

Urteilsbesprechungen/Commentaires d'arrêts

Arbeitsvermittlung

**Besprechung des Urteils des Verwaltungsgerichts Basel-Stadt vom 14. April 2015
(VD.2014.149)**

Dr. Michael Kull, Rechtsanwalt

I. Entscheid

Der Wirteverband Basel-Stadt betreibt im Internet unter der Adresse www.gastro-express.ch eine spezialisierte Inserate-Seite für die Gastronomie- und Hotelleriebranche. Neben den Sparten Immobilien und Marktplatz betrifft der Schwerpunkt der Inserate das Jobportal.

Das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) stellte mit Verfügung vom 15.5.2013 fest, dass der Wirteverband aufgrund der von ihm unter www.gastro-express.ch betriebenen Jobbörse unter die Bewilligungspflicht für private Arbeitsvermittlung falle, und verpflichtete diesen, das hierfür vorgesehene Bewilligungsgesuch einzureichen. Den gegen diese Verfügung erhobenen Rekurs wies das Departement für Wirtschaft, Soziales und Umwelt ab. Der Wirteverband erhob dagegen Rekurs, den das Präsidentialdepartement dem *Verwaltungsgericht* zum Entscheid überwies. Dieses wies den Rekurs mit folgender Begründung ab:

2.1. Strittig ist unter den Parteien, ob der Rekurrent für die im Internet unter www.gastro-express.ch betriebene Jobplattform eine Betriebsbewilligung gemäss Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) braucht. Nach dieser Bestimmung benötigt eine Betriebsbewilligung des kantonalen Arbeitsamtes, «wer regelmässig und gegen Entgelt im Inland Arbeit vermittelt, indem er Stellensuchende und Arbeitgeber zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführt (Vermittler)». In Konkretisierung dieser Bestimmung gilt nach Art. 1 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV; SR 823.111) als Vermittler, wer «mit Stellensuchenden und mit Arbeitgebern Kontakte hat und beide Parteien nach der Durchführung eines Auswahlverfahrens miteinander in Ver-

bindung bringt» (lit. a); wer «mit Stellensuchenden und mit Arbeitgebern Kontakte hat und beide Parteien miteinander in Verbindung bringt, indem er der anderen Partei Adresslisten übergibt» (lit. b); wer «nur mit Stellensuchenden Kontakte hat und ihnen nach der Durchführung eines Auswahlverfahrens Adressen von Arbeitgebern übergibt, die er sich ohne Kontakte mit diesen beschafft hat» (lit. c); wer «besondere Publikationsorgane herausgibt, die nicht mit einem journalistischen Hauptteil in Zusammenhang stehen und in denen mit Adressen von Stellensuchenden oder Arbeitgebern Handel getrieben wird» (lit. d) und wer «Stellensuchende rekrutiert und mit einem Vermittler in Kontakt bringt oder ihm zugeführte Stellensuchende mit Arbeitgebern zusammenführt» (lit. e).

2.2. Zur weiteren Konkretisierung der Bewilligungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 1 AVG bezog sich die Vorinstanz auf die Weisungen und Erläuterungen zum Arbeitsvermittlungsgesetz, zur Arbeitsvermittlungsverordnung und der Gebührenverordnung zum Arbeitsvermittlungsgesetz des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO-Weisungen). Dem hält der Rekurrent entgegen, dass SECO-Weisungen keine gesetzliche Grundlage seien und den massgeblichen gesetzlichen Grundlagen nicht widersprechen dürften. Die Auslegung von Art. 1 lit. b AVV durch das SECO sei vom klaren Wortlaut der Bestimmung nicht gedeckt.

2.2.1. Departementale Weisungen stellen sogenannte Verwaltungsverordnungen dar, welche eine einheitliche Rechtsanwendung durch die Verwaltung gewährleisten sollen (BGer 2P.108/2005 vom 5.7.2006 E.1.2; VGE VD.2012.117 vom 26.9.2012 E. 3.2.2; VGE 666/2005 und 713/2005, beide vom 24.1.2007, jeweils E. 2,4 = BJM 2009 S. 161 ff.). Vorliegend folgt die Zuständigkeit des SECO zum Erlass der Weisungen aus Art. 31 Abs. 2 AVG, welcher das SECO beauftragt, den Vollzug des Gesetzes durch die Kantone

zu beaufsichtigen. Dazu gehört auch die Gewährleistung einer einheitlichen, gleichmässigen und sachrichtigen Praxis beim Gesetzesvollzug, welcher mit der Verwaltungsverordnung sichergestellt werden soll (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich 2010, N 124). Verwaltungsgerichte sind in der Regel im Unterschied zur Verwaltung im Grundsatz an Verwaltungsverordnungen nicht gebunden. Sie berücksichtigen sie aber im Interesse der Gleichbehandlung so weit, als sie einer dem Einzelfall gerecht werdenden Auslegung der massgebenden gesetzlichen Bestimmungen entsprechen (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., N 128).

