



Abteilung II
B-753/2016

Urteil vom 20. September 2017

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Pietro Angeli-Busi, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Myriam Senn.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Daniel Iseli,
Rechtsanwalt und Notar, KSWB,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Vermittlung und Verleih PAVV,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bewilligung zur grenzüberschreitenden Arbeitsvermittlung
und zum grenzüberschreitenden Personalverleih.

Sachverhalt:**A.**

A._____ mit Sitz in (...) (nachfolgend: Beschwerdeführerin) wurde am (...) im Handelsregister eingetragen. Zweck der Gesellschaft ist insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich des Personalverleihs und der Personalvermittlung. Am (...) 2013 erteilte ihr die zuständige Behörde des Kantons (...), die (...), die Bewilligung zum Personalverleih und zur privaten Arbeitsvermittlung im Inland.

B.

Mit Gesuch vom 12. Januar 2015 beantragte die Beschwerdeführerin die Erteilung der Bewilligung zur grenzüberschreitenden privaten Arbeitsvermittlung sowie zum grenzüberschreitenden Personalverleih. Die kantonale Behörde leitete das Gesuch am 24. November 2015 mit einem positiven Antrag an das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) weiter.

C.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2016 erteilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Bewilligung zur grenzüberschreitenden Arbeitsvermittlung sowie zum grenzüberschreitenden Personalverleih. Unter Ziffer 4 der Verfügung hielt sie aber fest, dass die Beschwerdeführerin Personal weder an die B._____, mit Sitz in (...), noch an die C._____, ebenfalls mit Sitz in (...), verleihen dürfe.

D.

Mit Beschwerde vom 5. Februar 2016 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Ziffer 4 der Verfügung vom 6. Januar 2016. Es sei ihr zu gestatten, Personal an die B._____ und C._____ zu verleihen und zu vermitteln. Eventualiter sei festzustellen, dass die Einschränkung in Ziffer 4 der Verfügung nur auf den grenzüberschreitenden Personalverleih sowie die grenzüberschreitende Personalvermittlung anwendbar sei.

E.

Mit Vernehmlassung vom 7. April 2016 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

F.

Mit Eingabe vom 14. April 2016 beantragt die Beschwerdeführerin, die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 7. April 2016 sei samt allen Beilagen aus den Akten zu weisen, weil sie nicht innert der durch die Instruktionsrichterin

angesetzten Frist eingereicht worden sei und die Voraussetzungen für eine Fristwiederherstellung nicht gegeben seien. Ausserdem sei ihr diesbezüglich das rechtliche Gehör nicht gewährt worden.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 26. April 2016 wies die Instruktionsrichterin diesen Antrag ab.

H.

Mit Replik vom 11. Mai 2016 hält die Beschwerdeführerin an ihren Beschwerdebegehren vollumfänglich fest.

I.

Mit Duplik vom 6. Juni 2016 hält die Vorinstanz an ihrer Vernehmlassung fest.

J.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Aktenstücke wird – soweit entscheidwesentlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Der Entscheid der Vorinstanz vom 6. Januar 2016 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist Beschwerdeinstanz gegen Verfügungen, welche von Anstalten des Bundes erlassen werden, worunter die Vorinstanz fällt (Art. 31, 33 Bst. e VGG).

1.2 Als Adressatin der angefochtenen Verfügung ist die Beschwerdeführerin zur Beschwerde legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Die Beschwerdeführerin beantragt, es sei ihr zu gestatten, Personal an die B. _____ und C. _____ zu verleihen und zu vermitteln.

Streitgegenstand in einem Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht kann nur sein, was bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war, oder allenfalls hätte sein sollen, und was gemäss der Dispositionsmaxime zwischen den Parteien noch strittig ist. Im Laufe des Rechtsmittelverfahrens kann sich der Streitgegenstand verengen bzw. um

nicht mehr strittige Punkte reduzieren, grundsätzlich jedoch nicht erweitern oder inhaltlich verändern (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2).

