

die Angabe von Dr. E. betreffend Arbeitsunfähigkeit zu wenig genau, da nicht zwischen der bisherigen und einer leidensadaptierten Tätigkeit differenziert wird. In Anbetracht dessen ist auch eine Leistungspflicht der Beklagten 2 und 3 zu verneinen und die Klage deshalb insgesamt abzuweisen.

OGer, 20.08.2014

3626

Bekämpfung der Schwarzarbeit. Grundlage und Bemessung der vom kantonalen Arbeitsinspektorat für seine Kontrolltätigkeit dem fehlbaren Arbeitgeber auferlegten Gebühren.

Sachverhalt:

A. Mit Strafbefehl war X. wegen Beschäftigung von Ausländern ohne Bewilligung und Widerhandlungen gegen das AHVG, begangen in den Jahren 2000 bis 2008, rechtskräftig zu einer bedingten Geldstrafe von 150 Tagessätzen sowie einer Busse von Fr. 10'000.00 verurteilt worden. Dabei ergab sich, dass von den festgestellten rund 13'000 Arbeitsstunden rund 6'630 Stunden als nicht vom Zweck des Visums gedeckt und als Schwarzarbeit anzurechnen seien. Die Ausgleichskasse A. erliess daraufhin zwei Verfügungen, mit denen X. zu Schadenersatz für entgangene Beiträge sowie zur Nachzahlung von Beiträgen auf den 2005 bis 2008 ausgerichteten Löhnen verpflichtet wurde; diese wurden zuletzt durch das Bundesgericht bestätigt. Mit Verfügung vom 3. Mai 2013 stellte das kantonale Arbeitsinspektorat (fortan KAI) X. für den Kontrollaufwand, den dieser in Zusammenhang mit der Aufdeckung der Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz und das AHVG verursacht habe, einen Betrag von rund Fr. 20'000.00 in Rechnung.

Aus den Erwägungen:

2. Mit der von der Vorinstanz bestätigten Verfügung vom 3. Mai 2013 werden dem Beschwerdeführer X. in Zusammenhang mit dem rechtskräftig erledigten Strafverfahren wegen Widerhandlungen gegen das Ausländergesetz und das AHVG beim KAI aufgelaufene Aufwände in der Höhe von rund Fr. 20'000.00 in Rechnung gestellt. Bevor auf Einzelheiten der Gebührenbemessung eingetreten werden kann, stellt sich vorab die Frage, ob die strittige Gebühr für kompetenzgemässes Verwaltungshandeln erhoben wurde. Die Vorinstanz macht nämlich geltend, der Kanton Appenzell Ausserrhoden sei einer der wenigen Kantone, welcher im Bereich Schwarzarbeit ein Vollzugsmodell anwende, bei dem fast die gesamten Aufwendungen beim Arbeitsinspektorat anfielen, wogegen bei den Spezialbehörden nur noch ein geringer Aufwand anfalle, weshalb diese jeweils nur niedrige Gebühren erheben wür-

den. Dadurch erklärte sich die von der Staatsanwaltschaft erhobene tiefe Gebühr von Fr. 800.00.