2.2.2. Gemäss den SECO-Weisungen ist der Begriff des Zusammenführens im Rahmen einer Vermittlung sehr weit gefasst. Gemeint sei jedes finale Handeln, mit dem der einen Partei die Information übermittelt werde, dass eine oder mehrere andere Parteien an einem Vertragsabschluss interessiert seien. Als Zusammenführen gelte auch die Übergabe oder Zustellung von einzelnen Adressen, Postfach-Anschriften, Chiffre-Inseraten, Telefonnummern oder kompletten Adresslisten von Interessenten, mittels derer der Kontakt zum potenziellen Vertragspartner hergestellt werden könne. «Ein Zusammenführen» liege «insbesondere auch bereits vor, wenn mittels Internet-Suchmaschinen die Möglichkeit gegeben» werde, «dass ein Stellensuchender seine Personalien und ein Arbeitgeber eine freie Stelle inserieren» könnten «und so beide voneinander Kenntnis» erhielten. Dabei spiele «es keine Rolle, ob die Zuweisung von einander entsprechenden Interessenten durch die Personen selbst, durch Mitarbeiter des Home-Page-Betreibers oder automatisch durch einen Computer» erfolge. Internet Vermittlung sei immer auch Arbeitsvermittlung im Sinne des AVG, ob das Computersystem die Einträge von Stellensuchenden und Arbeitgeber zusammenführe oder ob auf der Internetseite Stellensuchende und Arbeitgeber bloss «die Angaben des Gegenübers einschauen (...) und so zusammenfinden» könnten (SECO-Weisungen Ziff. 1 A.1.c und d, S. 14 f.).

2.3. Diese Auslegung der massgeblichen gesetzlichen Bestimmungen durch das SECO ist nicht zu beanstanden.

2.3.1. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (BGE 134 II 249 E. 2.3 S. 252) bildet der Wortlaut der Bestimmung den Ausgangspunkt jeder Auslegung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene

Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Dabei dienen die Gesetzesmaterialien als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (vgl. BGE 133 V 9 E. 3.1 S. 10 f. mit Hinweisen). Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen. Vielmehr muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden (BGE 128 I 34 E. 3 S. 40), welche in der Praxis oft im Vordergrund steht. Die historische Auslegung ist insbesondere bei jungen Gesetzen von Bedeutung. Zu beachten ist auch die systematische Auslegung (*Häfelin/Müller/Uhlmann*, a.a.O., N 216).

2.3.2. Nach dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 1 AVG ist der Anwendungsbereich der Bewilligungspflicht für die private Arbeitsvermittlung weit gesteckt und umfasst ganz allgemein Vermittler, die Stellensuchende sowie Arbeitgeber regelmässig und gegen Entgelt zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführt. Aus Art. 3 Abs. 4 AVG folgt, dass darunter auch Arbeitsvermittlungsstellen beruflicher und gemeinnütziger Institutionen fallen. Diesen weiten Anwendungsbereich hat der Bundesrat gestützt auf Art. 3 Abs. 5 AVG in Art. 1 AVV weiter konkretisiert. Bereits aus den Materialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit Art. 2 AVG in der Fassung vom 6.10.1989 den Grundsatz verfolgt hat, dass alle Formen der regelmässigen Arbeitsvermittlung einer Bewilligung bedürften. Damit sollte «zum Schutz der Arbeitnehmer» und zur Gewährleistung einer «fachlich qualifizierten und rechtlich geregelten Vermittlungstätigkeit» insbesondere auch «die bisher dem AVG nicht unterstellte Arbeitsvermittlung beruflicher und gemeinnütziger Organisationen bewilligungspflichtig» werden. Zur Anwendbarkeit der Bestimmung genüge ein Vermittlungsvertrag mit dem wirtschaftlichen Ziel, «zwischen Stellensuchendem und Arbeitgeber einen Vertragsabschluss herbeizuführen» (Botschaft zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Perso-

nalverleih vom 27.11.1985, BBl 1985 III S. 556 ff., vgl. auch S. 596). Dabei ging es insbesondere auch um den Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vor hohen Vergütungen für die Tätigkeit der Vermittler (BBl 1985 III S. 587).

2.3.3. Daraus folgt, dass die Berufung des Rekurrenten auf die Erfüllung einer «sozialen Tätigkeit im Interesse der Allgemeinheit» einer Bewilligungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 1 AVG nicht entgegensteht. Zu prüfen gilt es vielmehr, ob der Rekurrent mit der Internetplattform www.gastro-express.ch im Sinne von Art. 1 lit. a–c AVV Kontakte mit Stellensuchenden hat oder ein Publikationsorgan herausgibt, in dem mit Adressen von Stellensuchenden oder Arbeitgebern Handel getrieben wird.

