

BGE 147 V 359

Bundesgericht (BGE), 2021-05-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147 V 359](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_V_359)

FR: ATF 147 V 359

IT: DTF 147 V 359

Regeste

Regeste Art. 17 Abs. 1 lit. e und f des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie; Art. 4 Abs. 1 und Art. 8f Abs. 1 der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung); Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für in einem Sex-Club tätige Sexarbeiterinnen. Bei Sexarbeiterinnen, die im Meldeverfahren in der Schweiz in einem Sex-Club tätig sind und daher längstens für die Dauer von 90 Tagen im Jahr für den gleichen Club arbeiten können, besteht kein Anspruch auf Kurzarbeit. Die gegebenen Beschäftigungsverhältnisse fallen nicht unter die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 oder Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (E. 3 und 4).

Erwägungen

E. 3

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, indem sie einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung in grundsätzlicher Hinsicht bejaht und die Angelegenheit zur Abklärung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen an den Beschwerdeführer zurückgewiesen hat.

E. 3.1

Die Vorinstanz erwog, der Arbeitseinsatz der unselbstständigen Sexarbeiterinnen erfolge quasi auf Abruf durch einen Kunden. Es BGE 147 V 359 S. 361 bestehe keine Arbeitspflicht für die Sexarbeiterinnen und kein Weisungsrecht durch die Arbeitgeberin oder durch die Kunden. Was Beginn und Ende des jeweiligen Arbeitsverhältnisses betreffe, sehe der im Kanton Thurgau verwendete Musterarbeitsvertrag diesbezügliche Angaben vor. Dasselbe gelte für den von der Beschwerdegegnerin exemplarisch eingereichten, mit einer Sexarbeiterin abgeschlossenen Arbeitsvertrag. Die Kriterien von Art. 4 der Verordnung des Bundesrates vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033), der für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls u.a. ein Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer vorsehe, seien erfüllt. Es liege zudem Arbeit auf Abruf vor, auch wenn die einzelnen Arbeitseinsätze jeweils abgelehnt werden könnten. Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, wonach Arbeitnehmende auf Abruf unter gewissen Voraussetzungen ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten, sei, so die Vorinstanz weiter, unter der Annahme einer echten Gesetzeslücke bzw. analog auf Sexarbeiterinnen anzuwenden. Damit sei ein Kurzarbeitsentschädigungsanspruch zu bejahen, sofern sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Der Beschwerdeführer

habe im Rahmen der Rückweisung insbesondere zu prüfen, ob das Kriterium des stark schwankenden Beschäftigungsgrads von mindestens 20 % gemäss Art. 8f Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung erfüllt sei. Weiter sei abzuklären, ob die Sexarbeiterinnen mehr als sechs Monate für den Club gearbeitet hätten und nach dem Lockdown dort nahtlos weiterbeschäftigt worden seien. Nicht von Belang seien die migrationsrechtlichen Fragestellungen bzw. eine allfällige Abwesenheit der Sexarbeiterinnen während des Lockdowns.

E. 3.2

Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder ausreichend kontrollierbar sei, seien nicht anspruchsberechtigt (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG [SR 837.0]). So sei beispielsweise die Arbeitszeit von Personen, die vorwiegend im Ausland für einen in der Schweiz domizilierten Betrieb tätig seien, nicht ausreichend kontrollierbar, weshalb diese grundsätzlich keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten. Das gelte auch für Personen, die ausschliesslich erfolgsabhängig, d.h. ohne Fixum entschädigt würden (Weisung des SECO gemäss AVIG-Praxis KAE Rz. B31 ff.). In der Covid-19-Verordnung BGE 147 V 359 S. 362 Arbeitslosenversicherung habe der Bundesrat explizit aufgeführt, welche Personengruppen in Abweichung der Kurzarbeitsbestimmungen des AVIG zusätzlich Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erhalten würden, worunter Arbeitnehmende auf Abruf mit starken Beschäftigungsschwankungen fielen, sofern sie seit mehr als sechs Monaten im Kurzarbeit anmeldenden Betrieb gearbeitet hätten. Daneben gebe es aber stets nicht anspruchsberechtigte Personengruppen, weshalb sich die Annahme einer echten Gesetzeslücke nicht rechtfertige. Treffe die Arbeitnehmenden keine Arbeitspflicht, werde dies von der Lehre als unechte Arbeit auf Abruf bezeichnet. Bordellverträge könnten auch als arbeitsvertragsähnliche Innominatkontrakte qualifiziert werden. Hier würden keine Arbeitsverhältnisse auf Abruf vorliegen, die Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung begründeten. Bezüglich des Eventualstandpunkts vertritt der Beschwerdeführer die Ansicht, nicht das AWA, sondern die Arbeitslosenkasse sei für die Feststellung von Beschäftigungsgrad und -dauer nach Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG zuständig, weshalb ein Entscheid des AWA hierüber nichtig wäre.