2.1 Art. 4 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) sieht vor, dass die Kantone in ihrer Gesetzgebung das zuständige Kontrollorgan bezeichnen und dessen Pflichtenheft erstellen. Die Kompetenz dieser Kontrollorgane bestimmt allerdings das Bundesrecht in Art. 7 BGSA. Demnach dürfen die mit der Kontrolle betrauten Personen Betriebe oder Arbeitsplätze während der Arbeitszeit der dort tätigen Personen betreten (lit. a); ferner von den Arbeitgebern sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern alle erforderlichen Auskünfte verlangen (lit. b); alle erforderlichen Unterlagen konsultieren und kopieren (lit. c); die Identität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überprüfen (lit. d) sowie sich die Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungen vorweisen lassen (lit. e). Die abschliessende Ermittlung und der Entscheid bezüglich der bei der Kontrolle festgestellten Verstösse sowie deren Sanktionierung obliegen indes nach Art. 9 Abs. 2 lit. a und Art. 10 BGSA nicht dem kantonalen Kontrollorgan, sondern den im betreffenden Gebiet zuständigen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden (Sozialversicherungs-, Ausländer- und Steuerbehörden; vgl. *Andreas Vögeli*, Bundesgesetz gegen die Schwarzarbeit – erste Erfahrungen in der Praxis, in: AJP 2011, S. 1184). In Art. 11 und 12 BGSA sind zwar eine enge Zusammenarbeit und ein Informationsaustausch mit den Spezialbehörden statuiert, aber der Kompetenzrahmen des kantonalen Kontrollorgans wird durch Art. 7 BGSA bestimmt. Daher ist fraglich, ob dieser bundesrechtliche Kompetenzrahmen überhaupt Raum für ein besonderes Vollzugsmodell lässt. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass sich die mit der Kontrolle betrauten Personen nach Art. 7 Abs. 2 BGSA dabei auszuweisen haben. Dies hat zur Folge, dass das kantonale Kontrollorgan selber keine Observationen durchführen darf, sondern es hat dieses effektive Kontrollmittel den dazu ermächtigten Strafverfolgungs- und Sozialversicherungsbehörden zu überlassen (so jedenfalls *Andreas Vögeli*, a.a.O., S. 1186 ff.). Immerhin werden vom gleichen Autor schriftliche Kontrollen an Stelle der Vorort-Kontrollen als durch Art. 8 BGSA gedeckt und mithin erlaubt beurteilt. An diese bundesrechtlichen Vorgaben hat sich der kantonale Gesetzgeber ausdrücklich gehalten, als er in Art. 2 Abs. 2 der kantonsrätlichen Verordnung über die Massnahmen gegen die Schwarzarbeit (bGS 822.61; fortan KVO zum BGSA) folgendes bestimmt hat: Das KAI prüft nach Massgabe des Bundesrechts die Einhaltung der Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer-, Quellensteuer- und Mehrwertsteuerrecht und leitet seine Feststellungen an die in der Sache zuständigen Behörden oder Organisationen weiter. Mit anderen Worten: Eine Kompetenzattraktion beim KAI, wie sie der Vorinstanz offenbar vorschwebt, kann daraus nicht abgeleitet werden, und auch in den Materialien finden sich keinerlei Hinweise darauf, dass der Ordnungsgeber beabsichtigt hätte, die Kompetenzen des KAI über den in Art. 6 und 7 BGSA abgesteckten Rahmen

auszuweiten (vgl. Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Kantonsrat vom 23. Oktober 2007, S. 3 ff.). Damit steht fest, dass das KAI von vornherein nur Gebühren erheben kann, die bei ihm für kompetenzgemässes Verwaltungshandeln angefallen sind. Soweit in der von der Vorinstanz bestätigten Verfügung des KAI die strittige Gebühr ausdrücklich mit einer vom KAI im April 2008 durchgeführten Observierungsphase begründet wird, welche teils vor und teils nach der angekündigten Baustellenkontrolle durchgeführt worden ist, ergibt sich aus dem oben Gesagten, dass jedenfalls für diese Observierungsphase das KAI keinen Aufwand in Rechnung stellen darf. In diesem Punkt erweist sich die Beschwerde als begründet und insofern ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Sollten sich die kraft eigener gesetzlicher Grundlagen zur Observierung befugten Polizei- oder Sozialversicherungsbehörden an dieser Observation beteiligt haben, so wäre es gegebenenfalls deren Sache, für ihren Aufwand allfällige Gebühren nach dem für sie massgebenden Gebührentarif zu erheben. Selbst wenn dies unterlassen wurde, so ändert das aber nichts daran, dass das KAI für die nicht in seine Kompetenz fallende Observationsphase keine Kosten erheben darf, auch wenn man bedauern mag, dass hinsichtlich der Observation eine Lücke im Kontrollkonzept des BGSA besteht (so jedenfalls *Andreas Vögeli*, a.a.O, S. 1186). Dies zu ändern, ist und bleibt dem Gesetzgeber vorbehalten.