2.3.4. Auf der Internetplattform www.gastro-express.ch können Arbeitgeber und Stellensuchende ihre Stellengesuche aufgeben. Dabei können die Inserenten ihre Kontaktdaten angeben, sodass Interessierte sich direkt an sie wenden können, oder aber eine Chiffre wählen. In diesem Falle erfolgt die Kontaktnahme der Interessenten über die Plattform. Daraus folgt, dass die Plattform und damit der Rekurrent als Herausgeber des Gastro-Express (vgl. www.gastro-express.ch/dienste/impressum.html) im Falle von Chiffre-Inseraten Kontakt mit Stellensuchenden und Arbeitgebern hat. Er bringt beide Parteien miteinander in Verbindung. Es erfolgt aber kein Auswahlverfahren, sodass der Tatbestand von Art. 1 lit. a AVV nicht gegeben ist. Erfüllt ist in diesem Fall aber der Tatbestand von Art. 1 lit. b AVV, übergibt der Rekurrent den Inserenten doch die Bewerbungen und damit eine Adressliste der Interessierten. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend ausführt, kann der entsprechende Kontakt wie in casu auch elektronisch erfolgen.

Schliesslich handelt es sich bei www.gastro-express.ch um ein besonderes Publikationsorgan. Dessen Herausgeber gilt gemäss Art. 1 lit. d AVV als Vermittler, wenn dieses nicht mit einem journalistischen Hauptteil in Zusammenhang steht und damit mit Adressen von Stellensuchenden oder Arbeitgebern Handel getrieben wird. Zwar ist das Inserat für Stellensuchende kostenlos; Inserate von Arbeitgebern sind aber kostenpflichtig. Damit treibt der Rekurrent in diesem Falle Handel mit Adressen von Arbeitgebern und im Falle von Chiffre-Inseraten mit Adressen von Arbeitgebern und Stellensuchenden.

Der Rekurrent macht aber geltend, dass er in regelmässigen Abständen unter der Bezeichnung «baizer.ch» eine Zeitschrift herausgibt, in der in prominenter Weise auf die Internetplattform www.gastro-express.ch hingewiesen werde. Sie sei ein wesentlicher Bestandteil dieser Zeitschrift. Auch aus der Inserategestaltung und der Platzierung in der Zeitschrift «baizer.ch» gehe deutlich hervor, dass es sich um eine Plattform handle, die vom Rekurrenten betrieben werde. Gleiches gelte auch für die Partnerschaft mit dem Gastrojournal. Auch dort würden auf prominente Art wöchentlich bei jeder Ausgabe Stellenangebote der Jobbörse publiziert. Dies mache deutlich, dass ein Bezug zur journalistischen Tätigkeit bestehe. Die Internetplattform sei daher absolut vergleichbar mit einer Onlinejobbörse einer anderen Zeitung resp. Stelleninseraten, die in gedruckter Form in Zeitungen erschienen.

Festzustellen ist aber, dass die Internetplattform www.gastro-express.ch selber keinen journalistischen Hauptteil enthält. Als solcher kann auch die Zeitschrift «Gastrojournal» nicht gelten, wird sie doch von der GastroSuisse und mithin von einem anderen Herausgeber publiziert. Daran ändert auch nichts, dass der Rekurrent eine Kantonalsektion der GastroSuisse ist. Eine Partnerschaft mit einem journalistischen Erzeugnis kann nicht einen eigenen journalistischen Hauptteil zum Ausschluss der Bewilligungspflicht in Anwendung von Art. 1 lit. d AVV ersetzen. Demgegenüber wird die Internetseite www.baizer.ch ebenfalls vom Rekurrenten betrieben. Sie enthält täglich aufbereitete Beiträge zu gastronomisch interessierenden Themen. Auf dieser Seite findet sich auch ein direkter Link auf die Seite www.gastro-express.ch. Unter Hinweis auf die SECO-Weisungen macht nun aber die Vorinstanz geltend, bei einem eigenständigen Auftritt einer Inserateplattform bezüglich Internetadresse und Layout sei von einer Bewilligungspflicht auszugehen.

Vorliegend ist festzustellen, dass die Seiten www.baizer.ch und www.gastro-express.ch nicht nur einen bezüglich Layout und Internetadresse eigenständigen Auftritt haben. Wesentlich erscheint, dass die Stellenvermittlungsplattform auf www.gastro-express.ch den redaktionellen Teil der Seite www.baizer.ch mengenmässig deutlich überwiegt. Auch bei einer Gesamtbetrachtung der beiden Internetportale kann nicht davon gesprochen werden, dass das journalistische Erzeugnis auf www.baizer.ch den Haupt-

zweck der beiden Auftritte bildet. Berücksichtigt man einerseits das Ziel des Gesetzgebers, mit dem heute geltenden AVG auch die Stellenvermittlung von Berufsverbänden der Bewilligungspflicht zu unterstellen, und andererseits die notorische Tatsache, dass Berufsverbände eigene Publikationsorgane unterhalten, so würde die Regelung ins Leere laufen, wenn jeder Zusammenhang mit einem Publikationsorgan für die Anwendung von Art. 1 lit. d AVV genügen und eine Bewilligungspflicht ausschliessen würde.