E. 4.1

Prostitution kann in der Schweiz sowohl als selbstständige wie auch als unselbstständige Form von Erwerbstätigkeit ausgeübt werden (BGE 140 II 460 E. 4.3 mit Hinweis auf die Urteile 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013 E. 5.3 und 9C_246/2011 vom 22. November 2011 E. 3 und 6; vgl. Bundesamt für Migration [BFM], Bericht zur Rotlichtproblematik vom Januar 2012, S. 6 ff., abrufbar unter www.sem.admin.ch).

E. 4.2

Was die konkrete Ausgestaltung der Tätigkeit im Sex-Club B. anbelangt, ist unbestritten, dass zwischen den Sexarbeiterinnen und der Beschwerdegegnerin Beschäftigungsverhältnisse bestehen und jene aus sozialversicherungsrechtlichem Blickwinkel unselbstständig erwerbstätig sind (vgl. BGE 140 II 460 E. 4). Die Beschwerdegegnerin verabgab dementsprechend Sozialversicherungsbeiträge, basierend auf den einzelnen Einsatztagen. Dem Beschwerdeführer ist hingegen insoweit zuzustimmen, dass die Ausübung der Prostitution im Rahmen eines eigentlichen Arbeitsvertrags nach Art. 319 ff. OR nicht erbracht werden kann. Die freie Bestimmung

über das Ob, die Art und den Umfang einer sexuellen Dienstleistung, die jederzeit gewährt bleiben muss, BGE 147 V 359 S. 363 verbunden mit dem jederzeitigen Verweigerungs- oder Widerrufsrecht stünde der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers entgegen (vgl. Art. 27 Abs. 2 ZGB zum Persönlichkeitsschutz und Art. 195 StGB zum Tatbestand der Förderung der Prostitution; ferner Rechtsgutachten des Eidgenössischen Polizei- und Justizdepartements [EJPD] vom 11. Januar 2013 über die "Réglementation du marché de la prostitution", JAAC 2/2014 vom 22. Oktober 2014). Demgemäss besteht laut dem Mustervertrag "Arbeitsvertrag für Erotikmasseurinnen im Kanton Thurgau" kein Unterordnungsverhältnis oder Weisungsrecht der Arbeitgeberin. Die Sexarbeiterinnen können vertraglich jederzeit ihre Kunden selber auswählen und unerwünschte Praktiken ablehnen, eine Arbeits- und Leistungspflicht besteht nicht. Die Arbeitsleistung wird quasi auf Abruf des Kunden erbracht, wobei auch dann keine Arbeitspflicht besteht und dem Kunden kein Weisungsrecht zukommt, wie die Vorinstanz feststellte. Dem vorinstanzlichen Entscheid lässt sich ferner entnehmen, dass vor dem 17. März 2020 befristete Arbeitsverhältnisse bestanden und ab 6. Juni 2020 wiederum neue Verträge abgeschlossen wurden. Zur näheren Ausgestaltung der Beschäftigungsverhältnisse zwischen den Sexarbeiterinnen und der Beschwerdegegnerin hat die Vorinstanz keine Feststellungen getroffen. Hinsichtlich der im Streit stehenden Frage braucht jedoch nicht geklärt zu werden, ob es sich beim Geschäftsmodell der Beschwerdegegnerin um unechte Arbeit auf Abruf handelt, oder ob arbeitsvertragsähnliche Innominatkontrakte vorliegen, welche in zivilrechtlicher Hinsicht als denkbare Vertragsformen gelten, wie die Beschwerdeführerin zutreffend vorbringt (vgl. Bericht des Bundesrats vom 5. Juni 2015 über "Prostitution und Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung", abrufbar unter www.ejpd.admin.ch; Rechtsgutachten "Réglementation du marché de la prostitution", a.a.O., S. 128 f.).

E. 4.3

Nach Art. 17 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102; rückwirkend in Kraft getreten auf den 1. September 2020 durch die Änderung des Covid-19-Gesetzes vom 18. Dezember 2020; AS 2020 5821) kann der Bundesrat vom AVIG abweichende Bestimmungen erlassen über Anspruch und Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf Abruf in unbefristeten Arbeitsverhältnissen. BGE 147 V 359 S. 364