3. Die strittigen Verfahrenskosten werden den sogenannten Kausalabgaben zugerechnet. Dass dafür mit Art. 16 Abs. 1 BGSA eine gesetzliche Grundlage besteht, ist unbestritten. Demnach werden für die Kosten der Kontrollen bei den kontrollierten Personen Gebühren erhoben, wenn Verstösse nach Art. 6 BGSA aufgedeckt worden sind (Verletzung von Melde- oder Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer-, Quellensteuer- und Mehrwertsteuerrecht). Der Bundesrat regelt die Einzelheiten und legt den Gebührentarif fest. Nach Art. 16 Abs. 2 BGSA sind die Kontrollkosten, die durch die Gebühren nach Abs. 1 und durch Bussen nicht gedeckt sind, je zur Hälfte durch den Bund und die Kantone zu tragen. Daraus erhellt, dass schon der Gesetzgeber davon ausging, dass die Erhebung dieser Kausalabgabe von vornherein nur einen Teil der Kontrollkosten decken wird. Nach Art. 7 der bundesrätlichen Verordnung gegen die Schwarzarbeit (VOSA; SR 822.411) betragen die den kontrollierten Personen aufzuerlegenden Gebühren höchstens Fr. 150.00 pro Stunde Tätigkeit der mit den Kontrollen betrauten Personen, zuzüglich der dem Kontrollorgan entstandenen Auslagen. Ferner ist Voraussetzung, dass die Höhe der Gebühr in einem angemessenen Verhältnis zu dem für die Ermittlung des festgestellten Verstosses erbrachten Kontrollaufwand steht. Daraus darf analog zu ähnlichen Kontrollgebühren des Bundes geschlossen werden, dass die Gebührenpflicht entfällt, wenn eine Kontrolle keine Anhaltspunkte für eine Verletzung von Melde- oder Bewilligungspflichten ergibt (vgl. BGE 128 II 247 E. 2.2 zu Kosten einer Untersuchung durch die Wettbewerbskommission). Dies schliesst sinngemäss ein,

dass bei umfangreichen Kontrollen nur der Aufwand für die dem Kontrollierten nachgewiesenen Verletzungen der Melde- oder Bewilligungspflichten auferlegt werden darf; soweit der Aufwand für die Kontrolle von im Ergebnis eingehaltenen Melde- oder Bewilligungspflichten entsteht, darf für diesen Teil der Kontrolle keine Gebühr erhoben werden. Für die Bemessung einer allfälligen Gebühr ist von Bundesrechts wegen der Zeitaufwand für die Kontrolltätigkeit massgebend. Somit besteht für die kantonale Kontrollbehörde kein Raum für eine pauschale Gebührenbemessung, zumal dies vorausgesetzt hätte, dass für die Bemessung der Pauschale wenigstens eine Obergrenze festgelegt worden wäre. Das formelle Gesetz muss nämlich nebst dem Kreis der Abgabepflichtigen den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe festlegen. Diese Anforderungen hat die Rechtsprechung für die Abgabebemessung bei gewissen Arten von Kausalabgaben gelockert: Sie dürfen namentlich dort herabgesetzt werden, wo das Mass der Abgabe durch überprüfbare Prinzipien wie das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt. Der Umfang des Legalitätsprinzips ist nach dieser Rechtsprechung (BGE 130 I 113 E. 2.2) je nach Art der Abgabe zu differenzieren. Das Prinzip darf weder seines Gehalts entleert noch in einer Weise überspannt werden, dass es mit der Rechtswirklichkeit und dem Erfordernis der Praktikabilität in einen unlösbaren Widerspruch gerät. Insbesondere kann bei Kausalabgaben – auch bei kostenunabhängigen – bereits genügen, dass das Gesetz die maximale Höhe der Abgabe im Sinne einer Obergrenze festlegt. Einer solchen Lockerung zugänglich sind grundsätzlich auch Vorschriften über Kontrollkosten. Das Bundesgericht hat für eine vergleichbare, ebenfalls durch die Festlegung lediglich eines maximalen Stundentarifs begrenzte Gebühr (Untersuchung vor der Wettbewerbskommission) festgehalten, dass eine solche Gebühr namentlich in erstinstanzlichen Verfahren nicht nur mit Rücksicht darauf erhoben werden darf, ob der Betroffene daran ein besonderes privates Interesse hat. Die Absicht des Gesetzgebers bestand vielmehr hier wie dort darin, dass Kontrollverfahren der Verwaltung oft erhebliche Kosten verursachen, so dass die Erhebung von Gebühren für die erstinstanzliche Tätigkeit nicht auf Fälle beschränkt sein kann, in denen eine Verfügung ergeht, an welcher der Verfügungsadressat persönlich interessiert ist. Unter dem Gesichtswinkel des Kostendeckungsprinzips ist demnach einerlei, ob eine Verfügung für den Adressaten vorteilhaft ist oder nicht. Einzig aus der Sicht des Äquivalenzprinzips mag wohl in vielen Fällen zutreffen, dass die Angemessenheit der Gebühr gestützt auf den finanziellen Wert des Verfügungsmässig Festgelegten für den Adressaten besser überprüft werden kann, als wenn der Verfügungsgegenstand für ihn keinen Wert hat oder gar Nachteile zeitigt (vgl. BGE 128 II 247 E. 4.1 ff.). Keine Schwierigkeit ergibt sich vorliegend aber daraus, dass die Vorinstanz die Kostenaufgabe nach dem Verursacherprinzip vorgenommen hat, denn Art. 7 Abs. 1 VOSA bezeichnet als Verursacher bzw. Kostenträger

