



Fall-Nr.:	VD/AWA-15.06
Stelle:	Generalsekretariat Volkswirtschaftsdepartement
Instanz:	Volkswirtschaftsdepartement
Publikationsdatum:	04.09.2020
Entscheiddatum:	21.03.2016

Rekursentscheid VD; Arbeitsvermittlungsgesetz

Die Art der Arbeitsleistung spielt für die Einordnung als Verleihverhältnis grundsätzlich keine Rolle. Auch Betreuungs- und Hausdienstleistungen können vom AVG erfasst werden. Ob eine Betreuungsorganisation unter die Bewilligungspflicht des AVG fällt, ist aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie den tatsächlichen Begebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb zu beurteilen. Die Tätigkeit kann in solchen Fällen bewilligungspflichtig sein, wenn der Privathaushalt, welcher die Dienstleistung in Anspruch nimmt, in einem konkreten Fall das zumindest geteilte Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübt.

vgl. PDF



VD/AWA-15.06

Entscheid vom 21. März 2016

Rekurrentin

A. ___AG, vertreten durch RA B. ___

gegen

Vorinstanz

Amt für Wirtschaft und Arbeit

Betreff

Verfügung vom 10. März 2015;
Bewilligungspflicht nach Arbeitsvermittlungsgesetz



Sachverhalt

A. Am 20. Dezember 1993 erteilte das damalige Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) dem Einzelunternehmen "C.____" mit Sitz in Z.____ eine Bewilligung zum Personalverleih.

B. Seit dem 1. Juli 2010 ist die A.____AG mit Sitz in Y.____ im Handelsregister des Kantons Appenzell AR eingetragen. Als Sacheinlage bzw. Sachübernahme übernahm die A.____AG bei ihrer Gründung die Aktiven und Passiven des Einzelunternehmens "C.____". Mit der Gründung der A.____AG wurde das Einzelunternehmen im Handelsregister des Kantons St.Gallen gelöscht.

Gemäss Handelsregister bezweckt die A.____AG die Betreuung von pflegebedürftigen Menschen jeder Alterskategorie in Form eines privaten Spitex-Dienstes sowie das Erbringen aller damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Als weitere Adressen neben dem Sitz in Y.____ werden die bisherige Adresse des Einzelunternehmens in Z.____ und in X.____, Thurgau, geführt.

C. Im Februar 2012 erfuhr das für die Bewilligung zum Personalverleih zuständige Amt für Wirtschaft und Arbeit (nachfolgend AWA) von der Löschung des Einzelunternehmens im Handelsregister.

Im Rahmen der anschliessenden Abklärungen teilte die A.____AG dem AWA mit, ihre Vorgehensweise habe sich geändert. Bevor eine Mitarbeiterin der A.____AG die Tätigkeit beim Kunden aufnehme, würden die Bedürfnisse der Kunden genau abgeklärt. Die Mitarbeiterin erledige dann die Arbeit beim Kunden nach einem vorher festgelegten Konzept.

Am 20. Februar 2012 verfügte das AWA die Aufhebung der Bewilligung zum Personalverleih, mit der Begründung, die bewilligungspflichtige Tätigkeit sei im Kanton St.Gallen eingestellt worden.

D. Mit Verfügung vom 24. April 2013 stellte die Thurgauer Bewilligungsbehörde fest, die A.____AG betreibe in X.____ bewilligungspflichtigen Personalverleih. Den gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs wies das Thurgauer Departement für Inneres und Volkswirtschaft am 25. August 2014 ab. In der Folge teilte die Thurgauer Bewilligungsbehörde den Rekursentscheid auch dem AWA des Kantons St.Gallen mit.

E. Aufgrund des Thurgauer Rekursentscheids gelangte das AWA zum Schluss, die Bewilligungspflicht der A.____AG sei auch in Z.____ neu zu beurteilen und forderte deshalb mit Schreiben vom 23. September 2014 die St.Galler Filiale der A.____AG auf, Musterverträge, Statuten, Allgemeine Geschäftsbedingungen sowie Angaben zur Anzahl der abgeschlossenen Kundenverträge und zum Umsatz einzureichen.



F. Mit Schreiben vom 21. November 2014 reichte die A.____AG, Z.____, dem AWA folgende Unterlagen zur Überprüfung ein:

- ein Rahmenarbeitsvertrag für angelernte Mitarbeitende;
- ein Rahmenarbeitsvertrag für diplomiertes Personal;
- Einsatzbestätigungen für das Personal nach Erteilung eines neuen Auftrags;
- die Unterlagen, mit denen die beim Kunden notwendigen Massnahmen abgeklärt werden;
- eine Übersicht über die im Jahr 2013 neu abgeschlossenen Kundenaufträge (26) samt Muster eines Kundenauftrags ("Auftragsbestätigung");
- eine Übersicht über die im Jahr 2014 neu abgeschlossenen Kundenaufträge (37) samt Muster eines Kundenauftrags ("Auftragsbestätigung");
- eine Auswertung über die Zusammensetzung des Jahresumsatzes 2013 der Filiale Z.____ von gesamthaft 921'646 Franken.

G. Mit Schreiben vom 9. Dezember 2014 teilte das AWA der A.____AG mit, nach Prüfung der Dokumente sei es zum Schluss gekommen, dass die A.____AG bewilligungspflichtigen Personalverleih betreibt. Das AWA forderte die A.____AG deshalb auf, bis 30. Januar 2015 ein Gesuch für die Bewilligung zum Personalverleih einzureichen.

In seiner Begründung verwies das AWA u.a. auf den Rekursentscheid des Thurgauer Departementes für Inneres und Volkswirtschaft vom 25. August 2014.

H. Mit Schreiben vom 27. Dezember 2014 verneinte die A.____AG gegenüber dem AWA die Bewilligungspflicht und verwies ihrerseits auf eine beim Verwaltungsgericht Thurgau anhängige Beschwerde gegen den vom AWA zitierten Thurgauer Rekursentscheid.

I. Am 10. März 2015 verfügte das AWA was folgt:

1. Die A.____AG, Hauptsitz in Y.____, betreibt in Z.____ einen bewilligungspflichtigen Personalverleih.
2. Es wird der A.____AG, zuständige Person D.____, eine letzte Frist bis **Freitag, 24. April 2015 (Datum des Poststempels)** angesetzt, um ein Bewilligungsgesuch mit sämtlichen erforderlichen Unterlagen für den Personalverleih einzureichen.