In der angefochtenen Verfügung erteilte die Vorinstanz der Beschwerdeführerin die Bewilligung zur grenzüberschreitenden Arbeitsvermittlung und zum grenzüberschreitenden Personalverleih, schränkte diese Bewilligung aber insofern teilweise ein, als sie der Beschwerdeführerin untersagte, Personal an die B._____ oder an die C._____ zu verleihen (Dispositiv Ziff. 4). Ein Verbot, Personal an diese Unternehmen zu vermitteln, enthält die angefochtene Verfügung dagegen nicht.

Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung darlegt, beabsichtigte sie, der Beschwerdeführerin auch die Vermittlung von Personal an die B._____ und C._____ zu verbieten, unterliess es aber versehentlich, ein derartiges Verbot in das Dispositiv ihrer Verfügung aufzunehmen. Die Frage einer allfälligen Auslegung eines versehentlich unvollständigen oder fehlerhaften Dispositivs mit Hilfe der Begründung (vgl. BGE 132 V 74 E. 2) kann sich im vorliegenden Fall nicht stellen, da die Verfügung nicht begründet war. War in der angefochtenen Verfügung kein Verbot der Vermittlung von Personal an die B._____ und C._____ enthalten, so kann diese Frage auch nicht Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens sein. Diesbezüglich ist auf die Beschwerde daher nicht einzutreten.

1.4 Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 50 Abs. 1, Art. 52 Abs. 1 und Art. 44 ff. VwVG).

1.5 Auf die Beschwerde ist daher im dargelegten Umfang einzutreten.

2.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin vorab eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör durch die Vorinstanz. Sie habe nicht damit rechnen müssen, dass die Vorinstanz das Gesuch nur unter der in Frage stehenden Auflage bewilligen würde, zumal die kantonale Bewilligungsbehörde diesbezüglich keine Bedenken gehabt habe. Sie hätte daher Gelegenheit erhalten müssen, zu ihrem Verhältnis zur B._____ sowie zur C._____ Stellung zu nehmen. Weiter rügt sie eine ungenügende Begründung von Ziffer 4 der Verfügung. Die Vorinstanz verweise auf Gesetzesartikel, ohne deren Anwendung auf den konkreten Sachverhalt zu begründen. Es werde nicht aufgezeigt, inwiefern die Verbindung der A._____, B._____ - und C._____ -Unternehmungen untereinander

sich negativ auf die Stellensuchenden auswirken sollte. Aus der Verfügung ergebe sich auch nicht, ob die Einschränkung in Ziffer 4 lediglich für den grenzüberschreitenden Personalverleih oder auch für den Verleih im Inland gelten sollte, der von der kantonalen Behörde bereits ohne entsprechende Einschränkung bewilligt worden sei. Die Vorinstanz sei insofern auch den Minimalanforderungen an ihre Begründungspflicht nicht nachgekommen. Diese Mängel könnten und sollten zwar im Rechtsmittelverfahren geheilt werden, doch sei dem Begründungsmangel im Kostenpunkt Rechnung zu tragen.

Die Vorinstanz anerkennt, dass sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt habe und ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. Die angefochtene Verfügung sei versehentlich als allgemeine Bewilligungsverfügung, mit welcher eine ersuchte Bewilligung vollständig erteilt werde, ergangen. Bei derartigen Bewilligungen könne auf eine vorgängige Gewährung des rechtlichen Gehörs und auf eine Begründung verzichtet werden. Sie hält aber fest, dass auch eine schwerwiegende Verletzung des Gehörsanspruchs und der Begründungspflicht durch die Rechtsmittelinstanz geheilt werden könnte. Die Verfügung sei zu Recht ergangen und sie würde im Falle einer Rückweisung nicht anders entscheiden.

2.1 Aus der Garantie des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) wird der Anspruch abgeleitet, dass die Behörde die Vorbringen der in ihrer Rechtsstellung Betroffenen sorgfältig und ernsthaft prüft und beim Entscheid berücksichtigt. Folge dieser Prüfungspflicht ist insbesondere die behördliche Begründungspflicht (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Der Bürger soll wissen, warum die Behörde entgegen seinem Antrag entschieden hat. Zudem kann durch die Verpflichtung zur Offenlegung der Entscheidungsgründe verhindert werden, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt. Die Begründungspflicht erscheint so nicht nur als ein bedeutsames Element transparenter Entscheidungsfindung, sondern dient zugleich auch der wirksamen Selbstkontrolle der Behörde (vgl. 112 Ia 107 E. 2b, mit weiteren Hinweisen). Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen. Sie muss jedenfalls so abgefasst sein, dass die Betroffenen den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Das ist nur möglich, wenn sich sowohl die Betroffenen als auch die Rechtsmittelinstanzen über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid

stützt (BGE 143 III 65 E. 5.2; 142 III 433 E. 4.3.2; 136 I 229 E. 5.2; 134 I 83 E. 4.1). Je grösser der Spielraum, welcher der Behörde infolge Ermessens oder unbestimmter Rechtsbegriffe eingeräumt ist, und je stärker ein Entscheid in die individuellen Rechte eingreift, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung eines Entscheids zu stellen (BGE 142 II 324 E. 3.6; 129 I 232 E. 3.3; 112 Ia 107 E. 2b, je mit weiteren Hinweisen).

2.2 Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin keine Gelegenheit einräumte, sich zur Frage der umstrittenen Einschränkung der Bewilligung vorgängig zu äussern, und dass sie diese Einschränkung nicht begründet hat.

2.3 Nach der Rechtsprechung kann eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Darüber hinaus ist von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem – der Anhörung gleichgestellten – Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2, je mit weiteren Hinweisen).

In der Lehre wird teilweise die Auffassung vertreten, Heilungen von Gehörsverletzungen seien abzulehnen bzw. wesentlich zurückhaltender zuzulassen, als dies in der Praxis effektiv geschieht. Begründet wird diese Auffassung einerseits damit, dass der Instanzenzug dadurch verkürzt werde und der Betroffene sich gegenüber einem negativen Entscheid einer Behörde durchsetzen müsse. Vor allem aber mache ihn die Behörde durch die Gehörsverweigerung zum Verfahrensobjekt, statt ihn als Partner zu behandeln. Dies könne nicht geheilt werden, sondern müsse sanktioniert werden. Das Nachschieben von Motiven im Beschwerdeverfahren genüge dafür in der Regel nicht, weil damit der Zweck der Begründungspflicht nicht erfüllt werde (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1178 S. 253; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, Rz. 41 ff. S. 291 f.; WALDMANN/BICKEL, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Rz. 111 ff. S. 660 ff.).

2.4 Wie es sich diesbezüglich im vorliegenden Fall verhält, kann offen bleiben, da die Beschwerdeführerin selbst beantragt, die Sache sei nicht einfach zu kassieren, sondern die Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör sei im Rechtsmittelverfahren zu heilen. Dies ist erfolgt: Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, in einem zweiten Schriftenwechsel zur nachgeschobenen Begründung durch die Vorinstanz Stellung zu nehmen.

3.

Die angefochtene Verfügung datiert vom 6. Januar 2016. Das Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 6. Oktober 1989 (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11) wurde seither teilweise revidiert. Die letzten Änderungen traten am 1. Januar 2017 in Kraft. Sie betreffen aber keine der im vorliegenden Fall relevanten Bestimmungen.

Das Arbeitsvermittlungsgesetz bezweckt unter anderem die Regelung der privaten Arbeitsvermittlung und des Personalverleihs sowie den Schutz der Arbeitnehmer, welche diese in Anspruch nehmen (Art. 1 Bst. a und c AVG). Für deren Ausübung ist eine Bewilligung notwendig (Art. 2 AVG).

Der Arbeitnehmerschutz war denn auch der entscheidende Grund, weshalb sich der Gesetzgeber dazu entschied, neben der Arbeitsvermittlung auch den Personalverleih gesetzlich zu regeln und dafür ebenfalls eine Bewilligungspflicht einzuführen (Art. 12 AVG; vgl. Botschaft des Bundesrats zu einem revidierten Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 27. November 1985, BBl 1985 III 556, 557, 580 f.; GEISER/MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. Aufl. 2015, Rz 177 ff. S. 68 ff.; MICHAEL KULL, in: Arbeitsvermittlungsgesetz [AVG], 2014, Art. 12 AVG N 1 ff., 68 ff. S. 54 ff., 70 ff.).