nämlich klar diejenigen kontrollierten Personen, welche Melde- oder Bewilligungspflichten verletzt haben. Daraus folgt ergänzend zum oben Gesagten ohne weiteres, dass kontrollierten Personen, denen keine Verletzung von Melde- oder Bewilligungspflichten nachgewiesen werden kann, auch keine Kosten auferlegt werden dürfen, und zwar eben auch dann, wenn für deren Kontrolle dem KAI ein namhafter Aufwand entstanden ist. Daher ist, entgegen der diesbezüglich von der Vorinstanz abweichenden Auffassung des KAI, keineswegs zu beanstanden, dass dem Beschwerdeführer die Gebühr nur im Umfang der von der Strafbehörde als nachgewiesen beurteilten 6'630 Stunden Schwarzarbeit erhoben wurde, und dass im Umfang der nach Auffassung der Strafbehörde nicht als Schwarzarbeit zu qualifizierenden restlichen Arbeitsstunden auf eine Gebührenerhebung verzichtet wurde. Dieser ungedeckte Teil des Aufwandes geht somit i.S.v. Art. 16 Abs. 2 BGSA je hälftig zu Lasten des Bundes und des Kantons, sofern dieser Teil nicht durch die Busse gedeckt ist. Damit bleibt es dabei, dass der Kontrollaufwand für die vom KAI ursprünglich auf insgesamt 11'300 bezifferten Schwarzarbeitsstunden lediglich im Umfang der im Strafverfahren anerkannten 6'630 Schwarzarbeitsstunden dem Beschwerdeführer angelastet werden darf. Sollten von den Sozialversicherungsbehörden oder von der Steuerverwaltung mehr (oder andere) als die von der Strafbehörde auf 6'630 bezifferten Schwarzarbeitsstunden anerkannt werden, so steht es dem KAI frei, für eine positive Differenz seinen Aufwand nach dem rechtskräftigen Abschluss der Sozialversicherungs- und Steuerverfahren noch separat durch anfechtbare Verfügung beim Kontrollierten Rechnung zu stellen. Dabei wird aber zu beachten sein, dass bereits durch die infolge des Strafverfahrens erhobene Gebühr gedeckten Kontrollkosten nicht ein weiteres Mal in die Rechnung einfließen dürfen, denn dies wäre offenkundig weder mit dem Kostendeckungs- noch dem Äquivalenzprinzip zu vereinbaren. Um der Gefahr einer Doppelbelastung zu entgegnen, ist der Beschwerdeführer berechtigt, im vorliegend vorerst ausdrücklich nur durch das abgeschlossene Strafverfahren gerechtfertigten Verfahren darauf zu bestehen, dass ihm nur Kontrollaufwand zugerechnet wird, der durch vom Strafrichter anerkannte Verletzungen der Melde- oder Bewilligungspflichten entstanden ist. Dies bedingt eine Erfassung und Abgrenzung der dem Strafverfahren einerseits und den anderen Spezialverfahren andererseits zurechenbaren Kontrollaufwände. Dazu ist eine zeitnahe Erfassung nicht nur des Stundenaufwandes, sondern auch der jeweils pro Zeiteinheit erbrachten Art der Kontrollbemühungen erforderlich. Denn nur mit einer, auf die verschiedenen mit den Ergebnissen der Kontrollen zu bedienenden Spezialbehörden (Strafbehörden, Asyl- und Ausländerbehörden, Sozialversicherer, Steuerbehörden) ausgerichteten Erfassung des Aufwandes ist es im Nachhinein zuverlässig möglich, die Kosten zu verlegen, soweit einer kontrollierten Person in einem der genannten Zweige tatsächlich eine Verletzung von Melde- oder Bewilligungspflichten rechtskräftig nachgewiesen wird.