Zur Begründung führte das AWA zusammengefasst Folgendes aus:

- Gemäss Arbeitsvermittlungsgesetz (SR 823.11; abgekürzt AVG) benötigten Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen würden, eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes.
- Gemäss Art. 29 Arbeitsvermittlungsverordnung (SR 823.111; abgekürzt AVV) verleihe gewerbsmässig Arbeitskräfte, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig und mit der Absicht überlasse, Gewinn zu erzielen, oder wer mit seiner Verleihfähigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens 100'000 Franken erziele. Die erforderliche Regelmässigkeit liege vor, wenn mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmern abgeschlossen werde.
- Bezüglich Rechtsprechung werde auf die Bundesgerichtsurteile vom 11. Februar 2013 (2c_356/2012) und vom 26. November 2014 (2c_543/2014) verwiesen. Gemäss Merkblatt des SECO vom 16. Januar 2013 stellten Betreuungs- und Hauswirtschaftsdienstleistungen, die eine betreuende Person als Arbeitnehmerin des Betreuungsbetriebes im Haushalt der zu betreuenden Person erbringe, Personalverleih dar. Bereits seit Mitte der 1990er Jahre seien Betriebe, die an Privathaushalte Personen für die Betreuung von Betagten, Verletzten oder Kranken zur Verfügung stellten, der Bewilligungspflicht zum Personalverleih unterstellt.
- Die A.____AG, Z.____, trete als selbständige Unternehmung auf. Rahmenarbeitsverträge, Einsatzverträge und Kundenaufträge würden von der A.____AG, Z.____ ausgestellt und unterschrieben. Es existiere eine eigene Tarifliste und der Umsatz der A.____AG, Z.____, werde separat ausgewiesen. Die A.____AG, Z.____, müsse daher eine separate Bewilligung einholen.
- Ausnahmen von der Bewilligungspflicht gebe es für Betriebe, die gemeinnützig arbeiteten, vorausgesetzt ihre Kosten würden hauptsächlich durch Versicherungsleistungen und Subventionen gedeckt und es würden keine wirtschaftlichen Gewinnziele verfolgt. Solche Betriebe seien von den Steuerbehörden als gemeinnützig anerkannt und deshalb steuerbefreit. Die A.____AG bezeichne sich selbst als selbständige private Spitex-Organisation. Im Handelsregister sei kein Hinweis auf eine gemeinnützige Tätigkeit zu finden. Auf der eingereichten Auswertung für das Jahr 2013 werde in der Kolonne "Gewinn exkl. MwSt." ein Totalbetrag von 921'646 Franken aufgeführt.
- Gemäss den Eintritts-/Austrittsjournalen habe die A.____AG im Jahr 2013 24 neue Kunden und im Jahr 2014 bis Oktober bereits 36 neue Kunden gewonnen, was darauf schliessen lasse, dass es regelmässig zu mehr als zehn Verleihungen pro Jahr komme.
- Aus dem Umsatz 2013 gehe hervor, dass alleine die hauswirtschaftlichen Leistungen mehr als die Hälfte des erwirtschafteten "Gewinns" [921'646 Franken] ausmachten. Wer jährlich mindestens 100'000 Franken Umsatz erziele, unterstehe ebenfalls der Bewilligungspflicht.
- Ein Vergleich des Stundenlohns der Mitarbeitenden mit dem Tarif, der den Kunden verrechnet werde, zeige, dass die A.____AG gewinnorientiert arbeite.



- Die Erfassungsblätter über die durchzuführenden Betreuungsaufgaben seien nicht so abgefasst, dass die Kunden keine Mitsprache bzw. kein Weisungsrecht hätten. Im Gegenteil sei dies zum Teil sogar ausdrücklich vorgesehen.
- Die A.___AG erbringe nicht ausschliesslich medizinische Leistungen. Auf ihrer Webseite sei beim Angebot unter "Haushalthilfe, Betreuung und Mahlzeitenzubereitung" zu lesen: "Es geht zum Beispiel darum, die Wäsche zu erledigen, die Wohnung bzw. das Haus sauber zu halten, Pflanzen zu giessen, Tiere zu versorgen, zu kochen, einzukaufen sowie kleinere Reparaturen durchzuführen. Auch die Begleitung zum Arzt, in die Therapie oder zum Coiffeur können typische Aufgaben sein." In der Mehrheit der Kundenverträge werde unter den Leistungen denn auch "Haushaltshilfe" aufgeführt.
- Die Mitarbeitenden seien vollständig in den Haushalt eingegliedert. Es sei davon auszugehen, dass Geschirr, Putzmittel, Futtermittel für Tiere und so weiter bereits im Haushalt vorhanden seien und nicht von den Mitarbeitenden zum Einsatz mitgebracht würden. Personen, die Nachtwache halten oder 24-Stunden-Betreuung leisten, würden auch im Haushalt übernachten.
- Der Rahmenarbeitsvertrag und die jeweils abgeschlossenen Einsatzverträge entsprächen zum grössten Teil dem Wortlaut von Verträgen, wie sie im Personalverleih abgeschlossen würden. Das gelte insbesondere für den Hinweis, wonach die Mitarbeitenden frei seien, einen angebotenen Einsatz anzunehmen oder abzulehnen und den Vermerk, wonach kein Anspruch auf Beschäftigung bestehe. Das seien typische Merkmale für Personalverleih in Form von Temporärarbeit.
- In den mit den Kunden abgeschlossenen Auftragsbestätigungen werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach dem AVG richten.
- Gemäss Punkt 6 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen unterschrieben die Kunden jeweils den Arbeitsrapport mit den geleisteten Stunden der Arbeitnehmenden. Darauf würden die geleisteten Stunden und nicht die erledigte Aufgabe dem Kunden in Rechnung gestellt, was ein Merkmal für Personalverleih sei.
- Zuständige Person D.___ von der A.___AG empfinde die Ungleichbehandlung der privaten Spitex gegenüber der öffentlichen Spitex als stossend. Dies sei bedauerlich, aber nicht Gegenstand der Abklärungen zum Personalverleih. Bei der Ausnahme der öffentlichen Spitex von der Bewilligungspflicht nach AVG handle es sich um einen politischen Entscheid. Nach der gängigen Rechtsauffassung seien die privaten Spitex-Organisationen bewilligungspflichtig nach AVG. Eine Ausnahme zu Gunsten der A.___AG würde eine Ungleichbehandlung gegenüber anderen privaten Spitex-Organisationen darstellen.

J. Am 13. März 2015 erhob die die A.___AG, vertreten durch ihre/n Verwaltungsratspräsident/in D.___, gegen die vorerwähnte Verfügung Rekurs beim Volkswirtschaftsdepartement und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Verfügung. Zur Begründung wurde zusammengefasst Folgendes ausgeführt:

- Die Bewilligungspflicht werde nicht auf die öffentliche Spitex angewendet und stelle für die A.___AG insofern eine Ungleichbehandlung dar.



