

BGer 2C 1126/2018 vom 9. August 2019

Bundesgericht, 2019-08-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1126_2018

FR: TF 2C 1126/2018 du 9 août 2019

IT: TF 2C 1126/2018 del 9 agosto 2019

Regeste

Meldepflicht | Bürgerrecht und Ausländerrecht

Erwägungen

E. 1.1

Das angefochtene Urteil ist ein verfahrensabschliessender, kantonal letztinstanzlicher Gerichtsentscheid in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts, weshalb es der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unterliegt (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. d, Art. 90 BGG). Die Beschwerdeführerin ist nach Art. 89 Abs. 1 BGG zur Beschwerdeerhebung legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 42 und 100 Abs. 1 BGG) ist einzutreten.

E. 1.2

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280 f.).

E. 1.3

Das Bundesgericht ist an den Sachverhalt gebunden, wie die Vorinstanz ihn festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), es sei denn, dieser erweise sich in einem entscheidewesentlichen Punkt als offensichtlich falsch oder unvollständig. Zur Sachverhaltsfeststellung gehört auch die auf Indizien gestützte Beweismwürdigung (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 265 ff.; Urteil 2C_634/2018 vom 5. Februar 2019 E. 2.2). Eine Sachverhaltsfeststellung ist nicht schon dann offensichtlich unrichtig, wenn sich Zweifel anmelden, sondern erst, wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend ist (BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53 ; 132 I 42 E. 3.1 S. 44). Es liegt noch keine offensichtliche Unrichtigkeit vor, nur weil eine andere Lösung ebenfalls in Betracht fällt, selbst wenn diese als die plausiblere erscheint (vgl. BGE 144 V 50 E. 4.2 S. 53). Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Sachgericht im Bereich der Beweismwürdigung über einen erheblichen Ermessensspielraum verfügt (BGE 144 V 50 E. 4.1 S. 53; BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375). In Bezug auf Sachverhaltsrügen gilt eine qualifizierte Begründungspflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.).

E. 2

Nicht zu hören ist die Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs: Die Vorinstanz ist nicht verpflichtet, sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinanderzusetzen und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich zu widerlegen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein,

dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. 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 (vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88 f.). Die Vorinstanz hat sich einlässlich mit dem Sachverhalt und den einzelnen Rügen auseinandergesetzt, die EU- und die bundesgerichtliche Rechtsprechung konsultiert und darauf Bezug genommen. Sie hat sich somit genügend mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt.

E. 3.1

Nach Art. 9 Abs. 1bis VEP gilt bei einem Stellenantritt in der Schweiz bis zu drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres oder bei einer Dienstleistungserbringung durch eine selbstständige Dienstleistungserbringerin oder einen selbstständigen Dienstleistungserbringer bis zu 90 Arbeitstagen innerhalb eines Kalenderjahres sinngemäss das Anmeldeverfahren (Meldepflicht, Verfahren, Angaben, Fristen) nach Art. 6 EntsG und nach Art. 6 der Verordnung vom 21. Mai 2003 über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV; SR 823.201). Unbestritten ist, dass die Erwerbstätigkeit der Masseure in der Sauna der Beschwerdeführerin entsprechend Art. 9 Abs. 1bis VEP gemeldet werden muss. Strittig ist, ob diese als Arbeitgeberin oder die Masseure als selbstständige Dienstleistungserbringer hierzu verpflichtet sind. Mit der VEP wird der freie Personenverkehr u.a. nach dem FZA schrittweise eingeführt. Insofern konkretisiert sie das FZA (Art. 1 VEP ; BGE 140 II 460 E. 3.3.3 S. 464), weshalb die Vorinstanz im Einklang mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Recht auf die Rechtsprechung der EU (Art. 16 Abs. 2 FZA) Bezug genommen hat. Zu klären ist der Begriff des Arbeitnehmers bzw. Arbeitgebers.

