



Abteilung II
B-270/2018, B-282/2018

Urteil vom 11. Juni 2020

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,
Richter Stephan Breitenmoser, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____ GmbH,
vertreten durch
Dr. Roman Bögli, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bewilligung zur grenzüberschreitenden Arbeitsvermittlung
sowie zum grenzüberschreitenden Personalverleih.

Sachverhalt:

A.

A.a Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Personenfreizügigkeit und Arbeitsbeziehungen (nachfolgend: Vorinstanz), erteilte der X. _____ GmbH mit Sitz in (Ort) (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Verfügung vom 8. Februar 2017 eine unbefristete Bewilligung zur grenzüberschreitenden Arbeitsvermittlung und zum grenzüberschreitenden Personalverleih. Dabei handelte es sich um eine Änderung der ursprünglich erteilten Bewilligung vom 14. Oktober 2015 aufgrund eines Wechsels der verantwortlichen Leitung bei der Beschwerdeführerin.

A.b Die Bewilligung vom 8. Februar 2017 wurde, nach Anhörung der Beschwerdeführerin, mit Verfügung vom 21. Dezember 2017 um die Auflage ergänzt, dass keine Vermittlungs- und Verleihtätigkeiten an die Z. _____ AG und die Z. _____-Unternehmensgruppe gestattet sind (Dispositiv-Ziff. 2).

A.c Mit Verfügung vom gleichen Tag erteilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin auf Gesuch hin eine unbefristete Bewilligung zur grenzüberschreitenden Arbeitsvermittlung und zum grenzüberschreitenden Personalverleih für ihre Zweigniederlassung in (Ort), wobei dieselbe Auflage verfügt wurde (Dispositiv-Ziff. 4).

B.

Mit Eingaben vom 12. Januar 2018 erhob die Beschwerdeführerin gegen die Verfügungen vom 21. Dezember 2017 Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, Dispositiv-Ziff. 2 und 4 der angefochtenen Verfügungen seien ersatzlos aufzuheben und ihr seien keine Auflagen über die Ausübung der Vermittlungs- und Verleihtätigkeiten aufzuerlegen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie die Vereinigung der beiden Beschwerdeverfahren.

C.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Januar 2018 vereinigte das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeverfahren.

D.

Mit Vernehmlassung vom 20. Februar 2018 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerden.

E.

Mit Replik vom 28. März 2018 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

F.

Mit Duplik vom 8. Mai 2018 bekräftigt die Vorinstanz ihren Antrag.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 24. Oktober 2019 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren bis zum Vorliegen eines Entscheids des Bundesgerichts.

H.

Mit Schreiben vom 26. November 2019 zeigt der bisherige Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin dem Gericht den Abschluss des Mandats an.

I.

Mit Verfügung vom 17. Februar 2020 nahm das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren wieder auf.

J.

Mit Schreiben vom 25. Februar 2020 zeigte der neu mandatierte Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin dem Gericht das Vertretungsverhältnis an.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerden zuständig (Art. 38 Abs. 2 Bst. b des Arbeitsvermittlungsgesetzes vom 6. Oktober 1989 [AVG, SR 823.11] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügungen zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Sie hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht rechtsgenügender ausgewiesen (Art. 11 VwVG), den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerden frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerden ist einzutreten.

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin richtet ihre Beschwerden gegen die Auflage der angefochtenen Verfügungen. Sie bringt zunächst vor, dass die Auflage zu unbestimmt sei und keine unzulässigen Abhängigkeiten bestünden. Sodann nimmt sie den Standpunkt ein, die von der Vorinstanz angerufenen Verordnungsbestimmungen – Art. 8 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 der Arbeitsvermittlungsverordnung vom 16. Januar 1991 (AVV, SR 823.111) – seien kompetenzwidrig erlassen worden und daher unbeachtlich. Das Arbeitsvermittlungsgesetz delegiere keine Rechtsetzungsbefugnisse. Art. 3 Abs. 5 und Art. 13 Abs. 4 AVG würden dem Bundesrat nur, aber immerhin, die Regelung von Einzelheiten der Bewilligungsvoraussetzungen übertragen. Schliesslich macht sie geltend, dass der Entscheid der Vorinstanz schwerwiegend in die Wirtschaftsfreiheit eingreife.

2.2 Die Vorinstanz führt aus, die Auflage sei genügend bestimmt. Die Verflechtungen und Abhängigkeiten zwischen der Beschwerdeführerin und der Z. _____ AG bzw. der Z. _____-Unternehmensgruppe seien offensichtlich und würden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Für die Auflage bestehe eine genügende gesetzliche Grundlage. Die Interessen der einzelnen verliehenen Arbeitnehmer und Stellensuchenden seien vorliegend gefährdet, es sei aber auch konkret von einer Schlechterstellung auszugehen. Die Einschränkung erlaube es der Beschwerdeführerin dagegen weiterhin, ihre Vermittlungs- und Verleihtätigkeiten gegenüber allen anderen Betrieben zu erbringen.

3.

3.1 Gemäss Art. 1 bezweckt das Arbeitsvermittlungsgesetz a) die Regelung der privaten Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs; b) die Einrichtung einer öffentlichen Arbeitsvermittlung, die zur Schaffung und Erhaltung eines ausgeglichenen Arbeitsmarktes beiträgt; c) den Schutz der Arbeitnehmer, welche die private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen. Das Gesetz unterstellt die Arbeitsvermittlung in Art. 2 AVG und den Personalverleih in Art. 12 AVG einer Bewilligungspflicht. Die Bewilligung ist zu erteilen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 3 und Art. 13 AVG).

3.2 Die Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung (Art. 2 AVG) untersteht nach Art. 3 AVG folgenden Voraussetzungen:

¹ Die Bewilligung wird erteilt, wenn der Betrieb:

- a. im Schweizerischen Handelsregister eingetragen ist;
- b. über ein zweckmässiges Geschäftslokal verfügt;
- c. kein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen von Stellensuchenden oder von Arbeitgebern gefährden könnte.

² Die für die Leitung verantwortlichen Personen müssen:

- a. Schweizer Bürger oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung sein;
- b. für eine fachgerechte Vermittlung Gewähr bieten;
- c. einen guten Leumund geniessen.

³ Die Bewilligung zur Auslandsvermittlung wird nur erteilt, wenn die für die Leitung verantwortlichen Personen ausserdem sicherstellen, dass im Betrieb ausreichende Kenntnisse der Verhältnisse in den entsprechenden Staaten vorhanden sind.

⁴ Die Bewilligung für Arbeitsvermittlungsstellen beruflicher und gemeinnütziger Institutionen wird erteilt, wenn die Voraussetzungen der Absätze 1 Buchstabe c, 2 und 3 erfüllt sind.

⁵ Der Bundesrat regelt die Einzelheiten."

Die Bewilligung zum Personalverleih (Art. 12 AVG) wird nach Art. 13 AVG unter den gleichen Voraussetzungen wie die Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung erteilt. Art. 13 AVG nimmt in Abs. 3 lediglich eine Anpassung vor, indem von "Bewilligung zum Personalverleih ins Ausland" (statt von "Bewilligung zur Auslandsvermittlung") die Rede ist, und kennt keinen Absatz zu beruflichen und gemeinnützigen Institutionen. Abgesehen davon haben die beiden Bestimmungen einen identischen Wortlaut. Das gilt für die betrieblichen (je Abs. 1) und die persönlichen Voraussetzungen (je Abs. 2) der Bewilligung wie auch für die Regelungskompetenz, wonach der Bundesrat die Einzelheiten regelt (Abs. 4 von Art. 13 AVG und Abs. 5 von Art. 3 AVG).