- Es treffe nicht zu, dass die A.____AG ein gewinnorientiertes Unternehmen sei. Das Ziel sei immer gewesen, kostengünstige und gute Lösungen anzubieten, die noch für alle Menschen bezahlbar sind. Dies zeige sich klar aus der an die Kunden abgegebenen Tarifstruktur. Die [öffentliche] Spitex habe bisher etwa bei der Haushaltshilfe praktisch dieselben Tarife wie die A.____AG angewendet, wenn man die der [öffentlichen] Spitex noch geleisteten Subventionen berücksichtige (Fr. 30.- pro Stunde plus Fr. 3.- bis Fr. 5.- pro Stunde Subventionen). Neu solle die [öffentliche] Spitex nunmehr keine Subventionen mehr erhalten und für die Haushaltshilfe dafür pro Stunde selber Fr. 35.- plus Fahrspesen verrechnen dürfen.
- Es gäbe andere Beispiele von tatsächlich gewinnorientierten Spitexunternehmen, die zwar die praktisch gleichen Löhne wie die A.____AG und die öffentliche Spitex bezahlten, den Kunden aber sehr viel höhere Stundenansätze von teilweise mehr als Fr. 10.- [zusätzlich] verlangten. Der normale Bürger könne sich diese Tarife kaum leisten.
- Immer neue bürokratische Vorschriften würden nur zur Kostenexplosion im Gesundheitswesen beitragen. Man habe selber versucht, über die Stadt zu einem Leistungsauftrag zu kommen, was aber abgelehnt worden sei. Ebenso sei der Antrag, in den Verband aufgenommen zu werden, abgelehnt worden, mit der Begründung, dass keine privaten Anbieter aufgenommen würden. Dabei hätten sie jahrelang vorgelebt, dass die Spitexangebote auch ohne Subventionen machbar seien. Daher strebten sie nun einen gleichen Status wie die öffentliche Spitex ohne weitere Kosten an. Der A.____AG sei deshalb der gemeinnützige Charakter zu anerkennen.

K. Mit Entscheid vom 18. März 2015 wies das Thurgauer Verwaltungsgericht die von der A.____AG im Kanton Thurgau erhobene Beschwerde ab und bestätigte damit die Bewilligungspflicht der A.____AG für den Personalverleih im Kanton Thurgau.

L. Mit Vernehmlassung vom 16. April 2015 beantragte das AWA die Abweisung des Rekurses. Zusätzlich zu den Ausführungen in der angefochtenen Verfügung, die an dieser Stelle nicht wiederholt werden, führte das AWA was folgt aus:

- Als Verleiher im Sinn des AVG gelte, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlasse, indem er ihm Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtrete. Die Weisungsbefugnis müsse dabei nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr reiche für das Bestehen eines Personalverleihverhältnisses die Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse auf den Dritten aus.
- Betreffend dem Kriterium der Gewinnorientierung spreche Art. 29 AVV von der Absicht, Gewinn zu erzielen oder von einem Umsatz von mindestens Fr. 100'000.-. Die von der A.____AG eingereichte "Artikelauswertung" weise einen Totalgewinn von Fr. 921'646.95 aus, wovon alleine auf "Hauswirtschaftliche Leistungen" von Montag bis Sonntag über Fr. 500'000.- entfielen. Damit werde der gesetzlich definierte Mindestumsatz von Fr. 100'000.- bereits mit dieser Artikelgruppe bei weitem übertroffen.
- Die A.____AG mache einen Vergleich zwischen den eigenen Tarifen mit denen der öffentlichen Spitex. Dies sei jedoch für die Beurteilung der Bewilligungspflicht nach



AVG irrelevant, da sich die Kriterien nicht auf einen Preisvergleich mit Mitbewerbern abstützten, sondern in Art. 29 AVV definiert würden.

- Die A.____AG bitte um die Anerkennung ihres gemeinnützigen Charakters, um von der Bewilligungspflicht ausgenommen zu werden. Diese Beurteilung liege jedoch bei den Steuerbehörden, die gemeinnützte Betriebe anerkennen und von der Steuer befreien würden. Aus dem Handelsregisterauszug der A.____AG sei keine Gemeinnützigkeit ersichtlich. Auch der ausgewiesene Gewinn von Fr. 921'646.95 im Jahr 2013 spreche dagegen.
- In der Rekurschrift nicht mehr bestritten seien die Einbindung der Betreuungspersonen in die jeweiligen Einsatzhaushalte und die Abtretung der Weisungsbefugnisse an die betreuten Personen. In den Erfassungsblättern über die durchzuführenden Betreuungsaufgaben im Haushalt seien etwa Kochen, Reinigung, Pflege von Pflanzen etc. als Tätigkeiten festgehalten. Es liege auf der Hand, dass hier die betreuten Personen ein Weisungsrecht hätten und auf deren individuelle Bedürfnisse Rücksicht genommen werde. Teilweise sei sodann explizit vermerkt worden, dass die betreute Person einzubeziehen sei.
- Die A.____AG biete gemäss ihrem Internet-Auftritt auch 24-Stunden-Betreuung und Nachtwachen an. Die Betreuerinnen würden lange Präsenz- und Einsatzzeiten in den Haushalten verbringen und seien nicht wie bei der Spitex im medizinischen Bereich üblich nur für einige Minuten zur Medikamentenabgabe oder ähnlichem vor Ort.

M. Mit Schreiben vom 21. Mai 2015 reichte die A.____AG dem Volkswirtschaftsdepartement eine weitere Stellungnahme ein. Zusammengefasst wurde was folgt ausgeführt:

- Die Kunden der A.____AG hätten kaum Weisungsbefugnisse. Die Leistungen würden vielmehr bei der Auftragserteilung klar definiert und schriftlich im Vertrag gemäss Leistungskatalog festgehalten. Höchstens würden die Kunden mit den Angestellten den Menüplan besprechen oder Wünsche äussern, die im Rahmen der Vorgaben liegen. Es würden somit keine wesentlichen Weisungsbefugnisse auf die Kunden übertragen.
- Weisungsbefugnisse gäbe es höchstens noch im sehr kleinen Bereich der Reinigungsaufträge, die höchstens einen Umsatz von Fr. 20'000.- ausmachten und wo nur noch langjährige Aufträge abgedeckt, aber keine neuen Aufträge mehr angeboten würden.
- Ihre Kunden seien hochbetagte Personen, die unter ganzheitlicher Pflege und Betreuung eingestuft seien. Die regelmässigen Einsätze umfassten die von den Kunden nicht mehr selber getätigten Pflege- und Hausarbeiten. Dabei gebe kein Kunde bei den heutigen Kostenvorgaben Arbeiten ab, die er noch selber erledigen könne. Bei Langzeitbetreuungen bei meistens sehr kranken Personen bestehe daher sozusagen eine Heimlösung zu Hause. Je mehr Stunden geleistet werden müssten, je weniger könnten die Kunden dabei noch mitbestimmen. Die Verhandlungen fänden dann auch meistens über Angehörige statt.
- Bei der Zahl von Fr. 921'646.95 handle sich nicht um den Gewinn sondern um den Jahresumsatz, von dem noch alle Kosten wie Löhne, Mieten, Versicherungen etc.



abgezogen werden müssten. Beim verbleibenden Jahresgewinn in Z.____ von Fr. 60'000.- könne nicht von einem hohen Gewinn gesprochen werden.