E. 3.2

Der unionsrechtliche (BGE 140 II 460 E. 4.1 S. 465) Begriff des Arbeitnehmers nach Art. 6 ff. Anh. I FZA ist vertraglich bzw. gesetzlich nicht definiert. Nach der Rechtsprechung des EuGH (zum Ganzen siehe BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 466 f. mit Hinweisen; EVA KOCHER, Europäisches Arbeitsrecht, 2016, § 1 Rz. 95 ff.) steht der Arbeitnehmer bzw. der unselbstständig Erwerbende in einem weisungsgebundenen Abhängigkeitsverhältnis, wobei er eine (tatsächliche und echte) Tätigkeit für einen anderen für eine bestimmte Zeit verrichtet und dafür ein Entgelt bezieht. Der Begriff des Arbeitnehmers wird vom EuGH weit ausgelegt, um den Schutzbereich dieser Grundfreiheit möglichst vielen Personen zugutekommen zu lassen. Demgegenüber sind Anhaltspunkte für eine selbstständige Erwerbstätigkeit die Beteiligung an den geschäftlichen Risiken, die freie Bestimmung der Arbeitszeit, die Weisungsfreiheit und die Auswahl der Mitarbeiter. Arbeitnehmer im Sinne von Art. 45 AEUV können auch Geschäftsführer sein; die Arbeitnehmereigenschaft ist auch nicht bereits dadurch ausgeschlossen, dass die betreffende Person im Wege einer Ertragsbeteiligung entlohnt wird. Auch der Umstand, dass ein Arbeitsverhältnis nur von kurzer Dauer oder befristet war, schliesst die Arbeitnehmereigenschaft nicht aus. In einem neueren Urteil bezieht sich der EuGH für die Abgrenzung der Arbeitnehmereigenschaft von derjenigen des Arbeitgebers auf das Über- und Unterordnungsverhältnis (Urteil vom 15. Dezember 2012 C-151/04 / C-152/04 Nadin , Slg. 2005 I-1203 Randnr. 10, 31 f.). Die Arbeitnehmereigenschaft untersteht dabei einer Gesamtbetrachtung nach objektiven Gesichtspunkten, wobei für die Einordnung der Tätigkeit die Unternehmensorganisation entscheidend ist. Ähnliches (siehe BGE 140 II 460 E. 4.1.3 S. 468) gilt in Bezug auf das

AIG (SR 142.20; bis zum 1. Januar 2019: AuG [AS 2007 5437]).

E. 3.3

Prostitution fällt als selbstständig oder unselbstständig ausgeübte Erwerbstätigkeit in den Schutzbereich der Grundfreiheiten der EU. Ob sie von der betreffenden Person selbstständig oder unselbstständig ausgeübt wird, ist anhand der im Urteil des EuGH vom 20. November 2001 C-268/99 Jany und andere (Slg. 2001 I-8615 Randnr. 70 f.) aufgeführten Kriterien zu prüfen: Selbständige Prostitution liegt dann vor, wenn die Tätigkeit "nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses in Bezug auf die Wahl dieser Tätigkeit, die Arbeitsbedingungen und das Entgelt, in eigener Verantwortung und gegen ein Entgelt, das ihm vollständig und unmittelbar gezahlt wird", erfolgt. Insofern kann die Prostitution als eine von Selbstständigen ausgeübte Erwerbstätigkeit nur dann gelten, wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin moniert zunächst, dass sich der Entscheid auf die falschen Rechtsgrundlagen stütze. Die Vorinstanz habe nicht konsequent die Rechtsprechung des EuGH angewendet, sondern sich an den Bestimmungen von Art. 117 AIG und dem BGE 140 II 460 orientiert, welcher zwar ebenfalls die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt, aber nur diejenigen Elemente abgearbeitet habe, die auf die in jenem Fall massgeblichen Sachverhaltselemente zugetroffen hätten.

E. 4.2

Dieser Einwand ist nicht stichhaltig: Die Vorinstanz hat die EuGH-Rechtsprechung referiert und den vorliegenden Sachverhalt unter diese Kriterien subsumiert. Der erwähnte Bundesgerichtsentscheid prüfte, ob eine rumänische Staatsangehörige, welche als Prostituierte arbeitete, als selbstständig oder als unselbstständig Erwerbende zu gelten habe. Hier (siehe E. 5.2) wie dort handelt es sich um dieselbe Frage, weshalb die Kriterien, unter welche der Sachverhalt zu subsumieren ist, dieselben sind. Das ist das Entscheidende.

E. 5.1

Auf die rein appellatorisch gehaltenen Sachverhaltsrügen, welche lediglich den Standpunkt der Beschwerdeführerin darstellen, ist nicht einzutreten (BGE 141 IV 369 E. 6.3 S. 375). Abgesehen davon, sind die meisten Sachverhaltsrügen solche der Rechtsanwendung.

E. 5.2

Die Vorinstanz hat im Einklang mit der Beschwerdeführerin sachverhaltlich festgestellt, dass die Tätigkeit der Masseurin teilweise im Erbringen erotischer Dienstleistungen gegen Entgelt besteht. Insofern ist sie zu Recht davon ausgegangen, dass die Rechtsprechung zur Prostitution übernommen werden kann. Ob diese Dienstleistung das zentrale Element darstellt oder neben anderen angeboten wird, ist nicht relevant. Dies trifft auch und entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin auf die Anzahl der erotischen Massagen im Verhältnis zu den Eintritten zu. Entscheidend ist die Gesamtbetrachtung, weshalb es unbeachtlich ist, ob die Sauna auch ein Begegnungsort ist.