Der Personalverleih ist definiert als ein Dreiecksverhältnis zwischen Arbeitgeber (Verleiher), Einsatzbetrieb (Entleiher) und Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 AVG), wobei der Arbeitgeber (Temporärorganisation, Regiebetrieb, Verleiher) von ihm angestellte Arbeitnehmer anderen Arbeitgebern (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig für Arbeitsleistungen zur Verfügung stellt. Dabei besteht ein Arbeitsvertrag zwischen dem Verleiher und dem Arbeitnehmer (Art. 19 AVG), ein Verleihvertrag zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb (Art. 22 AVG) und gar kein Vertrag zwischen dem Arbeitnehmer und dem Einsatzbetrieb (vgl. Urteil des BVGer B-434/2015 vom 18. Mai 2016, E.2.3.2; Botschaft, a.a.O., 565; GEISER/MÜLLER, a.a.O., S. 67 ff.; KULL, a.a.O., Art. 12 AVG N 1 ff. S. 54 ff.).

Für die Bewilligungserteilung zum Personalverleih auf dem Gebiet der Schweiz sind die Kantone zuständig. Die Bewilligungen werden durch den Sitzkanton des Verleihbetriebs erteilt (Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 AVG). Für den Personalverleih ins Ausland ist zusätzlich zur kantonalen Betriebsbewilligung eine Bewilligung der Vorinstanz notwendig (Art. 2 Abs. 3 und Art. 12 Abs. 2 AVG; Art. 1 ff. und Art. 26 ff. der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih vom 16. Januar 1991 [Arbeitsvermittlungsverordnung, AVV, SR 823.111]).

Als eidgenössische Arbeitsmarktbehörde beaufsichtigt die Vorinstanz den Vollzug des Arbeitsvermittlungsgesetzes durch die Kantone und fördert die Koordination der öffentlichen Arbeitsvermittlung unter ihnen (Art. 31 Abs. 1-2 AVG). Zudem beaufsichtigt sie den Vollzug der Verordnung (Art. 62 AVV).

4.

Die Vorinstanz begründet die von ihr verfügte Einschränkung der Bewilligung zum grenzüberschreitenden Personalverleih in ihrer Vernehmlassung damit, dass ein Verleihbetrieb unabhängig von Betrieben sein müsse, an die er zu verleihen gedenke, weil die Interessen von Stellensuchenden ansonsten gefährdet sein könnten. Ein Verleihbetrieb suche normalerweise einen möglichst hohen Lohn auszuhandeln, um eine hohe Provision zu erhalten. Dies sei bei einer geschäftlichen Verbundenheit mit einem anderen Betrieb nicht mehr gewährleistet. Verleihene Arbeitnehmer hätten zudem tiefere Löhne als Festangestellte und sie seien unter anderem auch in Bezug auf die Kündigungsfristen und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder bei Unfall schlechter gestellt. Die Vorinstanz habe daher schon immer Bewilligungen verweigert, wenn der Verleihbetrieb nicht unabhängig von Betrieben gewesen sei, an die er zu vermitteln oder verleihen gedenke, oder die Bewilligung nur unter einer entsprechenden Auflage erteilt. Mit der Revision der AVV auf den 1. Januar 2014 sei in Art. 32 der neue Absatz 2 eingeführt worden, welcher im Sinne der Transparenz diese langjährige Vollzugspraxis zusätzlich abbilde. Es sei auch die Praxis, Bewilligungen allenfalls mit einer entsprechenden Auflage zu erteilen. Dies sei im Interesse der Gesuchstellerin. Vorliegend sei eine enge Zusammenarbeit der Beschwerdeführerin mit der B. _____ sowie der C. _____ festgestellt worden, womit die Auflage gerechtfertigt sei. Beim neuen zuständigen Mitarbeiter der kantonalen Behörde habe es bei der Erteilung der vorbehaltlosen Verleihbewilligung am Bewusstsein für die vorliegende Problematik gefehlt. Die kantonale Behörde habe denn auch bereits angekündigt, ihre