- Die A.____AG nenne sich nur deshalb private Spitex-Organisation, weil die Verbände bis heute nicht gewillt seien, sie aufzunehmen. Das bedeute jedoch nicht, dass die A.____AG nicht gemeinnützig sei, da sie ja zu den gleichen Tarifen arbeite wie öffentliche Spitexdienste.
- Die A.____AG habe auch Kunden, die diverse sonstige Arbeiten wie Rasenmähen, Sonderbegleitungen, Reisen etc. wünschten, was jedoch klar abgelehnt werde bzw. empfohlen werde, sich dafür andere Personen zu suchen.

N. Mit Eingabe vom 4. Juni 2015 duplizierte das AWA was folgt:

- Die entliehenen Arbeitnehmerinnen würden zur Betreuung und zur Haushaltshilfe eingesetzt. Es sei eine vollständige Eingliederung in den Haushalt mit einer 24 Stunden Betreuung (Nachtwache) vorgesehen. Dabei seien die Pflegerinnen persönlich, organisatorisch und zeitlich in die Hausgemeinschaft eingegliedert.
- Die Betreuungsaufgaben seien zwar auf den Erfassungsblättern aufgelistet. Es bestünden somit allerdings noch keine genauen Leistungsinhalte. Die Arbeitstätigkeiten müssten vielmehr im Alltag noch konkretisiert werden. Es müssten weitergehende Anordnungen über die Ausführung der Arbeiten und das Verhalten der Hilfskraft im Haushalt gemacht werden.
- Die Liste der Erfassungsblätter sei zudem nicht abschliessend. Im Alltag müssten nämlich auch unübliche und nicht zum Voraus eingeplante Tätigkeiten ausgeführt werden. Es müssten dabei die Wünsche der zu betreuenden Person zur Bewältigung des Alltags berücksichtigt werden. Eine Pflegerin könne nicht nach eigenem Gutdünken tätig werden. Die Pflegerinnen seien demnach an das Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers gebunden, wobei der Haushalt die weisungsbefugte Stelle sei.

O. Mit Schreiben vom 8. Oktober 2015 reichte die A.____AG einen neuen Rahmenarbeitsvertrag, Einsatzbestätigungen und Stellenbeschriebe zu den Akten. Gleichzeitig bekräftigte sie nochmals ihre Auffassung, wonach der Kunde nach der Bedarfsabklärung keine eigenen Entscheidungen mehr fällen bzw. keine Weisungen mehr erteilen könne. Reinigungsaufträge würden praktisch keine mehr ausgeführt.

P. Mit Schreiben vom 30. Oktober 2015 reichte das AWA eine weitere Stellungnahme ein. Im Wesentlichen führte es aus:

- Aus den am 8. Oktober 2015 eingereichten Stellenbeschrieben gehe hervor, dass die Pflege und die Haushaltführung darauf ausgerichtet seien, die betreuten Personen zu aktivieren, anzuleiten und deren Selbständigkeit zu erhalten. Ebenso sei gemäss Stellenbeschrieben darauf zu achten, bedürfnis- und situationsgerecht zu arbeiten. Daraus gehe hervor, dass die betreuten Personen ihre Bedürfnisse während des laufenden Einsatzes zum Ausdruck bringen könnten und dass die Betreuungspersonen angehalten seien, darauf einzugehen.
- Gemäss Merkblatt des SECO vom 16. Januar 2013 (act. 2) wäre es mit der Menschenwürde der betreuten Personen nicht zu vereinbaren, wenn in einem solchen



Betreuungsverhältnis die Dienstleistungen und Verrichtungen im Voraus bis ins letzte Detail festgelegt würden, so dass die betreute Person diese dann quasi als willenloses Geschöpf über sich ergehen lassen müsse.

- Die A.____AG gebe zwar an, die Aufträge im Reinigungssektor hätten stark abgenommen, es fielen aber nicht nur die Reinigungsarbeiten sondern auch Betreuung, Körperpflege, Haushaltsführung, Kochen, 24 Stunden Betreuung, Ferienvertretungen etc. unter die Bewilligungspflicht. Ausgenommen von der Bewilligungspflicht seien nur medizinische Dienstleistungen, die über das Bundesgesetz über die Krankversicherung (SR 832.10, abgekürzt KVG) entschädigt würden. Auch aus den neu eingereichten Einsatzbestätigungen gehe hervor, dass Dienstleistungen erbracht werden, die unter die Bewilligungspflicht fallen.

Q. Mit E-Mail vom 4. November 2015 teilte RA B.____, dem Rechtsdienst des Volkswirtschaftsdepartementes mit, er vertrete neu die Interessen der A.____AG.

R. Am 6. November 2015 stellte der Rechtsdienst dem Rechtsvertreter der A.____AG die vollständigen Akten inklusive Verfahrensdossier zu. Gleichzeitig forderte es ihn auf, eine allfällige weitere Stellungnahme bis 27. November 2015 einzureichen.

S. Innert erstreckter Frist beantragte der Rechtsvertreter der A.____AG am 7. Dezember 2015 die Gutheissung des Rekurses und die Nichtanwendung des AVG auf die Tätigkeit/Dienstleistung der A.____AG. Dazu führte er aus:

- Für die Rekurrentin sei der Parteiwille entscheidend. Sie habe eine bestimmte Arbeitsleistung für ihre Kunden erbringen wollen. Sie definiere die Dienstleistungen und sei für deren Erbringung und auch für deren Erfolg verantwortlich. Nie und nimmer habe sie dem Leistungsempfänger einfach eine Fachkraft zur Verfügung stellen wollen.
- Die Rekurrentin beschreibe die Leistung, bei Schlechterfüllung des Auftrags werde sie haftbar und könne die entsprechenden Entgelte nicht in Rechnung stellen. Der Thurgauer Verwaltungsgerichtsentscheid könne daher nicht analog beigezogen werden und es sei viel mehr Wert auf den Vertragskonsens zwischen der A.____AG und ihren Kunden zu legen, statt eine Auslegung vorzunehmen, welche dem faktischen Vertragswillen der Vertragsparteien (A.____AG und Kunde) entgegenstehe. Wortlaut, Sinn und Zweck einer Vereinbarung kämen nach Art. 18 OR erst zum Zug, wenn die Vertragsparteien keinen übereinstimmenden bindenden Vertragswillen hätten. Folgerichtig sei allein und ausschliesslich zu fragen, was die Parteien wirklich wollten und nicht was Dritte hypothetisch aus den Vertragsurkunden ableiteten.

T. Auf die weiteren Ausführungen der Beteiligten wird – soweit entscheidungswesentlich – in den Erwägungen eingegangen.



Erwägungen

1. Die Rekursvoraussetzungen sind sowohl hinsichtlich der Zuständigkeit und Rekursberechtigung als auch in Bezug auf die Form- und Fristenformalitäten erfüllt (Art. 43bis ff. des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege [sGS 951.1; abgekürzt VRP]). Auf den Rekurs ist einzutreten.

2.

