs. 2 lit. a EntsG zu verfügen, zwingend nur in einem formellen Gesetz begründet werden können. Soweit mit Art. 5 Abs. 1 kV zum EntsG abweichend zur StPO dem Arbeitsinspektorat die Strafkompetenz für Verwaltungsbussen bis Fr. 5'000.00 zugewiesen wurde, fehlt es an der erforderlichen Gesetzesgrundlage. Beim Gesetzesvorbehalt geht es vornehmlich um die Wahrung der Mitwirkungsrechte des Volkes bei der Gesetzgebung (vgl. *Schoch*, a.a.O., N 2 und 4 zu Art. 61 KV), und zwar insbesondere um die Möglichkeit, das fakultative Referendum nach Art. 60^{bis} KV zu ergreifen, welches selbst bei einer Verordnung des Kantonsrates nach Art. 74 Abs. 2 KV nicht gegeben wäre (vgl. *Schoch*, a.a.O., N 2 zu Art. 69 KV, zur damals noch analog vorbehaltenen Zustimmung der Landsgemeinde).

2.8 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Art. 5 der kV zum EntsG mit der dort abweichend zur StPO dem Arbeitsinspektorat zugewiesenen Strafkompetenz auch gegen Art. 69 KV verstösst. Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass der angefochtene Strafentscheid von einer weder gesetzes- noch verfassungskonform eingesetzten Verwaltungsbehörde und Rekursinstanz ergangen ist. Deshalb muss der vorliegend angefochtene Rekursentscheid jedenfalls hinsichtlich der der Beschwerdeführerin auferlegten Busse von Fr. 500.00 und der ihr für die Strafverfügung auferlegten Gebühr von Fr. 200.00 aufgehoben werden.

3. Im Weiteren richtet sich die Beschwerde gegen den bei der Beschwerdeführerin erhobenen Kontrollkostenanteil von Fr. 300.00.

3.1 Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. d EntsG i.V.M. Art. 2 der regierungsrätlichen kV zum EntsG ist das kantonale Arbeitsinspektorat auch zuständig für die Kontrolle der gesetzlichen Arbeitssicherheitsvorschriften im Sinne des Bundesgesetzes über die Unfallverhütung (UVG; SR 832.20), der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV, SR 832.30) und der Bauarbeitenverordnung (BauAV, SR 832.311.141). Gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. c EntsG i.V.m. Art. 2 kV zum EntsG ist das Arbeitsinspektorat befugt, einem fehlbaren Arbeitgeber die Kontrollkosten ganz oder teilweise aufzuerlegen. Nach Art. 3 lit. c des kantonalen Gesetzes über die Gebühren in Ver-

waltungssachen (bGS 233.3) beträgt der Gebührenrahmen für Verfügungen, Bewilligungen, Genehmigungen und andere Verrichtungen kantonaler Amtsstellen Fr. 20.00 bis Fr. 5'000.00.

3.2 [die Beschwerde wird in diesem Punkt nicht mangels gesetzlicher Grundlage, sondern mangels Substantiierung eines spezifischen Kontrollaufwandes gutgeheissen] Hinzuzufügen ist, dass sich die Kontrollkosten i.S.v. Art. 9 Abs. 2 lit. c EntsG auf spezifische Tätigkeiten des Arbeitsinspektorats beziehen, die der Kontrolle der Einhaltung der minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen gemäss Art. 2 ff. EntsG dienen. Hingegen ist der Aufwand für die Ermittlung von Verletzungen der Meldepflicht kein solcher Kontrollaufwand, sondern ordentlicher Verwaltungsaufwand, der nach Art. 19 Abs. 1 VRPG dem fehlbaren Arbeitgeber auferlegt werden kann.

VGer, 27.10.2010

2291

Zumutbarkeit der Verwertung der Restarbeitsfähigkeit bei kurz vor dem ordentlichen Pensionierungsalter stehenden Versicherten. Im Fall eines Versicherten, der zum Zeitpunkt des Unfalls gerade 63 Jahre alt geworden war und zum Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung 64 Jahre und etwas mehr als fünf Monate alt war, erscheint die Annahme einer ausserhalb seiner bisherigen Tätigkeit liegenden leidensadaptierten Arbeit als unzumutbar, da er während mehr als 30 Jahren als Ofenbauer/Plattenleger tätig war und in dieser langen Zeit kaum bzw. keine anderweitig einsetzbaren beruflichen Fertigkeiten erworben haben dürfte. Zumutbar ist hingegen die Wiederaufnahme der bisherigen Tätigkeit, allenfalls flankiert durch geeignete organisatorische Massnahmen.

Sachverhalt:

Ein 1945 geborener Versicherter glitt Ende Januar 2008 auf einer Eisfläche aus und stürzte auf die linke Schulter. Zuvor hatte er während 33 Jahren alleine eine Unternehmung im Platten- und Cheminée-bau betrieben, unter gelegentlichem Beizug von Aushilfen. Nach der Anmeldung zum Leistungsbezug bei der Invalidenversicherung Anfang Januar 2009 verweigerte ihm diese mit Verfügung von Ende