E. 5.3

Gestützt auf die vorinstanzlichen, nicht willkürlichen Sachverhaltsfeststellungen durfte die Vorinstanz von einer unselbstständigen Tätigkeit der Masseurin ausgehen:

E. 5.3.1

Sachverhaltlich ist unbestritten: Die Beschwerdeführerin betreibt eine Sauna, welche nach aussen in Erscheinung tritt. Der Raum, in dem die Masseure ihre Dienstleistung anbieten, ist Bestandteil dieses Betriebs und die Dienstleistungen der Masseure gehören zu dessen Konzept. Der Betrieb stellt den Masseuren zwecks Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit seine Infrastruktur zur Verfügung und entscheidet, welche Masseure in der Sauna arbeiten können.

E. 5.3.2

Entgegen ihrer Auffassung erteilt die Beschwerdeführerin den Masseuren generelle Weisungen: So enthalten die Richtlinien Anforderungen an die Sprache, die Ausbildung, die Anwesenheitszeiten und das Benehmen. Dass damit nicht auch Kunden gemeint sein können, ergibt sich schon daraus, dass das Verhalten keine nachteilige Ergebnisse für die Sauna haben darf. Auch gehen die Regeln weit über eine Hausordnung für Mieter hinaus. Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, dass keine Weisungen hinsichtlich der Anzahl der Massagen und keine Annahmepflicht bestanden habe. Aus den Erwägungen der Vorinstanz ergibt sich allerdings, dass im zu beurteilenden Zeitraum die Beschwerdeführerin ausdrücklich bestimmt hatte, in welcher Zeit die Masseure ihre Dienstleistungen mindestens anbieten müssten. Insoweit erwartete die Beschwerdeführerin von den Masseuren, dass sie ihre Dienstleistungen zu bestimmten Zeiten in der Sauna anbieten.

E. 5.3.3

Das Abhängigkeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und den Masseuren wird sodann durch den Internetauftritt verstärkt. Auf ihrer Website findet sich ein Bild des jeweiligen halbnackten Masseurs der Woche. Dieser wird prominent in einer eigenen Rubrik aufgeführt, was ein schnelleres Zurechtfinden erlaubt. Insofern erscheint auch dadurch ein Eingebundensein des Masseurs in den Club der Beschwerdeführerin als sehr naheliegend.

E. 5.3.4

Wie die Vorinstanz sodann zutreffend ausgeführt hat, kann mit dem Einkassieren des Verdienstes der Masseure, dem Abzug der Kosten und der maximalen zweimaligen Auszahlung pro Woche durch die Beschwerdeführerin nicht von einer Selbständigkeit der Masseure ausgegangen werden. Die Beschwerdeführerin behauptet zwar, dass eine vom EuGH geforderte unmittelbare Bezahlung durch die Kunden nicht möglich sei, da viele Gäste aufgrund ihrer Nacktheit mit Bankkarte bezahlen würden. Ob dies zutreffend ist, kann offenbleiben, denn es ändert nichts daran, dass die Beschwerdeführerin das von ihr eingenommene Geld nur nach Abzug der von den Masseuren erbrachten Leistungen ausbezahlt und ihr das Einkassieren des Entgelts der Masseure damit dazu dient, die Bezahlung ihrer eigenen Leistungen sicherzustellen.

E. 5.3.5

Abgerundet wird das Abhängigkeitsverhältnis zudem dadurch, dass die Beschwerdeführerin alle administrativen Belange der Masseure erledigt. Insofern hat die Vorinstanz dieses Element in der Gesamtwertung zu Recht als ein Element berücksichtigt, welches gegen eine Selbständigkeit spricht.

E. 5.3.6

Unbeachtlich ist, wie und bei wem die Mehrwertsteuer abgezogen wird. Das Mehrwertsteuerrecht hat seine eigene Begriffe. Entscheidend ist hier nur der Begriff des Arbeitnehmers nach Art. 6 ff. Anh. I FZA.

E. 6

Wenn die Masseure als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind, wird entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin mit dem vorliegenden Entscheid von vornherein nicht Art. 5 FZA verletzt. Die Dienstleistungsfreiheit wird nicht, auch nicht faktisch eingeschränkt.

E. 7

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Entsprechend dem Verfahrensausgang trägt die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens (Art. 66 Abs. 1 BGG). Parteientschädigungen sind keine geschuldet (Art. 68 BGG).

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