2.1 Gemäss Art. 12 Abs. 1 Arbeitsvermittlungsgesetz (SR 823.11; abgekürzt AVG) benötigen Arbeitgeber (Verleiher), die Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer überlassen, eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes. Zweigniederlassungen, die in einem anderen Kanton liegen als der Hauptsitz, benötigen gemäss Art. 12 Abs. 3 AVG eine eigene Betriebsbewilligung.

Der Bundesrat hat von seiner Kompetenz zum Erlass von Ausführungsbestimmungen nach Art. 41 Abs. 1 AVG Gebrauch gemacht und die Bewilligungspflicht in der Arbeitsvermittlungsverordnung (SR 823.111; abgekürzt AVV) näher definiert. Als Verleiher gilt demnach, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er ihm Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Die Weisungsbefugnis muss dabei nicht vollständig beim Dritten liegen; vielmehr reicht für das Bestehen eines Personalverleihverhältnisses die Übertragung wesentlicher Weisungsbefugnisse auf den Dritten (Art. 26 Abs. 1 AVV). Gewerbsmässig verleiht Arbeitskräfte, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen oder mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100'000.- erzielt (Art. 29 Abs. 1 AVV). Die erforderliche Regelmässigkeit liegt vor, wenn mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden abgeschlossen werden (Art. 29 Abs. 2 AVV).

2.2 Im Rahmen des Verleihvertrags verpflichtet sich der Personalverleiher nicht zur Erbringung einer bestimmten Arbeitsleistung, die er durch Hilfspersonen ausführen lässt, sondern vielmehr dazu, dass er entsprechende Arbeitnehmer sorgfältig auswählt und gegen Entgelt dem Einsatzbetrieb unter Einräumung wesentlicher Weisungsbefugnisse überlässt (Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, BBl 1985 III 556, Ziff. 233.1; Christian Drechsler, Personalverleih: unscharfe Grenzen, in AJP 2010 S. 314 ff.). Der wesentliche Unterschied zwischen Personalverleih und einem Auftragsverhältnis besteht darin, dass beim Auftrag kein Subordinationsverhältnis im arbeitsrechtlichen Sinne zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Empfänger der Dienstleistung besteht. Der Beauftragte sucht und akquiriert seine Einsätze für sich selbst und ist typischerweise für verschiedene Auftraggeber gleichzeitig tätig, ohne von einem



einzigem Auftraggeber wirtschaftlich oder organisatorisch abhängig zu sein. Demgegenüber ist der durch Personalverleih entlehene Arbeitnehmer den Weisungen des Dritten bzw. des Einsatzbetriebs unterstellt. Er wird in die Betriebsorganisation eines Dritten eingegliedert, wodurch Letzterem die Möglichkeit eröffnet wird, Personen wie Arbeitnehmer zu beschäftigen, ohne mit ihnen ein Arbeitsverhältnis einzugehen; das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher besteht fort (Urteile des Bundesgerichtes 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.2 und 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.2).

2.3 Ob die von der Rekurrentin angebotenen Dienstleistungen als bewilligungspflichtiger Personalverleih zu qualifizieren sind oder ob es sich dabei um andere Arten von Dienstleistungen handelt, die einem Dritten erbracht werden, ergibt sich nach bundesgerichtlicher Praxis und Lehre aus einer Abgrenzung im Einzelfall. Massgeblich sind hierbei der Inhalt des Vertrags und die konkrete Tätigkeit im Einsatzbetrieb. Hingegen kann die Bezeichnung des Vertrags durch die Parteien nicht entscheidend sein (Urteil des Bundesgerichtes 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 2.4). Eine solche Betrachtungsweise würde den Entscheid über die Bewilligungspflicht faktisch den betroffenen Unternehmen selber überlassen. Die Frage, ob im verwaltungsrechtlichen Sinn ein bewilligungspflichtiger Personalverleih vorliegt, ist dementsprechend an objektiven Kriterien, insbesondere an den in der AVV dazu aufgestellten Kriterien, zu messen.

Gemäss Art. 26 Abs. 1 AVV gilt als Verleiher, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er dem Einsatzbetrieb wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt. Auf eine bewilligungspflichtige Verleihtätigkeit kann gemäss Art. 26 Abs. 2 AVV namentlich auch geschlossen werden, wenn Arbeitnehmer in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden werden (Bst. a), Arbeitnehmer die Arbeiten mit Werkzeugen, Material oder Geräten des Einsatzbetriebes ausführen (Bst. b) oder der Einsatzbetrieb die Gefahr für die Schlechterfüllung des Vertrages trägt (Bst. c).

Als weitere Hilfskriterien für die Abgrenzung zum bewilligungspflichtigen Personalverleih hat sich die Rechtsprechung auch an den Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) orientiert. Zur Abgrenzung des Vorliegens eines Personalverhältnisses gegenüber einer anderen Vertragsart können demnach folgende Kriterien herangezogen werden: Der Dritte bzw. Einsatzbetrieb verfügt über keinerlei, d.h. auch über keine geteilte Weisungsbefugnis; der Arbeitnehmer bedient sich keiner Werkzeuge, Utensilien oder weiterer Materialien im Einsatzbetrieb; der Arbeitnehmer arbeitet nicht ausschliesslich am Sitz und im Rahmen der Arbeitszeiten des Einsatzbetriebes; der primäre Zweck des Vertragsverhältnisses besteht nicht in einer Verrechnung von Einzelstunden, sondern in einer klar definierten Arbeitsleistung (bzw. eines Arbeitsziels) für eine bestimmte



Vergütung; der Unternehmer haftet im Fall einer Nichterfüllung dem Einsatzbetrieb für Nachbesserung oder Preisminderung. Die Verpflichtung zur Abrechnung der konkret geleisteten Arbeitsstunden (ohne Festpreis für eine Leistung) spricht für ein Verleihverhältnis. Gleiches gilt, wenn dem Einsatzbetrieb lediglich für gute Auswahl des Arbeitnehmers gehaftet wird, nicht aber für einen vertraglich vereinbarten Erfolg, mithin bei Nichterreichung des Ziels keine unentgeltliche Nachbesserung zu erfolgen hat oder auch keine Preisreduktion möglich ist (Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau VG.2014.198/E vom 18. März 2015 E. 5.2.2; Weisungen und Erläuterungen des SECO zum AVG, S. 66 ff.; Urteil des Bundesgerichtes 2C_356/ 2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.5).