E. 4.4

Art. 17 Abs. 1 lit. f Covid-19-Gesetz (eingefügt durch Ziff. I der Änderung vom 18. Dezember 2020 des Covid-19-Gesetzes [Kultur, Härtefälle, Sport, Arbeitslosenversicherung, Ordnungsbussen], in Kraft seit 19. Dezember 2020; AS 2020 5821) erlaubt dem Bundesrat, abweichende Bestimmungen zu erlassen über Anspruch und Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für Personen nach Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG, d. h. für Personen in befristeten Arbeitsverhältnissen und für Personen in einem Lehrverhältnis (vgl. Botschaft vom 18. November 2020 zu Änderungen des Covid-19-Gesetzes und des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes, BBl 2020 8819). Der Bundesrat hat mit der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt und u.a. den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf bestimmte Anspruchsgruppen ausgeweitet. Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung - in der vom 1. Juni bis 31. August 2020 gültig gewesen

Fassung - sieht vor, dass in Abweichung von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG ein Arbeitsausfall anrechenbar ist, soweit er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen (AS 2020 3569). In der vom 17. März bis 31. Mai 2020 in Kraft stehenden Fassung sind Lehrverhältnisse ebenfalls aufgeführt (AS 2020 1777). Indes sind im vorliegenden Rechtsstreit keine Lehrverhältnisse betroffen, sodass die Frage nach der hier anwendbaren Fassung von Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung für den interessierenden Zeitraum vom 17. März bis 5. Juni 2020 keine Bedeutung zukommt. Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (eingefügt durch Ziff. I 1 der Verordnung vom 8. April 2020 über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung, gültig gewesen vom 9. April bis 31. August 2020; AS 2020 1201) bestimmt, dass in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. a und Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 %), ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, sofern sie seit mehr als sechs Monaten in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet. Nach dem Wortlaut der seit 1. September 2020 in Kraft stehenden Fassung von Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 4517) setzt der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern auf BGE 147 V 359 S. 365 Abruf voraus, dass "sie seit mindestens 6 Monaten unbefristet in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet". Gemäss Art. 8f Abs. 2 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung bestimmt die zuständige Behörde den Arbeitsausfall auf der Basis der letzten 6 oder 12 Monate und rechnet den für die jeweilige Arbeitnehmerin oder den jeweiligen Arbeitnehmer günstigsten Arbeitsausfall an.

E. 4.5.1

In Bezug auf die (maximal mögliche) Aufenthaltsdauer der Sexarbeiterinnen in der Schweiz hat die Vorinstanz keine für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen (nicht publ. E. 2.2) getroffen, sodass das Bundesgericht den unvollständig festgestellten rechtserheblichen Sachverhalt in diesem Punkt ergänzen kann (Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 143 V 19 E. 6.1.3 in fine). Es ist in tatsächlicher Hinsicht unbestritten, dass die Sexarbeiterinnen mit dem für die kurzzeitige Dienstleistungserbringung in der Schweiz aus dem EU-Raum eingeführten ausländerrechtlichen Meldeverfahren für die Tätigkeit im Sex-Club B. in der Schweiz angemeldet werden. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass vom Gesuch um Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung auch Sexarbeiterinnen schweizerischer Nationalität tangiert sein könnten. Gemäss dem Meldeverfahren brauchen Angehörige der EU/EFTA-Mitgliedstaaten (ohne Kroatien) für eine kurzfristige Tätigkeit in der Schweiz bis zu drei Monaten im Kalenderjahr keine Bewilligung (Art. 6 des Entsendegesetzes vom 8. Oktober 1999 [EntsG; SR 823.20]i.V.m. Art. 9 Abs. 1 bis der Verordnung vom 22. Mai 2002 über den freien Personenverkehr [VFP; SR 142.203]; siehe auch Weisungen VFPdes Staatssekretariats für Migration SEM Ziff. 3.1.2 S. 32 bezüglich Tätigkeiten im Erotikgewerbe). In der Einsprache vom 12. Mai 2020 führte die Beschwerdegegnerin zudem aus, wenn die 90 Tage im Rahmen des Meldeverfahrens im Jahr aufgebraucht seien, könne im Kanton Thurgau eine Kurzaufenthaltsbewilligung beantragt werden, allerdings längstens für einen Monat.

E. 4.5.2

In Würdigung des Umstands, dass die im Meldeverfahren in der Schweiz tätigen Sexarbeiterinnen längstens für 90 Tage im Jahr für die Beschwerdegegnerin tätig sein dürfen und eine Kurzaufenthaltsbewilligung bei abgelaufener 90-Tage-Frist - gemäss Angaben der Beschwerdegegnerin - nur für einen Monat erteilt wird, erfüllen die Sexarbeiterinnen die Voraussetzungen nach Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung nicht, ohne dass es BGE 147 V 359 S. 366 weiterer Abklärungen bedürfte, da sie nicht mehr als sechs Monate vor der Anmeldung für Kurzarbeit für die Beschwerdegegnerin tätig sein konnten. Unter Einbezug der auf den 1. September 2020 in Kraft getretenen Version von Art. 8f der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (vorstehende E. 4.4), deren Wortlaut nunmehr explizit ein unbefristetes Arbeitsverhältnis auf Abruf als Anspruchsvoraussetzung nennt und damit die gesetzlichen Vorgaben des gleichentags in Kraft getretenen Art. 17 Abs. 1 lit. e Covid-19-Gesetz umsetzt, kann die hier geltende Version nicht dahingehend verstanden werden, dass befristete, unechte Arbeitsverhältnisse auf Abruf, deren einzelne Beschäftigungsverhältnisse weniger als sechs Monate dauern, ebenfalls unter diese Regelung zu subsumieren sind. Die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz verletzt Bundesrecht.