kantonalen Bewilligungen wiedererwägungsweise anzupassen. Im vorliegenden Fall seien die Interessen der Arbeitnehmer ohne Zweifel gefährdet und es wäre zu ihrem Vorteil, wenn sie durch einen unabhängigen Verleihbetrieb verliehen würden. Die angeführten Aussagen betroffener Arbeitnehmer würden eine mögliche Gefährdung nicht entkräften. Zudem wiesen die Aussagen von E._____ auf eine Monopolstellung der Firmengruppe, bestehend aus der Beschwerdeführerin, der B._____ und der C._____, zu Lasten der Mitkonkurrenten hin. Nach seinen Angaben mache der Anteil des geliehenen Personals ca. 50 % des gesamthaft eingesetzten Personals der Firmengruppe aus. Es sei daher für das Geschäftsergebnis wichtig, dass die Firmengruppe das Verleihgeschäft selber ausüben könne und so möglichst wenig Marge an die fremden Verleihbetriebe „verliere“. Indem damit in vielen Fällen darauf verzichtet werde, Festanstellungen vorzunehmen, sondern die benötigten Arbeitskräfte vorzugsweise über den „Inhouse-Verleiher“, die Beschwerdeführerin, zum Einsatz gebracht würden, werde das Betriebsergebnis zum Nachteil dieser Stellensuchenden bzw. Arbeitnehmer verbessert.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe elementare Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen nicht eingehalten. Der Sinn und Zweck der gesetzlichen Schutznorm werde durch ihren Verleih an die B._____ und die C._____ nicht tangiert. Mit der personellen Verbindung zwischen den drei Unternehmen liege keine Konstellation vor, die der Gesetzgeber habe verhindern wollen. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Stellensuchenden dadurch in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden sollten. Sie könne sich nicht zuletzt aufgrund der Konkurrenzsituation gar nicht leisten, ihre Kunden oder Angestellten in irgendeiner Weise zu benachteiligen. Sie werde trotz der personellen Verbindung zu den beiden anderen Unternehmen sämtlichen Anforderungen an einen unabhängigen Personalverleih gerecht. Ihre Angestellten erhielten je nach Einsatzbereich einen Lohn, der jeweils nachweislich über dem gesamtarbeitsvertraglich festgelegten Mindestlohn liege. Den beigelegten Arbeitsverträgen sei zudem zu entnehmen, dass die Angestellten der Beschwerdeführerin die gleichen Löhne erhielten wie die Festangestellten der B._____ auf der gleichen Lohnstufe und dass die Konditionen, zu welchen die Arbeitnehmer an die B._____ verliehen würden, denen der übrigen Kunden entsprächen. Insgesamt sei nicht ersichtlich, inwiefern sich ihre Verbindung zur B._____ in irgendeiner Weise nachteilig auf die Stellensuchenden oder die Arbeitgeber auswirken sollte. Sowohl die gesamtarbeitsvertraglich festgelegten Mindestlöhne als auch die fehlende Monopolstellung und so-

mit der faire Konkurrenzkampf mit anderen Personalverleihen stellten genügend Sicherheit dar, dass weder die Stellensuchenden noch die Arbeitgeber in irgendeiner Weise negativ beeinträchtigt würden. Es sei auch nachgewiesen, dass von ihr verliehene Arbeitnehmer keine tieferen Löhne hätten als Festangestellte. Im Sommer würde das benötigte zusätzliche Personal bei einem anderen Personalverleih bezogen werden, wenn kein Personal mehr bei ihr bezogen werden könne. Die Unterstellung, dass durch den „Inhouse-Verleiher“ das Betriebsergebnis zum Nachteil der Stellensuchenden verbessert werden solle, treffe nicht zu, denn sie bezahle nachweislich bessere Löhne als die Konkurrenz. Bei den von ihr verliehenen Arbeitnehmern handle es sich überwiegend um Stellensuchende, die gar nicht auf der Suche nach einer Festanstellung seien. In seinen Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen der AVV-Revision weise das SECO darauf hin, dass Art. 32 Abs. 2 AVV eine Kann-Vorschrift sei und die Bewilligungsbehörde daher im Einzelfall nach ihrem Ermessen entscheide. Im vorliegenden Fall lägen keine Argumente vor, die eine Einschränkung der Bewilligung rechtfertigen würden.

4.1 Art. 32 Abs. 2 AVV lautet: Eine Bewilligung kann verweigert werden, wenn der Gesuchsteller Arbeitnehmer an Einsatzbetriebe, von denen er nicht unabhängig ist, verleihen will.