2.4 Die Art der Arbeitsleistung spielt für die Einordnung als Verleihverhältnis grundsätzlich keine Rolle. Auch Betreuungs- und Hausdienstleistungen können vom AVG erfasst werden. Ob eine Betreuungsorganisation unter die Bewilligungspflicht des AVG fällt, ist aufgrund der konkret vereinbarten Tätigkeit zwischen der betreffenden Organisation und den Kunden sowie den tatsächlichen Begebenheiten beim Dritten bzw. im Einsatzbetrieb zu beurteilen. Die Tätigkeit kann in solchen Fällen bewilligungspflichtig sein, wenn der Privathaushalt, welcher die Dienstleistung in Anspruch nimmt, in einem konkreten Fall das zumindest geteilte Weisungsrecht im Sinne eines Arbeitgebers ausübt. Zudem muss der Privathaushalt, als Nutzniesser von Dienstleistungen, als Einsatzbetrieb oder Dritter bezeichnet werden können. Demgegenüber besteht keine Bewilligungspflicht, wenn die Person, welche die Dienstleistung in Anspruch nimmt, kein derartiges Weisungsrecht ausüben kann, das Pflegepersonal nach den eigenen Fachkenntnissen arbeitet oder das Rechtsverhältnis einen Auftrag oder Werkvertrag darstellt (Urteil des Bundesgerichtes 2C_356/ 2012 vom 11. Februar 2013 E. 3.6). Hinsichtlich des Übergangs des Weisungsrechts ist für Betreuungs- und Haushaltsdienste speziell zu beachten, dass es Kunden bzw. Patienten jederzeit frei steht, in medizinische Eingriffe einzuwilligen oder diese zu verweigern und letztlich selbst über die Behandlung zu bestimmen; ein so verstandenes Weisungsrecht bzw. das Recht auf Selbstbestimmung besteht ungeachtet der Qualifikation der Rechtsbeziehung als Auftragsverhältnis, als Personalverleih oder als anderer Vertrag. Das hier interessierende Weisungsrecht ist demgegenüber in einem weiteren, arbeitsrechtlichen Sinne zu verstehen. Es verlangt, dass ein Teil der Weisungsbefugnisse, wie sie sonst basierend auf Art. 321d OR dem Arbeitgeber zur einseitigen konkretisierenden Bestimmungen des Arbeitsvertrages zukommen, auf den Kunden übergehen. Dieser kann demnach weitergehende Anordnungen über die Ausführung der Arbeiten und das Verhalten der Hilfskraft im Haushalt treffen, als dies im Rahmen der Erfüllung eines Auftrags möglich wäre. Für die Frage, ob Personalverleih vorliegt, ist bei hauswirtschaftlichen und sozialbetreuerischen Leistungen darauf abzustellen, inwiefern eine solche Leistung durch die Unternehmung planbar ist, so dass eine konkretisierende Weisung durch den



Klienten nicht mehr erforderlich erscheint. Aber auch bei den hauswirtschaftlichen Leistungen muss sich das Personal auf den aktuellen Bedarf einstellen. Im Einzelfall ist entscheidend, wie konkret die Aufgabe im Pflegevertrag definiert wurde bzw. definiert werden kann. Ebenso ist von Bedeutung, wer die Arbeitsmaterialien zur Verfügung stellt sowie, ob der Klient sein Weisungsrecht ausüben kann. Das Bundesgericht hat den Übergang in der Weisungsbefugnis im Sinn einer bewilligungspflichtigen Arbeitsvermittlung bejaht in einem Fall, in welchem die im Einsatzbetrieb geleisteten Tätigkeiten hauptsächlich in der Erbringung von Haushalts- und Betreuungsdiensten im Rahmen einer vollständigen Einordnung der Arbeitskraft der Beschwerdeführerin in den Kundenbetrieb nach den individuellen Bedürfnissen und Wünschen der Kunden bestand (Urteil des Bundesgerichtes 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4; vgl. zum Ganzen auch den Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau VG.2014.198/E vom 18. März 2015 E. 5.2).

3. Die Rekurrentin bestreitet den Personalverleih und macht geltend, ihre Kunden hätten kaum Weisungsbefugnisse. Die zu erbringenden Leistungen würden vielmehr bei der Auftragserteilung klar definiert und schriftlich im Vertrag gemäss einem Leistungskatalog festgehalten. Höchstens würden die Kunden mit den Angestellten den Menüplan besprechen oder Wünsche äussern, die im Rahmen der Vorgaben lägen. Es würden somit keine wesentlichen Weisungsbefugnisse auf die Kunden übertragen (siehe Eingabe vom 21. Oktober 2015).

3.1 Die Rekurrentin bietet ihren Kunden verschiedene Dienstleistungen an. Neben der Grund-, Körperpflege und Behandlungspflege, die über die Krankenkasse abgerechnet werden können (vgl. Webseite von A.___AG "Dieses Angebot ist eine Pflichtleistung gemäss Art. 7 Abs. 2 KLV [SR 823.112.31], die Kosten werden über Ihre Krankenkasse abgerechnet."), bietet die Rekurrentin ihren Kunden auch nicht kassenpflichtige Dienstleistungen wie Haushalthilfe, 24-Stunden-Betreuung, Nachtwache, Nachtbegleitung und Ferienervertretungen an.

Bereits im Jahr 2012 kam das zuständige Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) zum Schluss, dass bei medizinischen Leistungen, die in der Regel über ein Arzteugnis ausgelöst und über die Krankenkasse abgerechnet werden, die auszuführenden Arbeiten so detailliert festgelegt seien, dass diesbezüglich kein Weisungsrecht der Patienten mehr bestehe. Davon zu unterscheiden seien hauswirtschaftliche Dienstleistungen nichtmedizinischer Art, bei denen praktisch immer ein Weisungsrecht des Kunden bestehe. Für die Beurteilung der Frage, ob die Rekurrentin bewilligungspflichtigen Personalverleih betreibt, sind dementsprechend die hauswirtschaftlichen Leistungen im nichtmedizinischen Bereich entscheidend.



3.2 Die Rekurrentin schliesst für die medizinischen und die hauswirtschaftlichen Dienstleistungen mit ihren Mitarbeiterinnen Rahmenarbeitsverträge ab, mit denen u.a. die unterschiedlichen Stundenlöhne für Spitexeinsätze und Einsätze als Haushalthilfe sowie die Entlohnung für die Präsenzzeit während Nachtwachen vereinbart werden (act. 14/1). Vor einem konkreten Einsatz bei einem Kunden unterzeichnen die Rekurrentin und die betreffende Mitarbeiterin zusätzlich eine Einsatzbestätigung, mit der auch die Einsatzart festgehalten wird, z.B. Grund- und Körperpflege, Betreuung, Augentropfen geben oder Haushalthilfe (act. 14/3). Die Rekurrentin und der Kunde, allenfalls ein Vertreter des Kunden, unterzeichnen eine Auftragsbestätigung, in der die entsprechenden Einsatzarten ebenfalls umschrieben werden, z.B. mit Haushalt, Pflege oder Betreuung (act. 14/5). Vor Ort werden die notwendigen Massnahmen mit der Pflegedienstleiterin besprochen und genauer festgelegt. Für hauswirtschaftliche Leistungen wird das Formular "Hauswirtschaft" ausgefüllt, in dem festgehalten wird, welche hauswirtschaftlichen Leistungen, z.B. Reinigung der Wohnung, Waschen und Kleiderpflege, Einkauf und Essenszubereitung, Kinderbetreuung, Tier- und Pflanzenpflege oder andere Leistungen, der Kunde voraussichtlich wie oft benötigen wird (act. 14/4).