3.3 Der Bundesrat hat die Arbeitsvermittlungsverordnung erlassen, die sich nach ihrem Ingress auf Art. 41 Abs. 1 AVG sowie Art. 21a Abs. 1 und Abs. 6 des Ausländer- und Integrationsgesetzes vom 16. Dezember 2005 (AIG, SR 142.20) stützt.

Die Bestimmung von Art. 8 AVV mit der Marginalie "Betriebliche Voraussetzungen (Art. 3 Abs. 1 Bst. c AVG)" bezieht sich auf die Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung. Sie regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Bewilligung nicht erteilt wird (Abs. 1) und unter welchen Voraussetzungen sie insbesondere ausgeschlossen ist (Abs. 2). Ein Verweigerungsgrund kann die fehlende Unabhängigkeit des Gestaltstellers von Personen sein,

an die er Stellensuchende vermitteln will (Abs. 3). Art. 8 Abs. 3 AVV hat folgenden Wortlaut:

"Eine Bewilligung kann verweigert werden, wenn der Gesuchsteller Stellensuchende an Personen, von denen er nicht unabhängig ist, vermitteln will."

Die Bestimmung von Art. 32 AVV mit der Marginalie "Betriebliche Voraussetzungen (Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG)" bezieht sich auf die Bewilligung zum Personalverleih. Sie regelt, unter welchen Voraussetzungen eine Bewilligung nicht erteilt wird (Abs. 1). Ein Verweigerungsgrund kann die fehlende Unabhängigkeit des Gesuchstellers von Einsatzbetrieben sein, an die er Arbeitnehmer verleihen will (Abs. 2). Art. 32 Abs. 2 AVV hat folgenden Wortlaut:

"Eine Bewilligung kann verweigert werden, wenn der Gesuchsteller Arbeitnehmer an Einsatzbetriebe, von denen er nicht unabhängig ist, verleihen will."

3.4 Die Bewilligung kann mit einer Bedingung oder Auflage verbunden werden. Solche Nebenbestimmungen einer Verfügung bedürfen entsprechend dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Gesetzmässigkeit einer gesetzlichen Grundlage. Nach der Rechtsprechung muss diese nicht in allen Fällen ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen sein. Vielmehr kann sie sich auch aus dem vom Gesetz verfolgten Zweck und damit aus einem mit der Hauptanordnung in einem engen Sachzusammenhang stehenden öffentlichen Interesse ergeben. Eine Bewilligung darf insbesondere dann ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage mit einer Nebenbestimmung versehen werden, wenn sie im Lichte der gesetzlichen Bestimmungen verweigert werden könnte (BGE 121 II 88 E. 3a m.H.; bestätigt durch Urteile des BGer 1C_476/2016 vom 9. März 2017 E. 2.6 und 1C_587/2018 vom 18. September 2019 E. 3.3; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 926).

4.

Die Beschwerdeführerin rügt, die angerufenen Verordnungsbestimmungen seien kompetenzwidrig erlassen worden.

4.1 Gemäss Art. 164 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) können Rechtsetzungsbefugnisse durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird. Alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen sind in der Form des Bundesgesetzes zu

erlassen (Art. 164 Abs. 1 BV). Der Bundesrat erlässt rechtsetzende Bestimmungen in der Form der Verordnung, soweit er durch Verfassung oder Gesetz dazu ermächtigt ist (Art. 182 Abs. 1 BV). Soweit die Verfassung ihn zur Rechtsetzung ermächtigt, kann er unmittelbar, ohne Zwischenstufe des Gesetzes, eine selbständige Verordnung erlassen. Soweit das Gesetz ihn zur Rechtsetzung ermächtigt, kann er nach Massgabe der gesetzlichen Ermächtigung eine unselbständige Verordnung erlassen (vgl. zur Unterscheidung HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 106 ff.). Darüber hinaus ist der Bundesrat damit beauftragt, die Gesetzgebung zu vollziehen (Art. 182 Abs. 2, 1. Satzteil BV); eine Vollziehungsverordnung kann er auch ohne ausdrückliche Übertragung von Rechtsetzungsbefugnissen erlassen (vgl. BGE 139 II 460 E. 2.1).

4.2

4.2.1 Das Bundesverwaltungsgericht kann eine bundesrätliche Verordnung vorfrageweise auf ihre Gesetzes- und Verfassungsmässigkeit überprüfen, so wie das Bundesgericht (BGE 136 II 337 E. 5.1). Die vorfrageweise Überprüfung erfolgt im Einzelfall (inzident, akzessorisch, konkret; BGE 139 V 72 E. 3.1.4 in fine), inhaltlich eingeschränkt auf die Rechtmässigkeit. Eine unselbständige Verordnung prüft das Gericht zunächst auf ihre Gesetzesmässigkeit und hernach, soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Bundesverfassung abzuweichen, auf ihre Verfassungsmässigkeit (BGE 141 II 169 E. 3.4). Vorab unterzieht es die Verordnung einer Geltungskontrolle und prüft ihre Gesetzmässigkeit, was für gesetzesvertretende und gesetzesvollziehende Verordnungen gleichermaßen gilt (zur Qualifikation von Verordnungen statt vieler: PIERRE TSCHANEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 14 Rz. 8-28). Die Geltungskontrolle klärt die Kompetenzen zur Rechtsetzung im Rahmen der bundesstaatlichen Kompetenzausscheidung sowie die Schranken der übertragenen Rechtsetzungsbefugnisse (vgl. BGE 141 II 169 E. 3.3-3.4).

4.2.2 Die Kompetenz zum Erlass einer gesetzesvertretenden Verordnung setzt eine besondere Ermächtigungsgrundlage voraus (Art. 164 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 BV). Die Gesetzesdelegation gilt als zulässig, wenn sie nicht durch die Verfassung ausgeschlossen ist, in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten ist, sich auf ein bestimmtes, genau umschriebenes Sachgebiet beschränkt und die Grundzüge der delegierten Materie, d.h. die wichtigen Regelungen, im delegierenden Gesetz selbst enthalten sind (Art. 164 Abs. 1 BV; BVGE 2017 V/1 E. 6.1; zur Gesetzesdelegation vgl. GEORG

MÜLLER/FELIX UHLMANN, Elemente einer Rechtssetzungslehre, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 411 ff.).