Der Wortlaut dieser Bestimmung ist klar. Fehlt es an der Unabhängigkeit zwischen dem Verleiher und dem Einsatzbetrieb, so kann die Bewilligung verweigert oder insofern eingeschränkt werden, als der Verleih gegenüber dem betreffenden Einsatzbetrieb untersagt wird. Weitere Voraussetzungen als die fehlende Unabhängigkeit nennt Art. 32 Abs. 2 AVV nicht, auch stellt der Wortlaut keinen Zusammenhang zum voranstehenden Absatz dieses Artikels her.

In sachverhaltlicher Hinsicht sind im vorliegenden Fall die engen Beziehungen zwischen der Beschwerdeführerin, der B._____ und der C._____ offensichtlich. E._____ ist – bzw. war im Verfügungszeitpunkt – Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer aller drei Gesellschaften. Dass die Beschwerdeführerin von den beiden letzteren potentiellen Einsatzbetrieben nicht unabhängig war, ist somit nicht ernstlich bestreitbar.

Die Beschwerdeführerin rügt indessen, die diesem klaren Wortlaut von Art. 32 Abs. 2 AVV entsprechende Auslegung der Vorinstanz sei gesetz- und verfassungswidrig, weshalb in der Folge diese Frage zu prüfen ist.

4.2 Bei der Bewilligung für den Personalverleih handelt es sich um eine Polizeierlaubnis, weshalb ein Gesuchsteller bei Erfüllung der gesetzlich festgelegten Voraussetzungen Anspruch auf die Erteilung der Bewilligung hat (vgl. BBI 1985, a.a.O., S. 589 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2661 f. S. 600; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., Rz. 24 ff. S. 421 ff.).

4.3 Das Recht, bei der Ausübung einer privatwirtschaftlichen Tätigkeit seine Vertragspartner frei auszuwählen, ist ein zentrales Element der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und zählt zu ihrem unantastbaren Kern (vgl. VALLENDER, in: St.Galler Kommentar zu Art. 27 BV, Rz. 44 f. S. 607 f., mit weiteren Hinweisen). Einschränkungen der Vertragsfreiheit sind daher nur soweit haltbar, als sie mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind (vgl. BGE 113 Ia 126 E. 8c; 131 I 333 E. 4; PAUL RICHLI, Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, 2007, Rz. 128 f. S. 38; VALLENDER, a.a.O., Rz. 57 ff. S. 612 ff.). Die Vertragsfreiheit als Grundsatz des Privatrechts steht damit in einem unlösbaren Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit (vgl. HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, a.a.O., Rz. 630 S. 192).

Juristische Personen des Privatrechts sind ebenfalls Träger der Wirtschaftsfreiheit, was für inländische juristische Personen uneingeschränkt gilt (vgl. HÄFELIN et al., a.a.O., Rz. 656 S. 197; VALLENDER, a.a.O., Rz. 46 S. 608).

4.4 Wie jedes Grundrecht gilt auch die Wirtschaftsfreiheit nicht absolut. Dies ergibt sich bereits aus Art. 95 Abs. 1 BV, wonach der Bund Vorschriften über die Ausübung der privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit erlassen kann. Um zulässig zu sein, muss eine Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, einem öffentlichen Interesse entsprechen, verhältnismässig sein und der Kerngehalt dieses Grundrechts darf nicht angetastet werden (Art. 36 BV). Je gewichtiger ein Grundrechtseingriff ist, desto höher sind die Anforderungen an Normdichte und Normstufe. In Bezug auf die Normdichte lässt sich der Grad der erforderlichen Bestimmtheit aber nicht abstrakt festlegen, sondern im Einzelfall unter Berücksichtigung der Umstände (vgl. BGE 141 I 201E. 4.1, mit weiteren Hinweisen). Schwere Eingriffe benötigen jedenfalls eine klare und genaue Grundlage im Gesetz (vgl. BGE 141 I 201 E. 4.1; 136 I 87 E. 3.1, mit weiteren Hinweisen; HÄFELIN et al., a.a.O., Rz. 669 f. S. 200 f.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., Rz. 42 S. 152 f.).