Die Vertragsgestaltung der Rekurrentin spricht grundsätzlich für Personalverleih. Anders als bei einem klassischen Auftragsverhältnis kann die Rekurrentin die von ihr per Auftragsbestätigung übernommenen Aufgaben nicht direkt mit den ihr gegenüber arbeitsvertraglich verpflichteten Mitarbeiterinnen ausführen. Vielmehr benötigt sie zusätzlich zu den Rahmenarbeitsverträgen erst noch eine unterschriebene Einsatzbestätigung einer Mitarbeiterin, bzw. einen zusätzlichen Einsatzvertrag, mit dem sich eine Mitarbeiterin bereit erklären muss, die entsprechenden Arbeiten beim Kunden auszuführen (siehe Ziff. 3 des Rahmenarbeitsvertrags und die Einsatzbestätigung von Ursula Pfändler; act. 14/1 und 14/3). Die von den Kunden unterschriebenen Auftragsbestätigungen verweisen ausserdem auf die Geschäftsbedingungen (AGB) der Rekurrentin, "die einen integrierenden Bestandteil des Vertrages bilden und sich nach dem Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung (Arbeitsvermittlungsgesetz) richten". Ebenso verweisen die in den Akten liegenden AGB subsidiär auf das Arbeitsvermittlungsgesetz (act. 14/5). Den AGB lässt sich ausserdem entnehmen, dass die Mitarbeiterinnen verpflichtet sind, sich den abgemachten Weisungen zu unterziehen (Ziff. 2 der AGB zu den Auftragsbestätigungen von E. ___ und F. ___; act. 14/5). Die Abrechnung gegenüber den Kunden erfolgt nach Arbeitsstunden und nicht zu einem Festpreis (Auftragsbestätigungen von E. ___ und F. ___; act. 14/5), was ebenso für Verleihtätigkeit spricht wie der Umstand, dass für die Haushalthilfe Materialien offensichtlich zumindest auch vom Kunden selbst zur Verfügung gestellt werden und die Rekurrentin grundsätzlich nur für die sorgfältige Auswahl der Mitarbeiterinnen haftet (vgl. Ziff. 1 der AGB), auch wenn sie zusätzlich einen Versicherungsschutz anbietet. Abgesehen davon können die Mitarbeiterinnen durch die Kunden innert vier Arbeitsstunden zu-



rückgewiesen werden, wenn sie den Anforderungen nicht gewachsen sind. Unentgeltliche Nachbesserung oder eine Preisreduktion bei mangelhafter Leistungserbringung sind vertraglich nicht geregelt bzw. nicht vorgesehen (act. 14/5).

Das vor dem Einsatz einer Mitarbeiterin ausgefüllte Formular "Hauswirtschaft" hält zwar recht detailliert fest, welche hauswirtschaftlichen Leistungen wie häufig zu erbringen sind (act. 14/4). *Wie* diese Leistungen beim Kunden genau umzusetzen sind, bleibt jedoch weitgehend offen. Daran ändert nichts, dass teilweise Uhrzeiten, Wochentage und Anzahl der Wiederholungen der Tätigkeit erwähnt und vorweg festgelegt werden. Wie diese Tätigkeiten genau auszuüben sind, muss später mit dem Kunden besprochen werden. Dies gilt beispielsweise für Reinigungs- und Aufräumarbeiten, insbesondere aber auch für die Zubereitung von Mahlzeiten und den Einkauf. Gerade im hauswirtschaftlichen Bereich erteilen die Kunden oder deren Angehörige situativ weitere Weisungen. Dass dabei die Kunden zu Hause in ihrem Privatbereich nicht nahezu vollständig auf Weisungsbefugnisse bezüglich der Haushaltsführung verzichten, ist offensichtlich. Mit den vorliegenden Dokumenten ist daher erstellt, dass die Kunden (allenfalls deren Angehörige) im hauswirtschaftlichen Bereich gegenüber den Mitarbeiterinnen der Rekurrentin über erhebliche Weisungsbefugnisse im arbeitsrechtlichen Sinn verfügen (vgl. dazu auch den Entscheid des Thurgauer Verwaltungsgerichts VG.2014.198/E vom 18. März 2015 zur Filiale der A.____AG in X.____). Eine vollständige Übertragung der Weisungsbefugnisse ist dabei nicht notwendig, es genügt, wenn erhebliche Weisungsbefugnisse auf den Kunden übertragen werden.

3.3 Im Ergebnis üben die Kunden der Rekurrentin im nichtmedizinischen, hauswirtschaftlichen Bereich der von ihr angebotenen Leistungen erhebliche Weisungsbefugnisse aus, wie sie bei Einsatzbetrieben im Personalverleih zu finden sind. Die Tätigkeit der Rekurrentin ist dementsprechend als Personalverleih zu qualifizieren.

4. Die Rekurrentin bestreitet, mit ihrer Tätigkeit das Kriterium der Gewerbsmässigkeit nach Art. 12 Abs. 1 AVG zu erfüllen. Insbesondere bestreitet sie, ein gewinnorientiertes Unternehmen zu sein.

4.1 Gemäss Art. 29 Abs. 1 AVV verleiht gewerbsmässig Arbeitskräfte, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig und mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen, oder wer mit seiner Verleihtätigkeit einen jährlichen Umsatz von mindestens Fr. 100'000.- erzielt. Die Verordnung setzt die genannten Kriterien nach ihrem Wortlaut alternativ voraus.

4.1.1 Im Jahr 2013 erzielte die Rekurrentin in Z.____ einen Gesamtumsatz von Fr. 921'646.95. Davon entfielen Fr. 510'472.85 auf hauswirtschaftliche Leistungen (MO-FR: Fr. 402'751.25 und SA-SO: Fr. 107'721.60; act. 14/7).



Gemäss ihrem Internetauftritt (Webseite von A.____AG) bietet die Rekurrentin auch im Jahr 2016 neben den medizinischen Dienstleistungen noch Haushaltshilfe, 24-Stunden-Betreuung, Nachtwache, Nachtbegleitung und Ferienvertretung an. Von einer wesentlichen Verminderung der im hauswirtschaftlichen Bereich seit dem Jahr 2013 erzielten Umsätze ist daher nicht auszugehen, zumal die Zahl der neu abgeschlossenen Kundenaufträge von 26 im Jahr 2013 auf 37 im Jahr 2014 (Stand 21. November 2014) noch anstieg (act. 13). Allein der Umsatz mit hauswirtschaftlichen Leistungen übertrifft den Betrag von Fr. 100'000.- deutlich. Indem die Rekurrentin mit ihrer Verleihfähigkeit Umsätze von mehr als Fr. 100'000.- pro Jahr erzielt, erfüllt sie somit das Kriterium der Gewerbsmässigkeit.