4.2.3 Die Kompetenz zum Erlass einer gesetzesvollziehenden Verordnung hat eine Ermächtigungsschranke, die das Gesetz umschreibt, auch wenn die Kompetenz dem Bundesrat bereits aufgrund der allgemeinen Vollzugskompetenz zusteht (Art. 182 Abs. 2 BV). Der Anwendungsbereich von Ausführungs- und Vollziehungsverordnungen ist darauf beschränkt, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen. Ausgangspunkt sind Sinn und Zweck des Gesetzes; sie kommen in grundsätzlicher Weise durch die Bestimmung im formellen Gesetz zum Ausdruck (BGE 141 II 169 E. 3.3 m.w.H.). Unzulässig ist es, die ausführende Gesetzesbestimmung abzuändern oder aufzuheben. Die Verordnung darf daher weder die Rechte der Rechtsunterworfenen (zusätzlich) beschränken noch ihnen (weitere) Pflichten auferlegen, und zwar auch dann nicht, wenn dies durch den Gesetzeszweck an sich gedeckt wäre. Ebenso wenig darf eine gesetzgeberisch gewollte Unbestimmtheit des Gesetzes bereinigt werden. Zulässig ist jedoch, untergeordnete Gesetzeslücken mit einer Ordnungsbestimmung zu schliessen, die dem Sinn der lückenhaften Gesetzesbestimmung folgt (vgl. BGE 139 II 460 E. 2.2).

4.2.4 Die Kompetenzübertragung ist nicht Gegenstand der gerichtlichen Prüfung. Bundesgesetze sind für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend (Art. 190 BV). Die Delegation erfolgt regelmässig durch das Gesetz. Gestützt darauf erlässt der Ordnungsgeber eine Verordnung, die das Gesetz ergänzt (vgl. Urteile des BGer 2C_423/2014 vom 30. Juli 2015 E. 2.3.1 und 2C_140/2018 vom 5. Juli 2018 E. 3.2.1: "unselbständige Verordnung mit gesetzergänzender Funktion"). Die Ergänzung kann sowohl Gesetzesfunktion übernehmen als auch dem Gesetzesvollzug dienen. In der Praxis lassen sich daher gesetzesvertretende und gesetzesvollziehende Verordnungen nicht scharf auseinanderhalten, weil Verordnungen sowohl gesetzesvertretende als auch gesetzesvollziehende Regelungen enthalten können (TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 14 Rz. 20; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 94; TOBIAS JAAG, Die Verordnung im schweizerischen Recht, in: ZBI 2011, S. 629 ff., 642). Hinzu kommt die Massgeblichkeit der Bundesgesetze (Art. 190 BV) bei einer Kompetenz zur Rechtsetzung, die das Gesetz delegiert. Ob die Delegation ihrerseits verfassungsmässig ist, ist vom Gericht nicht zu prüfen (BGE 128 II 247 E. 3.3). Prüfgegenstand bildet nur

die Frage, ob die beanstandeten Verordnungsbestimmungen mit dem delegierenden Gesetz und der Verfassung übereinstimmen.

4.3 Die Kognition der Prüfung beschränkt sich inhaltlich auf die Rechtmässigkeit. Das Gericht prüft die Gesetzmässigkeit der Verordnung anhand dessen, ob der Bundesrat die Grenzen der ihm gesetzlich eingeräumten Befugnisse eingehalten hat. Dabei konzentriert es seine Prüfung darauf, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat gesetzlich delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt (BGE 143 II 87 E. 4.4; BGE 141 II 169 E. 3.4, je m.w.H.; vgl. RENÉ WIEDERKEHR/PAUL RICHLI, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012, Rz. 451). Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist auch dieser Spielraum nach Art. 190 BV für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich. Das Gericht darf in diesem Falle bei der Überprüfung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen (BGE 141 V 473 E. 8.3; BGE 137 III 217 E. 2.3, je m.w.H; vgl. ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 2099) und eine eigentliche Angemessenheitskontrolle vornehmen (Urteil des BGer 2C_423/2014 vom 30. Juli 2015 E. 2.3.5).

4.4

4.4.1 Die Grundlage der angefochtenen Verfügungen bilden Art. 8 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 AVV, soweit die Bewilligungen der Beschwerdeführerin unter einer Auflage erteilt werden ("Es sind keine Vermittlungs- und Verleih Tätigkeiten [...] an die Z. _____ AG und die Z. _____-Unternehmensgruppe gestattet"). Die Verfügung stützt sich insoweit auf die Verordnung. Dass der Verwaltungsakt auf einem generell-abstrakten Rechtsatz beruht, der hinreichend bestimmt und vom staatsrechtlich zuständigen Organ erlassen worden ist (Art. 5 Abs. 1 BV; BGE 141 II 169 E. 3.1), ist unter den Verfahrensbeteiligten unstrittig. Streitig ist nur, ob der Verweigerungsgrund der fehlenden Unabhängigkeit von Arbeitgebern (Art. 8 Abs. 3 AVV) bzw. Einsatzbetrieben (Art. 32 Abs. 2 AVV) durch das Gesetz gedeckt ist. Ausgangspunkt der Gesetzmässigkeits-Prüfung sind Sinn und Zweck des Gesetzes; sie kommen durch die Bestimmung im formellen Gesetz grundsätzlich zum Ausdruck (BGE 141 II 169 E. 3.3; BGE 139 II 460 E. 2.1). Insoweit erfolgt die Geltungskontrolle nach den Grundätzen der Auslegung (vgl. BGE 137 III 217 E. 2.4).

4.4.2 Der Gesetzeswortlaut von Art. 3 Abs. 5 und Art. 13 Abs. 4 AVG räumt dem Bundesrat einen sehr weiten Ermessensspielraum ein mit der Ermächtigung, die "Einzelheiten" (frz. "les détails"; ital. "i particolari") zu regeln. Die Regelungskompetenz ist thematisch auf die Bewilligungsvoraussetzungen beschränkt, geht nach dem Wortlaut aber über eine allgemeine Ausführungsbestimmung hinaus. Das zeigt ein Vergleich mit der Schlussbestimmung, wonach der Bundesrat die Ausführungsbestimmungen (nach Anhören der Kantone und der beteiligten Organisationen) erlässt (vgl. Art. 41 Abs. 1 AVG). Die unterschiedliche Formulierung macht deutlich, dass unter "Einzelheiten" nicht bloss Vollzugsbestimmungen zu verstehen sind, sondern vervollständigende Regelungen, die der Bundesrat in einer unselbständigen Verordnung mit gesetzergänzender Funktion erlässt (vgl. Urteile des BGer 2C_423/2014 vom 30. Juli 2015 E. 2.3.1 und 2C_140/2018 vom 5. Juli 2018 E. 3.2.1; vgl. FELIX UHLMANN/DAVID HOFSTETTER, Die Verordnung aus dem Blickwinkel der Rechtsetzungslehre, in: ZBI 2012, S. 455 ff., 457 Fn. 10). Auch die Formulierung "regelt" spricht gegen reine Vollzugsbestimmungen (vgl. JAAG, a.a.O., S. 643).