4.5 Die Beschwerdeführerin ist als juristische Person mit Sitz in der Schweiz Trägerin der Wirtschaftsfreiheit. Der Abschluss von Verleihverträgen stellt eine privatwirtschaftliche Tätigkeit der Beschwerdeführerin dar. Die vorliegend angefochtene Einschränkung in der Bewilligung zum grenzüberschreitenden Verleih greift daher offensichtlich in den Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit ein. Das Verbot, Personal an bestimmte Unternehmen zu verleihen, stellt zwar keinen besonders schweren, aber auch keinen sehr leichten Eingriff in dieses Grundrecht dar. Es bedarf deshalb einer ausdrücklichen Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn.

4.6 Das Arbeitsvermittlungsgesetz sieht vor, dass die Bewilligung zum Personalverleih erteilt wird, wenn der Betrieb im Schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, über ein zweckmässiges Geschäftslokal verfügt und kein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen von Arbeitnehmern oder von Einsatzbetrieben gefährden könnte (Art. 13 Abs. 1 AVG). Die für die Leitung verantwortlichen Personen müssen Schweizer Bürger oder Ausländer mit Niederlassungsbewilligung sein, für eine fachgerechte Verleihtätigkeit Gewähr bieten und einen guten Leumund geniessen (Art. 13 Abs. 2 AVG). Der Bundesrat regelt die Einzelheiten (Art. 13 Abs. 4 AVG).

4.7 Der historische Gesetzgeber beabsichtigte, durch die Einführung spezifischer gewerbepolizeilicher Vorschriften eine seriöse und fachkundige Tätigkeit zu gewährleisten. Demgemäss sei keine Bewilligung zu erteilen, wenn die für die Leitung verantwortliche Person daneben ein Gewerbe betreibe, das mit der Arbeitsvermittlung bzw. dem Personalverleih nicht vereinbar sei, beispielsweise wegen gesundheitlicher, sittlicher oder finanzieller Gefährdung der Kunden (vgl. Botschaft, a.a.O., S. 559, 567 ff., 599, 610).

Anhaltspunkte dafür, dass der historische Gesetzgeber auch in einer fehlenden Unabhängigkeit zwischen Verleihbetrieb und Einsatzbetrieb eine Gefährdung im Sinne von Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG gesehen hätte, ergeben sich aus der Botschaft nicht.

4.8 Die Delegationsnorm von Art. 13 Abs. 4 AVG gibt dem Bundesrat zwar die Kompetenz, die Einzelheiten zu diesen Bewilligungsvoraussetzungen zu regeln, so insbesondere etwa eine konkretere Definition, wann ein Verleihbetrieb „ein anderes Gewerbe betreibt, welches die Interessen von Arbeitnehmern oder von Einsatzbetrieben gefährden könnte“. Eine Kompetenz, um zusätzliche Bewilligungsvoraussetzungen aufzustellen, ergibt sich aus dieser Delegationsnorm aber nicht.

4.9 Anlässlich der Einführung der neuen Bestimmung von Art. 32 Abs. 2 AVV durch den Bundesrat führte die Vorinstanz in ihren Erläuterungen aus, in Art. 32 AVV werde Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG konkretisiert, indem an einen Betrieb keine Verleihbewilligung erteilt werden könne, wenn er gleichzeitig weitere Geschäfte betreibe, welche die Arbeitnehmer oder Einsatzbetriebe in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigten oder infolge der Übernahme anderer Verpflichtungen in eine zusätzliche Abhängigkeit vom Verleiher bringen könnten. Es werde zuweilen versucht, dieses Verbot zu umgehen, indem ein Familienmitglied oder eine Person, mit welcher eine vertragliche Vereinbarung oder eine anderweitige Verbindung bestehe, vorgeschoben werde, die nun einen der beiden Betriebe führe, und so in der Realität aber dennoch der verliehene Arbeitnehmer oder Einsatzbetrieb in eine nicht erlaubte Abhängigkeit geführt werde. Mit der Einführung von Art. 32 Abs. 2 AVV könne dies unterbunden werden (vgl. SECO-Erläuterungen, a.a.O., S. 5).