II. Kommentar

1. Vorbemerkungen

Der vorliegende Entscheid enthält einige diskussionswürdige Ausführungen, welche nachfolgend kurz behandelt werden. Das Urteil sollte von den Betreibern von Homepages und Internetplattformen als Anregung aufgenommen werden, ihren Auftritt einlässlich zu prüfen, um vor unangenehmen Überraschungen, wie sie der Rekurrent im vorliegenden Fall erlebte, verschont zu bleiben. Diese Aufmerksamkeit sollte grundsätzlich immer dann bestehen, wenn eine Plattform geboten wird, welche Stellensuchende und Arbeitgeber zusammenführt, auch wenn dies aus eigener Optik als untergeordnete Leistung im Gesamtkontext angesehen wird.

2. Anwendbare Verwaltungsverordnungen

Das Bundesgericht (vgl. hierzu bspw. BGE 2C_543/2014 und 2C_356/2012) wie auch das Verwaltungsgericht Basel-Stadt im vorliegenden Fall wenden in konstanter Rechtsprechung die publizierten Richtlinien des SECO an und stellen diese faktisch gesetzlichen Bestimmungen gleich. Dies erscheint nicht unproblematisch, da das SECO als Bewilligungsbehörde eigene Interessen verfolgt und damit in die Lage versetzt wird, die eigenen Spielregeln zu bestimmen. Die Tendenz des SECO geht dabei klar dahin, aus Gründen des Sozialschutzes Grenzfälle dem AVG zu unterstellen (vgl. *Michael Kull/Eva-Maria Sommer-Bäni*, Personalverleih oder einfacher Auftrag?, in: AJP 2016, 778 ff. mit weiteren Hinweisen). Als Grundlage hierfür wird im vorliegenden Entscheid Art. 31 Abs. 2 AVG angerufen, welcher die Beaufsichtigung des Vollzugs dem SECO zuordnet. Dabei ist

offenkundig, dass ein konkreter Eingriff in kantonale Verfahren absolut unzulässig ist (vgl. Behandlung eines entsprechenden Urteils in *Eva-Maria Bäni*, SHK AVG Art. 31 N 7 ff.). Der Gesetzgeber meinte mit der Beaufsichtigung des Vollzugs wohl eher den Austausch mit den kantonalen Ämtern und der allfälligen Abgabe von Richtlinien an diese, nicht jedoch die Schaffung von allgemeinverbindlichen Auslegungsregeln, die bei der eigenen Handhabung von Fällen als Rechtsquellen angerufen werden können. Damit geht das Verwaltungsgericht insofern einig, als eine Bindung der Gerichte an eine solche Art von Verwaltungsverordnungen mit der Anführung von einschlägiger Literatur zwar negiert wird, diese dann aber gleichwohl unbesehen angewendet werden. Das Verwaltungsgericht hält lapidar mit Verweis auf die allgemeinen Auslegungsregeln fest, die Interpretation des SECO sei «*nicht zu beanstanden*». Als Rechtfertigungsgrund angerufen werden dabei Interessen der Gleichbehandlung.

Der unbefangene Leser dieses Entscheides wie auch der vorerwähnten Urteile des Bundesgerichts kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass jeweils aus einer deduktiven Sichtweise heraus die Weisungen des SECO als gesetzessgleiche Bestimmungen Anwendung fanden. Nur weil der Rekurrent wie auch die Beschwerdeführer vor Bundesgericht diese unbesehene Anwendung jeweils rügten, wurde dieser Punkt wohl überhaupt thematisiert. In einer Vielzahl anderer Fälle wird ohne eine derartige Prüfung direkt auf die Weisungen abgestellt und diese damit Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen gleichgestellt.

3. Wann untersteht eine Internetvermittlung dem AVG?

a) Gesetzliche Regelung

Auslegungsbedürftig waren im vorliegenden Fall insbesondere Art. 2 Abs. 1 AVG und damit auch Art. 1 bis 3 der Arbeitsvermittlungsverordnung (AVV). Danach untersteht einer Bewilligungspflicht, wer «*regelmässig und gegen Entgelt Stellensuchende und Arbeitgeber zum Abschluss von Arbeitsverträgen zusammenführt*».

Die Verordnung definiert den Vermittler nebst anderen Tätigkeiten durch die Herausgabe von Publikationsorganen ohne Zusammenhang zu einem jour-