



Entscheidinstanz: Volkswirtschaftsdirektion  
Geschäftsnummer: VD\_72/2012  
Datum des Entscheids: 7. Mai 2013  
Rechtsgebiet: Arbeitsrecht (öffentliches)  
Stichwort(e): Minimale Arbeits- und Lohnbedingungen  
Mindestlöhne  
verwendete Erlasse: Art. 1 Entsendegesetz  
Art. 2 EntsG  
Art. 4 EntsG, Art. 5 EntsV  
Art. 9 EntsG

Zusammenfassung (verfasst von der Volkswirtschaftsdirektion und der Staatskanzlei):

Verwaltungsbusse betreffend Verstoss gegen die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a EntsG i.V.m. Art. 1 EntsV.  
Begriff des Baunebengewerbes, Installation von Maschinen: Ausnahme der Arbeiten von geringem Umfang (Montage und Einbau) nicht gegeben.  
Fehlende Lohnnachzahlungen wirken strafscharfend. Unbekannter Aufenthaltsort des Arbeitnehmers unwesentlich für Pflicht zur Lohnnachzahlung. Entsendegesetz auch anwendbar, wenn die Leistungsempfängerin keine Schweizer Firma ist.

Anonymisierter Entscheidtext (Auszug):

*Erwägungen:*

1. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet die Verwaltungsbusseverfügung Nr. 2012/26\*\*\* des Amtes für Wirtschaft und Arbeit [Rekursgegner] vom 21. November 2012 betreffend einen Verstoss gegen die Vorschriften über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen gemäss Art. 2 Abs. 1 Bst. a des Entsendegesetzes vom 8. Oktober 1999 (EntsG, SR 823.20) in Verbindung mit Art. 1 der Verordnung über in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003 (EntsV, SR 823.201). Darin wurde gegenüber der E. GmbH, Deutschland [Rekurrentin], eine Busse im Sinne von Art. 9 Abs. 2 Bst. a EntsG von Fr. 3570.00 sowie Gebühren in Höhe von Fr. 450.00 ausgesprochen.
2. [...]
3. In der angefochtenen Verfügung hält der Rekursgegner fest, dass aufgrund einer Arbeitskontrolle am 13. März 2012 beim Umbau einer Brauerei in Y. ein Verstoss der Rekurrentin gegen Art. 35.4 und Anhang 8 des allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes festgestellt worden sei. Die Rekurrentin habe ihren entsandten

Mitarbeitern J. S. und S. W. für den Einsatz vom 12. bis 16. März 2012 zu wenig Lohn bezahlt. Da die Rekurrentin den Lohn nicht nachbezahlt habe, sei eine Verwaltungsbusse von Fr. 3570.00 angemessen. Die Gebühr für die Verfügung werde auf Fr. 450 festgesetzt.

- 4.a) Die Rekurrentin bringt vor, dass sie an einer Brauereimaschine in Bamberg für einen Auftraggeber in Bamberg Verkabelungsarbeiten durchgeführt habe. Durch Verzögerungen der Vorleistungen seien die Arbeiten nicht fertig geworden. Der Versand der teulfertigen Maschine habe jedoch zum vorgesehenen Termin erfolgen müssen, weshalb sie in der Schweiz die restlichen Verkabelungsarbeiten ausgeführt habe. Diese Arbeiten seien nicht einer Schweizer Firma oder Person in Rechnung gestellt worden, sondern dem Bamberger Auftraggeber. Sodann würden die Mindestvorschriften für die Entlohnung gemäss Art. 4 EntSG nicht für Arbeiten von geringem Umfang und für die Montage oder den erstmaligen Einbau gelten, wenn die Arbeiten weniger als acht Tage dauern und Bestandteil eines Warenlieferungsvertrages bilden würden. Die ausgeführte Tätigkeit sei Bestandteil eines Warenlieferungsvertrages und sei zur Inbetriebnahme des Gutes notwendig gewesen. Die Tätigkeiten der Rekurrentin könnten nicht dem Baunebengewerbe zugeordnet werden, sondern würden dem Industriebereich zugehören. Die Vorschriften über die minimale Entlohnung seien deshalb nicht anwendbar. Schliesslich sei die Nachzahlung – obwohl nicht nötig – zwischenzeitlich an S. W. vollständig erfolgt. Die Nachzahlung an J. S. sei nicht möglich, da er die Firma verlassen habe und als Backpacker in Australien unterwegs sei.
- b) Der Rekursgegner hält entgegen, dass zu den Aufgaben der Rekurrentin Elektroinstallationen, Steuerungs-Verteilerbau, Kommunikationstechnik und Ingenieurarbeiten gehören würden. Diese Tätigkeiten seien eindeutig dem Baunebengewerbe zuzuordnen. Sodann basiere die Einstufung auf dem Rapport, welcher von der Arbeitskontrollstelle Kanton Zürich (AKZ) erstellt worden sei. Der Kontrolleur sei vor Ort gewesen und habe die Tätigkeit der Mitarbeiter beschrieben. Die ausgeführten Arbeiten würden als «Verkabeln und Anschliessen der verschiedenen Brauereianlagen-Komponenten» sowie als «Einziehen von Stromkabeln in ein an der Decke montiertes Kabeltrasse» beschrieben. Die ausgeführten Tätigkeiten seien dem Baunebengewerbe zuzuordnen, weshalb Art. 4 Abs. 1 EntSG vorliegend nicht zur Anwendung gelange. Im Weiteren sei anzumerken, dass der Nachweis für die Lohnnachzahlung erst im Rahmen des Rekursverfahrens eingereicht worden sei, weshalb kein Grund bestehe, die Höhe der Busse neu zu berechnen. Schliesslich müsse auch eine Nachzahlung nach dem Austritt eines Mitarbeiters möglich sein. Die Verwaltungsbusse sei deshalb zu schützen und der Rekurs abzuweisen.
- 5.a) Das Entsendegesetz regelt die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ein Arbeitgeber mit Wohnsitz oder Sitz im Ausland in die Schweiz entsendet, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum auf seine Rechnung und unter seiner Leitung im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihm und dem Leistungsempfänger eine Arbeitsleistung erbringen (Art. 1 Abs. 1 Bst. a EntSG). Gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. a EntSG in Verbindung mit Art. 1 EntSV müssen ausländische Arbeitgeber ihren entsandten Arbeitnehmern mindestens die Entlohnung garantieren, die in der Schweiz insbesondere in den allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsverträgen vorgeschrieben ist. Die Mindestlohnvorschriften