Aus diesen Ausführungen ergibt sich eine Absicht des Verordnungsgebers, Umgehungen von Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG besser zu erfassen. Dagegen fehlt jede Begründung, warum eine Unabhängigkeit zwischen Verleihbetrieb und Einsatzbetrieb erforderlich sein sollte. Die Frage drängt sich daher auf, ob der Verordnungsgeber effektiv die Absicht hatte, eine zusätzliche, wesentlich andere Voraussetzung für die Bewilligung in dem von der Vorinstanz vertretenen Sinn aufzustellen.

4.10 Mit ihrer Argumentation macht die Vorinstanz sinngemäss geltend, bei einer Konstellation wie derjenigen zwischen der B._____ und der C._____ einerseits und der Beschwerdeführerin andererseits werde in rechtsmissbräuchlicher Weise pro forma ein Verleihbetrieb zwischen den Einsatzbetrieb und die Arbeitnehmer geschoben, um tiefere Löhne bezahlen zu können und von günstigeren gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich der Kündigungsfristen zu profitieren.

Diese Argumentation unterscheidet sich offensichtlich wesentlich von den Überlegungen, die der Gesetzgeber in Bezug auf mögliche Gefährdungen von Arbeitnehmerinteressen anstellte, und die ihren Niederschlag in der der Formulierung von Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG fand.

Sie überzeugt zudem deshalb nicht, weil die Bestimmungen der relevanten Gesamtarbeitsverträge (GAV) auch auf Verleihverträge anwendbar sind. Selbst wenn die beiden anderen B._____ - und C._____ -Unterneh-

men die Absicht hätten, durch das Entleihen von Mitarbeitern über die Beschwerdeführerin letztlich tiefere Löhne zu bezahlen als sie dies als direkte Arbeitgeberinnen tun würden – was die Beschwerdeführerin ausdrücklich bestreitet – würden die den Arbeitnehmern bezahlten Löhne und die übrigen Vertragsbestimmungen daher in jedem Fall GAV-konform sein. Somit ist unbestritten, dass keine Gefahr besteht, dass die vorliegend in Frage stehende Konstellation zu einer Nichteinhaltung von Gesetzes- oder GAV-Bestimmungen führen würde. Allfällige statistisch feststellbare Unterschiede zwischen fest und temporär angestellten Mitarbeitern können nicht als Gefährdung im Sinn von Art. 13 Abs. 1 Bst. c AVG ausgelegt werden, die einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin rechtfertigen könnte.

4.11 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Auslegung der Vorinstanz, wonach eine Bewilligung zum grenzüberschreitenden Verleih gestützt auf Art. 32 Abs. 2 AVV verweigert oder nur unter entsprechender Beschränkung erteilt werden könne auf keiner hinreichenden gesetzlichen Grundlage beruht. Unter diesen Umständen erübrigt sich die Überprüfung der angeordneten Einschränkung auf ihre Verhältnismässigkeit hin.

5.

Die Beschwerde erweist sich daher als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist, soweit darauf einzutreten ist.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als im Wesentlichen obsiegend, weshalb ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG; Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Der Vorinstanz als Bundesbehörde werden keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

7.

Der obsiegenden Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung zuzusprechen, welche der Vorinstanz aufzuerlegen ist (Art. 64 VwVG; Art. 7 ff. VGKE). Die Partei, die Anspruch auf Parteientschädigung erhebt, hat der Beschwerdeinstanz vor dem Beschwerdeentscheid eine detaillierte Kostennote einzureichen, andernfalls die Beschwerdeinstanz die Parteientschädigung von Amtes wegen und nach Ermessen festsetzt (Art. 8 Abs. 1 der Verordnung über Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren).

ren vom 10. September 1969 [SR 172.041.0]). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin keine Kostennote eingereicht. Die der Beschwerdeführerin zuzusprechende Parteientschädigung ist daher ermessensweise auf Fr. 4'000.– (inkl. Auslagen) festzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf eingetreten wird.

Dispositiv Ziffer 4 der Bewilligungsverfügung der Vorinstanz vom 6. Januar 2016 wird aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 2'000.– wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Der Beschwerdeführerin wird eine Parteientschädigung von Fr. 4000.– zu Lasten der Vorinstanz zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Myriam Senn

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 Rechtschrift 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 26. September 2017