4.4.3 Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 137 III 217 E. 2.4.1). Bereits bei der Gesetzesrevision im Jahr 1985 war die Konkretisierungs-Bedürftigkeit der gesetzlichen Regelung bekannt. So hält die Botschaft des Bundesrates vom 27. November 1985 zum "Verhältnis von Gesetz und Verordnung" fest: "In einigen Bereichen enthält das Gesetz bereits detaillierte Vorschriften, so etwa über die Bewilligungserteilung, die Tätigkeit der Vermittler und Verleiher sowie die Ausgestaltung der verschiedenen Verträge. Trotzdem bedarf das Gesetz noch weiterer Ausführungsvorschriften auf Verordnungsstufe" (Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985, BBI 1985 III 556, 587; nachfolgend: Botschaft AVG). Die Bewilligungsvoraussetzung, dass der Betrieb kein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen von Stellensuchenden oder von Arbeitgebern gefährden könnte (Art. 3 Abs. 1 Bst. c AVG), erläutert die Botschaft wie folgt: "[N]ach Buchstabe c [ist] die Ausstellung einer Bewilligung ausgeschlossen, wenn die für die Leitung verantwortliche Person daneben ein Gewerbe betreibt, das mit der Arbeitsvermittlung nicht vereinbar ist (z.B. wegen gesundheitlicher, sittlicher oder finanzieller Gefährdung der Kunden)" (BBI 1985 III 556, 599; für den Personalverleih verweist die Botschaft AVG auf die Ausführungen zur Personalvermittlung, BBI 1985 III 610). Die Gefährdungsgründe werden beispielhaft, nicht abschliessend aufgezählt.

Eine gesetzgeberisch gewollte Unbestimmtheit des Gesetzes, die der Bundesrat nicht bereinigen dürfte, ist damit ausgeschlossen. Vielmehr geht daraus und in Verbindung mit der ersten Passage hervor, dass die Gefährdungsgründe der Konkretisierung bedürfen. Nach Auffassung des Gesetzgebers soll sie auf dem Verordnungsweg in Form einer Exekutivverordnung erfolgen, wofür sich durchaus gute Gründe anführen lassen. Für rechtsetzende Bestimmungen, die nicht grundlegend und auf Gesetzesstufe anzusiedeln sind (vgl. Art. 164 Abs. 1 BV), haben Rechtsprechung und Lehre Kriterien entwickelt, um ihre Wichtigkeit zu beurteilen (vgl. etwa BGE 128 I 113 E. 3c; JAAG, a.a.O., S. 646 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung; MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 227 ff., insb. Rz. 230 ff.). So sprechen namentlich die Fachkenntnisse der Exekutive zur Regelung der Materie und ein gewisses Bedürfnis, die Verordnungsbestimmungen flexibel an die (veränderten) Gegebenheiten anzupassen – ohne das Gesetzgebungsverfahren durchlaufen zu müssen – für rechtsetzende Bestimmungen unterhalb Gesetzesstufe (vgl. BGE 131 II 13 E. 6.5.1; MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 240 ff.). Dies wird auch durch den Umstand deutlich, dass die Verordnungsbestimmungen von Art. 8 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 AVV anlässlich einer Teilrevision im Jahr 2013 per 1. Januar 2014 in die Verordnung aufgenommen wurden (AS 2013 5321). Das SECO führt in den Erläuterungen zu Art. 8 AVV aus, dass "nun zuweilen versucht [wird], dieses Verbot zu umgehen, indem ein Familienmitglied oder eine Person, mit welcher eine vertragliche Vereinbarung oder eine anderweitige Verbindung (zum Beispiel in Form einer Zusammenarbeit zwischen Freunden, Geschäftspartnern oder über Mittelspersonen) besteht, die Vermittlungstätigkeit ausführt und die andere Person die Geschäftstätigkeit, aus der für den Stellensuchenden oder den Arbeitgeber eine nicht erlaubte Abhängigkeit resultieren kann. Nach der geltenden Vollzugspraxis werden z.B. Konstellationen unter Ehegatten, zwischen Geschwistern, oder zwischen Geschäftspartnern nicht zugelassen. Mit einem Ausbau von Art. 8 AVV soll dieses Vorschieben einer anderen Person auch im Wortlaut unterbunden und der Schutz der Stellensuchenden verbessert werden. Deshalb wird mit dem neuen Absatz 3 vorgesehen, dass eine Bewilligung verweigert werden kann, wenn der Vermittler mit Personen zusammenarbeitet, von denen er nicht unabhängig ist. Unter unabhängig können alle genannten Konstellationen, aber noch weitere denkbare, verstanden werden. [...] Dieselbe Vorschrift wird für den Verleih in Art. 32 Abs. 2 AVV vorgeschlagen" (Erläuterungen des SECO zur Änderung der Arbeitsvermittlungsverordnung vom 23. Oktober 2013, S. 2, vgl. auch S. 5 f.). Im Vernehmlassungsentwurf vom 7. Januar 2013 war noch vorgesehen, die Tatbestände der Verwandtschaft, guten Bekanntschaft und der Geschäftspartner ausdrücklich und absolut in

die Verordnungsbestimmungen aufzunehmen. Davon wurde jedoch dahingehend Abstand genommen, dass alleine die Abhängigkeit als massgebliches Kriterium definiert wurde (zum Ganzen STEFAN FIERZ, in: Michael Kull [Hrsg.], Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvermittlungsgesetz, Bern 2014, Art. 3 Rz. 6 und KULL, Art. 13 Rz. 10).

4.4.4 Die Gesetzessystematik steckt mit dem Aufbau der Norm den Rahmen der Regelungskompetenz ab. Das Gesetz regelt in Art. 3 AVG die Voraussetzungen für die Bewilligung zur privaten Arbeitsvermittlung mit den Abs. 1-4, während Abs. 5 die Kompetenz zur Konkretisierung an den Bundesrat überträgt. Die Bewilligung zum Personalverleih nach Art. 13 AVG folgt dem gleichen Aufbau. Die Verordnungsbestimmungen von Art. 8 und 32 AVV nehmen über Marginalie und Inhalt ausdrücklich Bezug auf diejenigen betrieblichen Voraussetzungen, die das Gesetz jeweils in Abs. 1 Bst. c regelt. Die Bezugnahme erfolgt namentlich dadurch, dass die Gefahr der fehlenden Unabhängigkeit inhaltlich am Betrieb angeknüpft wird, der "die Interessen [der Betroffenen] gefährden könnte". Dadurch wird keine andere Voraussetzung geschaffen; es ist dieselbe Voraussetzung, die durch die Verordnungsbestimmungen näher konkretisiert wird. Sie tragen mithin zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes bei (vgl. BGE 141 II 169 E. 3.3). Im Übrigen bringt die Übertragung zwangsläufig mit sich, dass diese Technik wesentliche Teilgehalte auf die Verordnungsstufe verlagert, was für die Gerichte massgebend bleibt (vgl. Urteil des BGer 2C_423/2014 vom 30. Juli 2015 E. 4.2.2 zur gleichen Formulierung, wonach der Bundesrat die Einzelheiten regelt).