gelten nicht für Arbeiten von geringem Umfang sowie für die Montage oder den erstmaligen Einbau, wenn die Arbeiten weniger als acht Tage dauern und Bestandteil eines Warenlieferungsvertrages bilden (Art. 4 Abs. 1 Bst. a und b EntsG). Die Bereiche des Bauhaupt- und Baunebengewerbes sind von dieser Ausnahme ausgeschlossen (Art. 4 Abs. 3 EntsG).

- b) Die Einhaltung der Anforderungen des Entsendegesetzes werden bezüglich den Bestimmungen eines allgemeinverbindlich erklärten Gesamtarbeitsvertrages von den im Gesamtarbeitsvertrag eingesetzten paritätischen Organen kontrolliert (vgl. Art. 7 Abs. 1 Bst. a EntsG sowie Kommentar SECO, S. 32). Die Kontrollorgane haben dabei jeden Verstoss gegen das Entsendegesetz der zuständigen kantonalen Behörde zu melden. Diese kann bei geringfügigen Verstössen gegen Art. 2 und bei Verstössen gegen Art. 3 und 6 EntsG eine Verwaltungsbusse bis Fr. 5000 aussprechen (Art. 9 Abs. 2 Bst. a EntsG). Zuständige kantonale Behörde ist das Amt für Wirtschaft und Arbeit (§ 8 Verordnung über die tripartite Kommission für arbeitsmarktliche Aufgaben und die Kontrollbehörde gemäss Entsendegesetz vom 30. Oktober 2002, LS 823.41 sowie Art. 7 Abs. 1 Bst. d und Art. 9 Abs. 1 EntsG).
- 6.a) Die AKZ kontrollierte die Mitarbeiter J. S. und S. W. am 13. März 2012 beim Umbau der alten Brauerei in Y. Dabei hielt sie im Protokoll fest, dass die Mitarbeiter den Auftrag hätten, die verschiedenen Brauereianlagen-Komponenten zu verkabeln und anzuschliessen. Im Zeitpunkt der Kontrolle seien diese am Einziehen von Stromkabeln in ein an der Decke montiertes Kabeltrasse gewesen.
- b) Die Entsendung der genannten Arbeitnehmer fällt in den Regelungsbereich des Entsendegesetzes gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. a EntsG. Der Umstand, dass die Mitarbeiter «nur» die restlichen Verkabelungsarbeiten in der Schweiz ausgeführt haben sollen, spielt dabei keine Rolle. Entscheidend ist, dass die Rekurrentin die Mitarbeiter in die Schweiz entsendet hat, um Arbeiten fertigzustellen. Die Dienstleistung erfolgte somit auf Rechnung und unter Leitung der Rekurrentin im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen ihr und der Empfängerin der Arbeitsleistung. Ob die Leistungsempfängerin keine Schweizer Firma war, ist für die Anwendbarkeit des Entsendegesetzes nicht entscheidend. Massgeblich ist einzig, dass die Rekurrentin als ausländische Arbeitgeberin zwei Arbeitnehmer in die Schweiz entsendete und diese für den Zeitraum vom 12. bis 16. März 2012 auf Rechnung und unter Leitung der Rekurrentin eine Arbeitsleistung für einen dritten Auftraggeber erbrachten. Dem Einwand der Rekurrentin kann somit nicht gefolgt werden.
- c) Unter den Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 EntsG (Arbeiten vom geringem Umfang sowie Montage oder erstmaliger Einbau) gelten die Mindestvorschriften für die Entlöhnung nicht. Die Bereiche des Bauhaupt- und Baunebengewerbes sind jedoch von dieser Ausnahme ausgenommen. Als Dienstleistungserbringung auf dem Sektor des Bauhaupt- und Baunebengewerbes gelten alle Tätigkeiten, welche die Fertigstellung, die Wiederinstandstellung, den Unterhalt, die Änderung oder den Abbruch von Bauten umfassen. Dazu gehören unter anderem auch die Einrichtung oder Ausstattung sowie der Umbau und die Renovierung (Art. 5 EntsV). Die Rekurrentin bringt nun vor, dass sie mit dem Ingenieurbüro Steuerungen für Sondermaschinen, Brauereigeräte, Fertigungsvorrichtungen, Prüfgeräte sowie Programme für speicherpro-