4.1.2 Wie schon das Verwaltungsgericht Thurgau in seinem Entscheid VG.2014.198/E vom 18. März 2015 betreffend die A.____-Filiale in X.____ feststellte, erfüllt die Rekurrentin auch das alternative Kriterium von Art 29 Abs. 1 AVV, wonach gewerbsmässig Arbeitskräfte verleiht, wer Arbeitnehmer Einsatzbetrieben regelmässig und mit der Absicht überlässt, Gewinn zu erzielen:

Gemäss den Arbeitsverträgen (rek.act. 4, act. 14/1) und Auftragsbestätigungen (act. 14/5) vergütet die Rekurrentin eine Haushaltshilfe pro Stunde mit einem Betrag von Fr. 23.50 (Mo-Fr) bzw. Fr. 25.50 (Sa/So/Feiertage), während den betreuten Personen im Jahr 2013 dafür ein Stundensatz von Fr. 34.- bzw. Fr. 36.- und im Jahr 2014 ein Stundensatz von Fr. 35.- bzw. Fr. 37.- verrechnet wurde. Die Marge von rund 40 Prozent entspricht einer für den Personalverleih üblichen Gewinnmarge (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau VG.2014.198/E vom 18. März 2015 E. 5.4). Mit Eingabe vom 21. Mai 2015 räumte die Rekurrentin ausserdem einen in Z.____ erzielten Jahresgewinn von knapp Fr. 60'000.- ein. Die Gewinnabsicht ist damit erstellt.

Regelmässig verleiht, wer mit Einsatzbetrieben innerhalb von zwölf Monaten mehr als zehn Verleihverträge bezüglich des ununterbrochenen Einsatzes eines einzelnen oder einer Gruppe von Arbeitnehmenden abschliesst (Art. 29 Abs. 2 AVV). Die Rekurrentin erzielt mehr als die Hälfte ihres Umsatzes in Z.____ mit hauswirtschaftlichen Dienstleistungen (act. 14/7). Im Jahr 2013 hat sie 26 Kundenaufträge und im Jahr 2014 bis 21. November 37 Kundenaufträge neu abgeschlossenen (act. 13). In Anbetracht der Anzahl neu abgeschlossener Kundenverträge und der Umsatzanteile der hauswirtschaftlichen Dienstleistungen ist offensichtlich, dass wenigstens zehn der neu abgeschlossenen Verträge jeweils auch hauswirtschaftliche Leistungen im nichtmedizinischen betreffen. Die Verleihfähigkeit der Rekurrentin erfüllt damit auch das Kriterium der Regelmässigkeit. Die Vorinstanz nahm daher zurecht an, die Rekurrentin setze ihr Personal regelmässig und mit der Absicht ein, Gewinn zu erzielen.

4.2 Im Ergebnis erfüllt die Rekurrentin sowohl das Kriterium der Gewinnabsicht bzw. der Regelmässigkeit als auch das Umsatzkriterium von



Fr. 100'000.-. Nach dem Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 AVV liegt Gewerbsmässigkeit schon bei Erfüllung eines der beiden Kriterien vor. Die Tätigkeit der Rekurrentin erfüllt damit zweifellos die Gewerbsmässigkeit im Sinn des AVG.

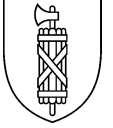
5. Schliesslich rügt die Rekurrentin, auf öffentliche Spitex-Unternehmen werde die Bewilligungspflicht nicht angewendet. Damit liege eine Ungleichbehandlung vor.

Der aus Art. 8 der Bundesverfassung (SR 101; abgekürzt BV) folgende Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln ist (vgl. z.B. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Auflage, Zürich 2016 Rz. 572). Eine Gleichbehandlung der Rekurrentin mit öffentlichen Spitex-Unternehmen ist mit anderen Worten nur geboten, wenn die Tätigkeit der Rekurrentin im Hinblick auf die für die Bewilligungspflicht nach AVG relevanten Tatbestandsmerkmale identisch mit der Tätigkeit von öffentlichen Spitex-Unternehmen ist.

Anders als bei der Tätigkeit der Rekurrentin, die auch nicht kassenpflichtige, hauswirtschaftliche Leistungen anbietet, teilweise im 24-Stunden-Betrieb (vgl. Webseite von A.____AG), bleiben Angestellte von öffentlichen Spitex-Organisationen typischerweise in die öffentliche Spitex-Organisation eingegliedert und erhalten für ihre einzelnen Einsätze in den verschiedenen Haushalten detaillierte Anweisungen hinsichtlich der Art und Weise der Arbeitsausführung direkt von der Spitex-Organisation. Angestellte öffentlicher Spitex-Organisationen sind daher typischerweise alleine unterwegs, arbeiten unbeaufsichtigt und sehr autonom, und zwar für einzelne Stunden in verschiedenen privaten Haushalten von Klienten, um im Rahmen dieser Einsätze – oft in minutengenaue Zeiterfassung – kassenpflichtige Leistungen zu erbringen (vgl. die beiden Urteile des Bundesgerichtes 2C_543/2014 vom 26. November 2014 E. 4.5.2 und 2C_356/2012 vom 11. Februar 2013 E. 4.3.2). Die von der Rekurrentin angebotenen hauswirtschaftlichen Leistungen unterscheiden sich daher massgeblich von den Leistungen, die öffentliche Spitex-Organisationen anbieten, weshalb sich die Rekurrentin nicht auf Art. 8 BV berufen kann.

6. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Rekurrentin mit den von ihr angebotenen hauswirtschaftlichen Leistungen bewilligungspflichtigen Personalverleih betreibt. Sie erfüllt ausserdem die in Art. 29 Abs. 1 AVV aufgestellten Kriterien der Gewerbsmässigkeit. Der Rekurs erweist sich insofern als unbegründet und ist abzuweisen.

7. Nach Art. 95 Abs. 1 VRP hat in Streitigkeiten derjenige Beteiligte die Kosten zu tragen, dessen Begehren ganz oder teilweise abgewiesen werden. Nach Nr. 10.01 des Gebührentarifs für die Kantons- und Gemeindever-



waltung (sGS 821.5) ist die Entscheidgebür auf Fr. 1'500.-- festzusetzen. Entsprechend dem Ausgang des Rekursverfahrens sind die amtlichen Kosten der Rekurrentin aufzuerlegen. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- ist anzurechnen. Begehren um Ersatz der ausseramtlichen Kosten wurden keine gestellt.

Entscheid

1. Der Rekurs der A.____AG wird abgewiesen.
2. Die Gebühr für die amtlichen Kosten wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt und der A.____AG auferlegt. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- wird daran angerechnet.
3. Es werden keine ausseramtlichen Kosten entschädigt.

VOLKSWIRTSCHAFTSDEPARTEMENT
DES KANTONS ST.GALLEN
Der Vorsteher

Benedikt Würth
Regierungspräsident

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann nach Art. 59^{bis} VRP innert 14 Tagen seit Eröffnung Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons St.Gallen (Spisergasse 41, 9001 St.Gallen) erhoben werden.