4.4.5 Der Gesetzeszweck zielt auf den Schutz der Arbeitnehmer, welche die private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen (Art. 1 Bst. c AVG). Das Gesetz führt dazu die Bewilligungspflicht ein (vgl. zum Zweck der Bewilligungspflicht beim Personalverleih ROLAND BACHMANN, Verdeckter Personalverleih, in: ArbR 2010, S. 53 ff., 76). Die Bewilligung wird unter den Erlaubnisvorbehalt gestellt, dass der Betrieb kein Gewerbe betreibt, welches die Interessen von Stellensuchenden oder Arbeitgebern (Art. 3 Abs. 1 Bst. c AVG) bzw. die Interessen von Arbeitnehmern oder Einsatzbetrieben (Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG) gefährden könnte. Sowohl der private Arbeitsvermittlungsvertrag als auch der Personalverleihvertrag beruhen auf einem Dreiecksverhältnis (vgl. Urteil des BGer 2C_132/2018 vom 2. November 2018 E. 4.2.2 und 4.3.2; FIERZ, a.a.O., Art. 1 Rz. 4). Das Verhältnis zwischen Stellensuchenden bzw. verliehenen Arbeitnehmern einerseits und Arbeitgebern bzw. Einsatzbetrieben andererseits stellt ein vertragliches Verhältnis dar, das auf

einem Interessengegensatz beruht. Dass die Interessen der erstgenannten Gruppe gefährdet werden können, wenn keine Unabhängigkeit gegenüber der Drittpartei besteht, liegt auf der Hand (vgl. auch NATHALIE STOFFEL, Arbeitsmarkt: Private Arbeitsvermittlung und Personalverleih, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 18.10). Die beanstandeten Verordnungsbestimmungen, die gerade auf die gesetzliche Voraussetzung inhaltlich Bezug nehmen, sind daher durch das Gesetz gedeckt. Daran ändert das Vorliegen eines Gesamtarbeitsvertrags (vorliegend: GAV Personalverleih, letztmals für allgemeinverbindlich erklärt mit Beschluss des Bundesrates vom 12. Dezember 2018, BBl 2018 7775) nichts. Für die Frage, ob die Verordnungsbestimmungen durch das Gesetz gedeckt sind, ist der Umstand, dass ein GAV besteht, der denselben Anliegen Rechnung tragen soll, unerheblich.

4.4.6 Mit dem Verweigerungsgrund der fehlenden Unabhängigkeit werden weder neue Pflichten statuiert noch Rechte zusätzlich beschränkt. Der Erlaubnisvorbehalt wird durch negative Abgrenzung lediglich konkretisiert und verdeutlicht. Zur Konkretisierung der Bewilligungsvoraussetzungen wird der Bundesrat beauftragt, die Einzelheiten zu regeln, wozu er ermächtigt ist.

4.5 Die Geltungskontrolle führt zusammenfassend zum Ergebnis, dass das Gesetz dem Bundesrat einen weitreichenden Ermessensspielraum eröffnet, um die Einzelheiten der Bewilligungsvoraussetzungen zu regeln. Mit den Verordnungsbestimmungen von Art. 8 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 AVV sind die durch das Gesetz gezogenen Ermächtigungsschranken eingehalten und der Rahmen wird jedenfalls nicht offensichtlich gesprengt. Soweit sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-753/2016 vom 20. September 2016 etwas anderes ergibt, kann daran nicht festgehalten werden. Aus dem Gesagten folgt die Geltung der beanstandeten Verordnungsbestimmungen. Dass die Verordnung nicht mit der Verfassung im Einklang stehe, ist weder ersichtlich noch wird solches geltend gemacht.

5.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz greife mit der angefochtenen Auflage ohne die erforderliche gesetzliche Grundlage in das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ein.

5.1 Art. 27 BV gewährleistet den Schutz der Wirtschaftsfreiheit (Abs. 1), welche insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang

zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung umfasst (Abs. 2). Die strittige Auflage fällt in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit (vgl. auch Botschaft AVG, BBl 1985 III 556, 638). Art. 27 BV ist im Zusammenhang mit Art. 94 Abs. 1 BV zu sehen. Danach dürfen Bund und Kantone prinzipiell nur Vorschriften erlassen, die mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit im Einklang stehen. Als grundsatzkonform gelten Massnahmen, die dem Polizeigüterschutz dienen, sowie sozialpolitische Vorschriften und andere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die nicht wirtschaftspolitisch motiviert sind (vgl. BGE 143 I 403 E. 5.2; Urteil des BGer 2C_940/2010 vom 17. Mai 2011 E. 3.2, wonach "namentlich gewerbepolizeilich, sozialpolitisch, umweltpolitisch und gleichwertig begründete Einschränkungen" grundsatzkonform sind). Die strittige Auflage dient dem Schutz der Arbeitnehmer, welche die private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen. Aufgrund des besonderen Schutzbedürfnisses, das aus dem Dreiparteienverhältnis resultiert (oben E. 4.4.5), rechtfertigt das Anliegen des Arbeitnehmerschutzes das Untersagen von bestimmten Geschäftsbeziehungen im Personalvermittlungs- und Verleihwesen. Die Auflage ist grundsatzkonform (vgl. dazu auch Botschaft AVG, BBl 1985 556, 639).

5.2 Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV). Die gesetzliche Grundlage für die Bewilligungspflicht zur privaten Arbeitsvermittlung und zum Personalverleih findet sich in Art. 2 und 12 AVG, mithin in einem Gesetz im formellen Sinn. Die Einführung einer Bewilligungspflicht für die Berufsausübung stellt regelmässig einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar (vgl. statt vieler BGE 125 I 322 E. 3b). Die Anordnung der strittigen Auflage stellt schon aufgrund ihrer Rechtsnatur als Nebenbestimmung zur Bewilligung keinen schwerwiegenden Eingriff dar (oben E 3.4). Sie stützt sich ebenfalls auf eine genügende gesetzliche Grundlage, einen generell-abstrakten und genügend bestimmten Rechtsatz auf Verordnungsstufe (oben E. 4). Für leichtere Eingriffe genügt eine kompetenzkonform erlassene Regelung im materiellen Sinn, d.h. eine rechtsetzende oder -vollziehende Verordnung (BGE 143 II 162 E. 3.2.1).

5.3 Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV). Das öffentliche Interesse an der Auflage besteht im Schutz der Arbeitnehmer, welche die private oder die öffentliche Arbeitsvermittlung oder den Personalverleih in Anspruch nehmen (oben E. 4.4.5),

nicht durch Vermittlung oder Verleih an Personen, von den der Vermittler oder Verleiher nicht unabhängig ist, übervorteilt zu werden (vgl. Botschaft AVG, BBl 1985 III 639: "Die freie Ausübung der Stellenvermittlung und des Personalverleihs ist deshalb nur insofern gewährleistet, als sie nicht durch gewerbepolizeiliche und sozialrechtliche Vorschriften zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und zum Schutz der Stellensuchenden und Arbeitnehmer vor unlauteren Praktiken und vor Übervorteilung eingeschränkt werden muss.").

5.4 Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Das Gebot der Verhältnismässigkeit gemäss Art. 36 Abs. 3 BV verlangt, dass eine behördliche Massnahme für das Erreichen des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und erforderlich ist und sich für die Betroffenen in Anbetracht der Schwere der Grundrechtseinschränkung als zumutbar erweist (BGE 143 I 147 E. 3.1).