Dass das KAI bei der kontrollierten Person jeweils für verschiedene Spezialbehörden Kontrolltätigkeiten ausübt, bedingt nun in der Tat eine, einem Anwalt vergleichbare Erfassung des Aufwandes, da beide im Tages- oder Wochenverlauf jeweils für verschiedene "Mandanten" tätig sind. Diese Aufwanderfassung mag kompliziert erscheinen, ist nun aber die Kehrseite der vom BGSA angestrebten Vereinfachung, dass den kontrollierten Personen jeweils nur eine Behörde (das KAI) stellvertretend für die verschiedenen Spezialbehörden entgegentritt. Nicht zuletzt sieht auch der Bundesgesetzgeber die Bemessung der Kontrollgebühr nach Zeitaufwand vor (Art. 7 Abs. 2 VOSA), womit eine Pauschalierung, wie sie den Vorinstanzen vorzuschweben scheint, ausser Betracht fällt.

[...]

3.4 [...] Zu beachten ist ferner, dass im Strafverfahren einerseits eine relativ geringe Gebühr erhoben wurde, welche den Aufwand des KAI offenkundig nicht mitumfasst. Andererseits war eine allfällige Einziehung von Gewinnen im Strafverfahren kein Thema. Die Gebührenbemessung muss sich deshalb an der im Strafverfahren auferlegten Bussenhöhe und nicht an der dort nicht näher bezifferten Deliktsumme orientieren. Da eine allfällige Einziehung der durch Schwarzarbeit erzielten Vermögensvorteile (worunter nach der Rechtsprechung auch Kosteneinsparungen fallen können, vgl. BGE 119 IV 10 E. 4.c/bb) in die Zuständigkeit des Strafrichters fällt, wäre ein diesbezügliches Begehren im Strafverfahren zu beurteilen gewesen. Nachdem das Strafverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist, können in Richtung Einziehung zielende Motive, wie sie das KAI sinngemäss geltend macht, für die vorliegend strittige Gebührenbemessung nicht herangezogen werden.

OGer, 28.05.2014

3627

Haftung für spitalärztliche Fehlbehandlung. Voraussetzungen und Grenzen der Staatshaftung.

Sachverhalt:

Die Klägerin wurde ab dem 23. Februar 2000 stationär im kantonalen Spital A. behandelt. Am Sonntag, 5. März 2000, wurde sie notfallmässig ins ausserkantonale Spital B. überführt, wo sie operiert wurde. Nach dieser Notoperation konnte sie zwar alle Extremitäten spontan bewegen, konnte aber längere Zeit noch nicht sprechen. In der Folge verbesserte sich ihr Zustand; sie leidet aber noch an einem Frontalhirn-Syndrom mit Antriebs- und Aufmerksamkeitsstörung. Sie erhob Klage gegen den Kanton Appenzell Ausserrhodon