E. 4.6.1

Eigentliche, auf bestimmte Dauer abgeschlossene Arbeitsvertragsverhältnisse nach Art. 319 ff. OR liegen hier, nach dem Dargelegten, nicht vor. Auch wenn Art. 4 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung keine Mindestdauer des befristeten Arbeitsverhältnisses für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung festlegt, ist indessen zumindest fraglich, ob die gegebenen Vertragsverhältnisse von dieser Bestimmung erfasst werden. Dies braucht mit Blick auf Nachstehendes nicht abschliessend beurteilt zu werden.

E. 4.6.2

Die in E. 4.5 dargelegte ausländerrechtliche Aufenthaltsregelung bringt es unbestritten mit sich, dass die Sexarbeiterinnen häufig den Aufenthalts- und Arbeitsort wechseln. Dies zeigt sich auch dadurch, dass die Beschwerdegegnerin in der Einsprache vom 12. Mai 2020 den vom Beschwerdeführer korrekterweise geforderten Nachweis, welche Sexarbeiterinnen von der Kurzarbeit betroffen sind, als "sehr schwierig zu erbringen" bezeichnete. Weshalb nicht zumindest die im Meldeverfahren bis 16. März 2020 (und darüber hinaus) bereits erfassten Sexarbeiterinnen, sowie jene mit Kurzaufenthaltsbewilligung, hätten aufgelistet werden können, ist nicht ersichtlich. Vielmehr legte die Beschwerdegegnerin im Verwaltungs- wie auch im nachfolgenden Gerichtsverfahren lediglich eine einzige Meldebestätigung mit einem aufgeführten Beginn und Ende des Vertragsverhältnisses zu den Akten sowie eine Stundenzusammenfassung mehrerer Sexarbeiterinnen für die Zeit vom 1. bis 31. März 2020. Diese enthielt jedoch unbestrittenermassen auch ausländerrechtlich BGE 147 V 359 S. 367 nicht korrekt gemeldete Sexarbeiterinnen. Für der Arbeitslosenversicherung unbekannt oder nicht korrekt gemeldete Personen lässt sich ein für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vorausgesetzter anrechenbarer Arbeitsausfall von vornherein nicht feststellen.

E. 4.6.3

Wie sodann in der Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) (BBl 2020 2068, 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wurde, besteht der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs

bzw. der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, sondern im Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen. Zu bedenken gilt es überdies, dass, nachdem der Beschwerdegegnerin die im geltend gemachten Zeitraum durch die Betriebsschliessung betroffenen Sexarbeiterinnen systembedingt offenbar nicht (hinreichend) bekannt sind, sie diesen keine Geldleistungen ausrichten könnte. Die Kurzarbeitsentschädigung sieht jedoch in Art. 37 AVIG gerade vor, dass die Arbeitgeberin die Kurzarbeitsentschädigung vorzuschüssen und den Arbeitnehmenden am ordentlichen Zahlungstermin auszurichten hat. Kommt hinzu, dass die Beschwerdegegnerin den Sexarbeiterinnen keine Lohnzahlungen schuldet, da diese direkt durch die Kunden bezahlt werden. Hier käme eine Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung einzig und alleine dem von der Schliessung betroffenen Betrieb zugute, was, wie soeben ausgeführt, nicht der durch die ausserordentliche Ausweitung der Kurzarbeitsentschädigung auf weitere Anspruchsgruppen dargelegten Intention der bundesrätlichen Massnahme entspricht. Das Institut der Kurzarbeitsentschädigung folgt daher eigenen Anspruchs- und Bemessungsvorschriften (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2401 Rz. 456) und ein solcher Anspruch ist nicht schon aufgrund des Umstands zu bejahen, dass für die Sexarbeiterinnen Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden.

E. 4.7

Diese Sach- und Rechtslage lässt den Schluss nicht zu, dass die gegebenen Beschäftigungsverhältnisse unter die Bestimmung von Art. 4 Abs. 1 oder Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung fallen. Indem die Vorinstanz einen grundsätzlichen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bejaht hat, verletzte sie BGE 147 V 359 S. 368 demnach Bundesrecht. Die Beschwerde ist begründet. Weiterungen hinsichtlich der Vorbringen zum Eventualstandpunkt erübrigen sich damit.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.