5.4.1 Die Beschwerdeführerin bestreitet sinngemäss die Geeignetheit der Auflage, weil in der untersagten Konstellation keine Arbeitnehmerinteressen gefährdet würden. Die Arbeitnehmerinteressen im Verleihverhältnis mit der Z. _____ AG seien gewahrt. Der Mindestlohn gemäss GAV Personalverleih sei durch die im Zusammenarbeitsvertrag mit der Z. _____ AG vom 13. November 2015 (nachfolgend: Zusammenarbeitsvertrag) festgelegten Stundensätze eingehalten und die Interessen der Arbeitnehmer seien aufgrund der Struktur des Temporärarbeitsmarkts nicht gefährdet (verkürzte Kündigungsfristen bereits im Gesetz vorgesehen; die Nachfrage beziehe sich auf flexible, kürzere Arbeitseinsätze; die Mehrheit der Stellensuchenden sei nur für Hilfsfunktionen vermittelbar, weshalb der Arbeitsmarkt diese Personen nicht aufnehme). Dass ein anderer Einsatzbetrieb einen höchstmöglichen Lohn aushandle, sei realitätsfremd. Jeder Einsatzbetrieb müsse in den Verhandlungen neben der Lohnhöhe auch die Dauer der Zusammenarbeit und die Anzahl der Einsätze bedenken. Dabei könnten Zugeständnisse beim Lohn angezeigt sein, wenn ein längerfristiges Engagement absehbar sei. Die Beschwerdeführerin nehme den Arbeitnehmern auch nicht die Möglichkeit einer Festanstellung. Die vermittelten und verliehenen Arbeitnehmer seien nur während weniger Monate in der Schweiz, nicht an einer Festanstellung interessiert und die durchschnittliche Beschäftigungsdauer sei kurz.

Durch die Allgemeinverbindlicherklärung wird privat gesetztes zu staatlich vorgegebenem Recht und erweist sich als eine Kombination aus privatau-

tonomer Normsetzung und staatlichem Mitwirkungsrecht (THOMAS GÄCHTER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender, [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014, Art. 110 Rz. 34 m.H.). Der GAV Personalverleih, dem die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben untersteht, wurde letztmals 2016 verlängert (oben E. 4.4.5). Er gilt für Betriebe, die Inhaber einer eidgenössischen oder kantonalen Arbeitsverleihbewilligung nach AVG sind und deren Haupttätigkeit der Personalverleih ist (Art. 2 Abs. 2 Bundesratsbeschluss über die Allgemeinverbindlicherklärung des Gesamtarbeitsvertrags für den Personalverleih, Verlängerung und Änderung vom 29. März 2016, BBI 2016 3435). Das Verhältnis des GAV Personalverleih zu den branchenspezifischen GAV, die für allfällige Einsatzbetriebe gelten, ist in Art. 20 AVG geregelt. Zutreffend weist die Vorinstanz darauf hin, dass der GAV Personalverleih ein befristeter privater Vertrag sei, der jederzeit gekündigt, abgeändert oder nicht verlängert werden könne. Die Beschwerdeführerin wendet ein, dass der GAV nur bei "dringenden Umständen" gekündigt werden könne und die Sozialpartner am Vertrag festhalten und diesen wie in den letzten sieben Jahren verlängern würden. Die Vorinstanz räumt jedenfalls ein, dass der im Zusammenarbeitsvertrag vereinbarte Bruttolohn von Fr. 24.50/Std. etwas über dem Minimallohn 2017 für Ungelernte gemäss GAV von Fr. 21.94 (bis 19 und ab 50 Jahre) bzw. Fr. 22.39 (20-49 Jahre) liegt. Sie ist jedoch der Ansicht, dass ein unabhängiger Verleihbetrieb die Möglichkeit habe, höhere Löhne zu vereinbaren und zu bezahlen, was für die Frage der Einhaltung des Mindestlohns nach GAV Personalverleih jedoch unerheblich ist. Festzuhalten ist demnach, dass der Mindestlohn 2017 für Ungelernte durch die Beschwerdeführerin gestützt auf den Zusammenarbeitsvertrag zur Zeit eingehalten ist und insoweit keine Gefährdung für ungelernete Arbeitnehmer besteht (zu den aktuellen Mindestlöhnen vgl. Beschluss des Bundesrates vom 12. Dezember 2018, BBI 2018 7775). Für Angelernte und Gelernte ist der Mindestlohn 2017 durch den im Zusammenarbeitsvertrag festgelegten Bruttolohn nicht eingehalten (ausser für Angelernte von 20-49 Jahren; vgl. Art. 20 GAV i.V.m. Berechnungsmodul Minimallohne in Anhang I). Die Vorinstanz räumt ferner ein, es sei üblich, dass der Verleiher mit dem Einsatzbetrieb die ihm zu verrechnenden Stundenansätze vereinbare (Zusammenarbeitsvertrag). Zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb werde jedoch nicht der konkrete Lohn des Mitarbeiters des Verleihers bestimmt, es werde über die vom Einsatzbetrieb zu bezahlenden Kosten verhandelt. Wie hoch schliesslich der Lohn für die Arbeitskraft und damit die Marge für den Arbeitgeber (Verleiher) ausfalle, sei Sache des unabhängi-

gen Arbeitgebers. Aus den insgesamt drei in den Akten befindlichen Einsatzverträgen geht jedoch hervor, dass die Mindestlöhne 2017 in diesen Fällen eingehalten waren. Die Vorinstanz gibt zu bedenken, dass es angesichts der Grösse der Z. _____ AG und der Unternehmensgruppe für Arbeitskräfte, die in dieser Branche arbeiten, schwierig sein werde, über einen anderen unabhängigen Verleihbetrieb zum Einsatz zu gelangen, weshalb sie sich mit den Konditionen, die vorab mit der Z. _____ AG bestimmt worden seien, abfinden müssten. Gleiches gelte für die Vermittlungstätigkeit. Wie es sich damit verhält, kann angesichts der obigen Ausführungen zum Mindestlohn nach GAV offenbleiben.

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Z. _____ AG und die Unternehmensgruppe die Arbeitskräfte jeweils innerhalb ihrer Gruppenstruktur temporär einsetzen. Dabei besteht aber zumindest eine gewisse Gefahr, dass den Arbeitskräften, weil sich die Beschwerdeführerin wie eine "Inhouse-Verleiherin" betätigt, die Möglichkeit einer Festanstellung mit längeren Kündigungsfristen, evtl. höherem Lohn, Lohnfortzahlung bei Unfall und Unterstellung unter die berufliche Vorsorge entgeht. Dem Einwand der Beschwerdeführerin, wonach ihre Arbeitnehmer gar nicht an einer Festanstellung interessiert seien und dies mit einer Studie aus dem Jahr 2014 untermauert, ist entgegenzuhalten, dass sich eine Mehrheit für Temporärarbeit entscheidet, weil sie keine feste Stelle gefunden hat. Der meist genannte Grund für die Annahme einer Temporärarbeit sind laut der Studie bessere Chancen auf eine feste Anstellung. Entsprechend suchen 80 % der Temporärarbeitenden eine Festanstellung.

Der Umstand, dass der GAV Personalverleih existiert und (zur Zeit) für die Beschwerdeführerin anwendbar ist, schliesst die Gefährdung der betroffenen Arbeitnehmer durch Abhängigkeiten der beteiligten Parteien im Dreiecksverhältnis nicht aus. Der GAV kann nicht abschliessend sämtliche Konstellationen regeln. Im Bereich der Personalvermittlung gilt dies ebenfalls. Die Vorinstanz führt aus, bei der Vermittlung versuche der Vermittlungsbetrieb für den Stellensuchenden normalerweise einen möglichst hohen Lohn auszuhandeln, da darauf seine Provision berechnet werde und sie bezweifle, dass dies bei der Vermittlung der Beschwerdeführerin an die Z. _____ AG bzw. die Z. _____-Unternehmensgruppe statfinde. Ob die Interessen der Vermittelten durch die Beschwerdeführerin gegenüber der Z. _____ AG und der Z. _____-Unternehmensgruppe optimal vertreten werden können, erscheint zumindest fraglich. Die Auflage erweist sich aus diesen Gründen als geeignet, den angestrebten Zweck (oben E. 5.2) zu erreichen.