grammierbare Steuerungen projektieren würde. Im Steuerungsverteilerbau würden die dazugehörigen Schaltschränke bebaut und mit der Elektroinstallation verkabelt. Diese Tätigkeiten seien dem Industriebereich und nicht dem Baunebengewerbe zugehörig. Dem kann nicht gefolgt werden. Gemäss Rapport der AKZ erfolgten die Verkabelung und das Anschliessen der verschiedenen Brauereianlagen im Rahmen des Umbaus der Brauerei. Die ausgeführten Tätigkeiten sind dem Elektro-Installationsgewerbe zuzuordnen, welches wiederum dem Baunebengewerbe angehört. Art. 4 Abs. 1 EntsG kommt deshalb nicht zur Anwendung. Die Mindestvorschriften für die Entlohnung sind folglich zu beachten.

- d) Die Rekurrentin hat gegen die Vorschriften über die minimale Entlohnung gemäss allgemeinverbindlich erklärtem Gesamtarbeitsvertrag des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-Installationsgewerbes verstossen, indem sie J. S. Fr. 885.89 und S. W. Fr. 897.37 zu wenig Lohn bezahlt hat. Dadurch erlangte die Rekurrentin einen Wettbewerbsvorteil von insgesamt Fr. 1783.26. Die Rekurrentin bringt nun vor, dass sie S. W. den Lohn vollständig nachbezahlt habe. Sie verkennt dabei, dass die Voraussetzungen eines Verstosses gegen Art. 2 EntsG dennoch erfüllt sind. Die Nachzahlung kann allenfalls bei der Bemessung der Bussenhöhe berücksichtigt werden.
- 7.a) Gemäss Art. 9 Abs. 2 Bst. a EntsG kann die zuständige kantonale Behörde bei Verstössen gegen Art. 2 EntsG eine Verwaltungssanktion aussprechen, die eine Belastung durch einen Betrag bis Fr. 5000 vorsieht. Es obliegt somit im Ermessen des Rekursgegners die Bussenhöhe festzulegen.
- b) Der Rekursgegner gab der Rekurrentin mit Schreiben vom 18. Oktober 2012 die Gelegenheit zur berechneten Lohnunterschreitung von Fr. 882.89 und Fr. 897.37 Stellung zu nehmen. Auch wies er sie darauf hin, dass Nachzahlungen bei der Bemessung der Busse berücksichtigt würden. Dennoch erfolgte innert der angesetzten Frist weder eine Rückmeldung noch eine Nachzahlung. Die Rekurrentin erbrachte den Nachweis der teilweisen Nachzahlung erst mit der Rekurseingabe. Aus dem Nachweis ergibt sich auch, dass die Nachzahlung nach Erhalt der Verwaltungsbussenverfügung erfolgte, nämlich am 6. Dezember 2012. Sodann erfolgte die Nachzahlung lediglich an S. W. Die Rekurrentin wendet ein, dass eine Lohnnachzahlung an J. S. nicht möglich gewesen sei, da dieser die Firma verlassen habe. Die Lohnnachzahlung muss jedoch auch nach Verlassen der Firma möglich sein. Dass der Rekurrentin die Bankverbindung nicht mehr bekannt sein soll, erscheint wenig glaubwürdig. Aufgrund der nur teilweisen sowie verspäteten Nachzahlung kommt eine Reduktion der Busse nicht in Betracht. Die festgesetzte Busse ist unter den gegebenen Umständen angemessen und verhältnismässig. Sie ist nicht zu beanstanden.
- 8.a) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass den Vorbringen der Rekurrentin nicht gefolgt werden kann. Die angefochtene Verwaltungsbussenverfügung Nr. 2012/26\* vom 21. November 2012 ist in Abweisung des Rekurses zu bestätigen.
- b) [Verfahrenskosten]

Die Volkswirtschaftsdirektion verfügt:

- I. Der Rekurs wird abgewiesen.
- II. [...]

© 2014 Staatskanzlei des Kantons Zürich