5.4.2 Erforderlich ist eine Einschränkung der Grundrechte, wenn das angestrebte Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Massnahmen erreicht werden könnte und die Einschränkung nicht über das angestrebte Ziel hinausgeht (Urteil des BGer 1C_441/2018 vom 14. November 2019 E. 6.4.2 m.H., zur Publikation vorgesehen). Es ist keine mildere Massnahme ersichtlich, beispielsweise eine zeitliche Einschränkung oder eine Beschränkung auf nur bestimmte Gruppengesellschaften. Die Auflage erweist sich im Vergleich zur gestützt auf Art. 8 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 AVV grundsätzlich bestehenden Möglichkeit der Bewilligungsverweigerung bereits als weniger einschneidende Massnahme (vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 907).

5.4.3 Die Auflage ist zumutbar, da sie sich nur auf die festgelegte Konstellation bezieht und der Beschwerdeführerin darüber hinaus die grenzüberschreitende Personalvermittlung und der grenzüberschreitende Personalverleih erlaubt werden. Dass die Auflage gemäss Angaben der Beschwerdeführerin eine bereits etablierte Kooperation zerstöre und die unterzeichnete Vereinbarung mit der Z._____ AG nicht mehr erfüllt werden könne, ist hinzunehmen. Auf der Webseite der Beschwerdeführerin ist überdies angegeben, dass sie auch für andere Branchen Personal verleihe und vermittele.

6.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Auflage sei unbestimmt und es bestünden keine unzulässigen Abhängigkeiten.

6.1

6.1.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, aus der Auflage sei nicht ersichtlich, welche Geschäftsbeziehungen ihr untersagt würden. Der Verweis auf die Unternehmensgruppe sei ungenügend, weil diese keine gesellschaftsrechtliche Struktur sei, die im Handelsregister nachvollzogen werden könne. Es existierten Unternehmen, die wirtschaftlich, aber nicht gesellschaftsrechtlich mit der Z._____ Holding AG verflochten seien. Es sei unklar, ab welchem Beteiligungsgrad der Z._____ Holding AG (oder eines anderen Tochterunternehmens der Holding) an einem Drittunternehmen dieses zur Unternehmensgruppe zähle. Entweder hätte man die betroffenen Unternehmen namentlich nennen oder die ausschlaggebenden wirtschaftlichen Kriterien für die Zugehörigkeit zur Gruppe bezeichnen müssen. Die Auflage verpflichte, bei jedem Geschäftskontakt abzuklären, ob die Vertragspartei wirtschaftlich und/oder gesellschaftsrechtlich mit der

Unternehmensgruppe verbunden sei. Auf der Webseite der Z. _____ Group seien zwar die Produktionsstandorte aufgeführt. Ob es sich dabei aber um eigenständige juristische Personen handle, sei unklar. A. _____ könne nicht abklären, ob ein Unternehmen zur Z. _____-Gruppe gehöre, da er nicht operativ für die Beschwerdeführerin tätig sei. Die Auflage lasse sich nicht umsetzen.

6.1.2 Die Vorinstanz führt aus, die Pflichten seien klar festgelegt. Eine Unternehmensgruppe sei zwar tatsächlich keine gesellschaftsrechtliche Struktur, die im Handelsregister nachvollzogen werden könne. Es sei für die Beschwerdeführerin jedoch problemlos festzustellen, welche Unternehmen zur Z. _____-Unternehmensgruppe gehörten. Sie selbst definiere diese im Zusammenarbeitsvertrag. Die einzelnen Unternehmen seien auf der Webseite der Z. _____ Group namentlich aufgeführt. Die Abklärungen für jeden Geschäftskontakt seien angesichts der engen familiären Verbindung zur operativen Leitung der Z. _____-Unternehmensgruppe mit geringem Aufwand möglich. Auch wenn A. _____ – nach Angaben der Beschwerdeführerin – nicht operativ für diese tätig sei, sei er doch deren Inhaber und auf der Webseite als Ansprechpartner im Rahmen der Geschäftstätigkeit aufgeführt.

6.1.3 Nebenbestimmungen dienen dazu, die durch eine Verfügung begründeten verwaltungsrechtlichen Rechte und Pflichten entsprechend den konkreten Umständen auszugestalten, um den Besonderheiten des Einzelfalls Rechnung zu tragen (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 906). Eine Auflage ist die mit einer Verfügung verbundene zusätzliche Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Die Rechtswirksamkeit der Verfügung hängt nicht davon ab, ob die Auflage erfüllt wird. Die Auflage ist aber selbständig erzwingbar, d.h. sie kann vom Gemeinwesen mit hoheitlichen Zwang durchgesetzt werden und deren Nichterfüllung kann ein Grund für den Widerruf der Verfügung sein (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 919 ff.). Die strittige Auflage ist sehr bestimmt. Offensichtlich sind damit alle mit der Z. _____ AG und der Z. _____-Unternehmensgruppe in irgendeiner Form verbundenen Unternehmen gemeint und zwar deshalb, weil offensichtlich eine personelle Verflechtung besteht (unten E. 6.2). Der von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Zusammenarbeitsvertrag nimmt denn auch unter Ziff. 1 "Vertragsparteien" im ersten Abschnitt Bezug auf die "Z. _____-Gruppe" und beschreibt deren Tätigkeit. Die Z. _____ AG wird unter Ziff. 1 nicht erwähnt. Eine genauere Bezeichnung der einzelnen Einheiten der Gruppe in der Auflage ist unter Berücksichtigung des

Umstands, dass sich dabei Änderungen ergeben können, nicht angezeigt, zumal die Bewilligung unbefristet erteilt wird.

6.2

6.2.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, es bestünden keine unerwünschten Verflechtungen zwischen Verleih- und Einsatzbetrieb. A._____ halte sich aus dem Tagesgeschäft der Beschwerdeführerin heraus. Die Z._____ -Gruppe sei eine etablierte Grösse in (Angaben zur Branche) mit einer Produktionsstätte in (Ort). A._____ sei nicht operativ in der Z._____ AG – einem Tochterunternehmen der Z._____ Holding AG, deren Verwaltungsratspräsident sein Vater sei – tätig. Er habe keine Doppelfunktion in Verleihbetrieb und Einsatzbetrieb. Die einzige Verflechtung zwischen den Unternehmen sei familiärer Natur. Es bestehe eine rein geschäftliche Beziehung zur Z._____ AG, die nicht anders ausgestaltet sei als diejenige zu einem Drittunternehmen. Die Rahmenarbeitsverträge mit den Arbeitnehmern sähen vor, dass die Beschwerdeführerin die Arbeitsleistung auch Dritten anbiete, wobei der Arbeitnehmer nicht zur Annahme des Drittangebots verpflichtet sei. Dank der Zusammenarbeit mit der Z._____ AG könne die Beschwerdeführerin die Arbeitnehmer auch anderen zur Z._____ Holding AG zählenden Unternehmen anbieten. Die Arbeitnehmer profitierten von der Kooperation, da ihre Arbeitsleistung innerhalb der Konzernstruktur weiterofferiert werde. Gemäss einer Weisung der Vorinstanz sei der konzerninterne Personalverleih im Grundsatz zulässig, der Personalverleih zwischen mehreren Unternehmen, die wirtschaftlich zusammengehörten, damit zugelassen. Die Vorinstanz handhabe das Kriterium der Abhängigkeit bei Konzernstrukturen somit anders.

6.2.2 Die Vorinstanz führt aus, es bestünden familiäre Verflechtungen zwischen der Beschwerdeführerin und der Z._____ AG bzw. Z._____ -Unternehmensgruppe. Zudem sei die Beschwerdeführerin in einem Gebäude der Z._____ AG domiziliert. Es bestehe ein mündlich vereinbartes Mietverhältnis. Ein Drittunternehmen würde das Mietverhältnis kaum mündlich vereinbaren. Die von der Beschwerdeführerin behaupteten Vorteile aus der Kooperation würden nicht verfangen. In erster Linie sei ein dauerhaftes Angebot an Arbeitskräften sichergestellt, die zu einem vereinbarten Lohn, der knapp über dem Mindestlohn für Ungelernte liege, ihren kurzen Einsatz bei der Z._____ AG oder nach Bedarf immer wieder ihren Einsatz leisten würden und innert zwei Tagen gekündigt werden könnten. Beim konzerninternen Personalverleih sei die Ausgangslage anders: Konzerne würden anderen Konzernen Personal in der Form der Leiharbeit

überlassen (Art. 27 Abs. 3 AVV). Bei dieser Form des Personalverleihs werde der Arbeitsvertrag zwischen Verleiher und Arbeitnehmer auf eine von den einzelnen Einsätzen unabhängige Zeit geschlossen (Art. 27 Abs. 3 Bst. b AVV). Die Arbeitnehmer hätten Anspruch auf Beschäftigung, womit das Risiko für fehlende Einsätze grundsätzlich beim Arbeitgeber liege (Art. 324 OR). Die kurzen Kündigungsfristen seien auf die Leiharbeit nicht anwendbar (Art. 49 AVV). Anwendbar seien die Kündigungsbestimmungen des Obligationenrechts.

6.2.3 Gesellschafter der Beschwerdeführerin sind gemäss Handelsregistereintrag B._____ und A._____, wobei letzterer die Mehrheit der Stammanteile hält. Beide sind einzelzeichnungsberechtigt. B._____ amtet als Geschäftsführer. Auf der Webseite der Beschwerdeführerin waren gemäss Angaben der Vorinstanz beide als Kontaktperson für geschäftliche Belange angegeben. Dies ist zwischenzeitlich nicht mehr der Fall. Der Vater von A._____ ist Verwaltungsratspräsident der Z._____ Holding AG sowie weiterer Tochterunternehmen der Holding, namentlich der Z._____ AG. Delegierte des Verwaltungsrates der Z._____ AG ist die Mutter von A._____, die auch als Verwaltungsrätin der Holding amtet.

6.2.4 Die familiären Verbindungen zwischen der Beschwerdeführerin, der Z._____ AG und der Z._____ Holding AG bzw. der Z._____ -Unternehmensgruppe werden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten. Diese können offenkundig die Unabhängigkeit des Verleih- und Vermittlungsbetriebs (des Sohnes) von den Einsatzbetrieben (der Eltern) i.S.v. Art. 8 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 2 AVV beeinträchtigen. Der Verordnungsgeber hatte solche Konstellationen im Blick (oben E. 4.4.5). Dies gilt auch dann, wenn aus der Kooperation, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, allfällige Vorteile resultieren können. Die von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang gestellten Anträge auf Zeugeneinvernahme und Parteibefragung sind in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, da daraus keine entscheidungswesentlichen neuen Erkenntnisse zu erwarten sind.

6.2.5 Das AVG beinhaltet keine Regelungen zum konzerninternen Personalverleih. Die Bewilligungspflicht besteht somit grundsätzlich auch bei Verleihverhältnissen innerhalb eines Konzerns. Den Fall, dass eine Konzerngesellschaft Arbeitnehmer an eine andere Konzerngesellschaft verleiht zum Zweck der Berufs- oder Auslandsaufenthalts- oder der Sicherstellung von Knowhow-Transfer, liess die Vorinstanz in der Vergangenheit ausnahmsweise bewilligungsfrei zu, weil das Interesse des Arbeitgebers an

einer raschen Umsetzung gross und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern von der Bewilligungspflicht ausgenommen sei (Art. 28 Abs. 1 AVV e contrario; vgl. STOFFEL, a.a.O., S. 751). Nach Feststellungen der Vorinstanz sei der konzerninterne Personalverleih in der Folge auf gewerbsmässige Verleihtätigkeiten ausgedehnt worden und gewisse Gesellschaften seien dazu übergegangen, eigentliche Gesellschaften innerhalb des Konzerns zu gründen, die den Personalbedarf des Konzerns abdecken sollten. 2017 präzisierte die Vorinstanz ihre entsprechende Weisung aus dem Jahr 2003 dahingehend, dass der Personalverleih innerhalb eines Konzerns ausnahmsweise bewilligungsfrei zugelassen werde, wenn es sich um einen Einzelfall handle und ausschliesslich den Erwerb von Erfahrungen in fachlicher, sprachlicher oder anderweitiger Hinsicht fördere, dem Knowhow-Transfer innerhalb des Konzerns diene oder gelegentlich vorkomme (Art. 12 AVG i.V.m. Art. 27 Abs. 4 AVV). Es dürfe aber kein verbotener Weiterverleih stattfinden (Art. 26 AVV). Schliesslich führte die Vorinstanz aus, dass ein über den Ausnahmetatbestand hinausgehender Personalverleih bewilligungspflichtig sei, was auch für eigens innerhalb eines Konzerns kreierte Gesellschaften, die anderen Konzerngesellschaften Personal überliessen, gelte (sog. Staffingfirmen), weil Gewerbsmässigkeit vorliege und dieselben dem Dreiparteienverhältnis inhärenten Gefahren wie bei den übrigen Personalverleihgesellschaften bestehen würden (vgl. zum Ganzen Präzisierungen des SECO zur Weisung konzerninterner Personalverleih vom 20. Juni 2017; zur Frage, ob der Ausnahmetatbestand des Konzernverleihs gerechtfertigt ist, vgl. BACHMANN, a.a.O., S. 88 ff. und 95).

Bei den Weisungen der Vorinstanz handelt es sich um die Festschreibung einer Verwaltungspraxis, die für das Gericht nicht bindend ist. Soweit sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Vorschriften zulässt, kann sie gleichwohl mitberücksichtigt werden (BGE 132 V 200 E. 5.1.2 m.H.). Da die Beschwerdeführerin unbestritten gewerbsmässig tätig ist (vgl. Art. 12 AVG i.V.m. Art. 29 AVV), scheidet die Prüfung einer allfälligen Ausnahme im Sinne der vorinstanzlichen Verwaltungspraxis jedoch von vornherein aus.

7.

Aus dem Gesagten folgt, dass die angefochtenen Auflagen Bundesrecht nicht verletzen und auch sonst nicht zu beanstanden sind. Die Beschwerden sind abzuweisen.

8.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 4'000.– festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerden werden abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 4'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 12. Juni 2020