

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.114 vom 4. Dezember 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-12-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2016.114](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.114)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.114 du 4 décembre 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.114 del 4 dicembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Das Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt hat den Rekurs mit Schreiben vom 12. Mai 2016 dem Verwaltungsgericht zum Entscheid überwiesen, womit gemäss § 42 des Organisationsgesetzes (OG; SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) dessen Zuständigkeit gegeben ist. Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 in Verbindung mit § 99 des Gerichtsorganisationsgesetzes [GOG; SG 154.100]). Für das Verfahren gelten die Bestimmungen des VRPG. Als Adressatin des angefochtenen Entscheids ist die Rekurrentin unmittelbar berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung, weshalb sie gemäss § 13 Abs. 1 VRPG zum Rekurs legitimiert ist. Auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist somit einzutreten.

1.2 Die Kognition des Verwaltungsgerichts richtet sich nach § 8 VRPG. Demnach hat das Verwaltungsgericht zu prüfen, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt, wesentliche Form- oder Verfahrensvorschriften verletzt, öffentliches Recht nicht oder nicht richtig angewendet oder von dem ihr zustehenden Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht hat.

1.3 Das Gericht prüft einen angefochtenen Entscheid gestützt auf die Begründungsobliegenheit gemäss § 16 Abs. 2 Satz 1 VRPG aber nicht von sich aus unter allen in Frage kommenden Aspekten, sondern untersucht im Lichte des Rügeprinzips nur die rechtzeitig vorgebrachten konkreten Beanstandungen. Dabei hat der Rekurrent oder die Rekurrentin seinen bzw. ihren Standpunkt substantiiert vorzutragen und sich mit den Erwägungen im angefochtenen Entscheid auseinanderzusetzen (Wullschleger/ Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 305; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 477, 504; VGE VD.2016.66 vom 20. Juni 2016 E. 1.3).

### **E. 2**

2.1 Nach Art. 11 Abs. 1 des Ausländergesetzes (AuG; SR 142.20) benötigen Ausländerinnen und Ausländer, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben wollen, unabhängig von der Aufenthaltsdauer eine Bewilligung, welche bei der am vorgesehenen Arbeitsort zuständigen Behörde zu beantragen ist. Als Erwerbstätigkeit gilt dabei jede üblicherweise gegen Entgelt ausgeübte unselbständige oder selbständige Tätigkeit, selbst wenn sie unentgeltlich erfolgt (Art. 11 Abs. 2 AuG). Bei unselbständiger Erwerbstätigkeit ist die Bewilligung von der Arbeitgeberin oder vom Arbeitgeber zu beantragen (Art. 11 Abs. 3 AuG), wobei Geschäftsführer und Geschäftsführerinnen eines Massagesalons bzw.

eines Bordells grundsätzlich als ArbeitgeberInnen zu qualifizieren sind (vgl. statt vieler BGE140 II 460 E. 4.3.1 S. 469 f., 128 IV 170 E. 4 S. 174 ff.), was vorliegend zu Recht unbestritten ist. Art. 14 AuG ermächtigt den Bundesrat, günstigere Bestimmungen über die Bewilligungs- und Anmeldepflicht zu erlassen, insbesondere um vorübergehende Dienstleistungen zu erleichtern. Art. 9 Abs. 1 bis der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP; SR 142.203) besagt ferner, dass bei einem Stellenantritt in der Schweiz bis zu drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres sinngemäss das Anmeldeverfahren (Meldepflicht, Verfahren, Angaben, Fristen) nach Art. 6 des Entsendegesetzes (EntsG; SR 823.20) und nach Art. 6 der Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsV; SR 823.201) gilt. Art. 9 Abs. 1 bis VEP bestimmt sodann ausdrücklich, dass der Lohn nicht gemeldet werden muss. Daraus ergibt sich, dass die übrigen Angaben gemäss Art. 6 EntsG und Art. 6 EntsV auch für die Anmeldung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 bis VEP zwingend sind. Schliesslich muss gemäss Art. 9 Abs. 1 bis VEP bei einem Stellenantritt in der Schweiz bis zu drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres die Anmeldung spätestens am Tag vor Beginn der Tätigkeit erfolgen. Gemäss Art. 6 EntsG hat die Meldung an die zuständige kantonale Behörde schriftlich zu erfolgen und Zahl und Namen der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, das Datum des Arbeitsbeginns, die voraussichtliche Dauer der Arbeiten, die Art der auszuführenden Arbeiten sowie den genauen Ort, an dem die Arbeiten ausgeführt werden, zu enthalten. Gemäss Art. 6 Abs. 4 lit. d EntsV muss die Meldung unter anderem den genauen Ort, wo die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt werden, enthalten. Art. 6 Abs. 2 lit. f EntsV hält zudem fest, dass im Erotikgewerbe eine Meldung unabhängig von der Dauer der Arbeiten notwendig ist.

2.2 Gemäss Art. 6 des Bundesgesetzes über die Schwarzarbeit (BGSA; SR 822.41) prüft das kantonale Kontrollorgan die Einhaltung der genannten Melde- und Bewilligungspflichten gemäss Sozialversicherungs-, Ausländer- und Quellensteuerrecht. Für die Kosten der Kontrollen werden bei den kontrollierten Personen Gebühren erhoben, wenn Verstösse nach Art. 6 BGSA aufgedeckt worden sind. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten und legt den Gebührentarif fest (Art. 16 Abs. 1 BGSA). In Art. 7 Abs. 2 der Verordnung gegen die Schwarzarbeit (VOSA; SR 822.411) wird demnach festgehalten, dass die Gebühren höchstens CHF 150.■ pro Stunde Tätigkeit der mit den Kontrollen betrauten Personen betragen, zuzüglich der dem Kontrollorgan entstandenen Auslagen und die Höhe der Gebühr in einem angemessenen Verhältnis zu dem für die Ermittlung des festgestellten Verstosses erbrachten Kontrollaufwand stehen muss. Verstösse gegen die melderechtlichen Vorgaben werden ausserdem strafrechtlich geahndet. Demgemäss wird mit einer Busse bis zu CHF 5■000.■ bestraft, wer vorsätzlich oder fahrlässig die Meldepflichten nach Art. 9 Abs. 1 bis verletzt (Art. 32a VEP).

2.3 Mit dem Gesagten stellt eine Anmeldung am Tag des Beginns der Tätigkeit eine Meldepflichtverletzung im Sinne von Art. 32a VEP sowie Art. 16 Abs. 1 BGSA und Art. 7 VOSA dar und rechtfertigt damit sowohl eine Verwarnung als auch eine Gebührenerhebung. Gleiches gilt in Bezug auf die Anmeldung durch eine andere Person als den Arbeitgeber oder die Angabe eines falschen Arbeitgebers. Die Vorinstanz hat unter Verweis auf den Kommentar des SECO zu den flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit erwogen, der Grund für das Erfordernis der Angabe des genauen Einsatzorts bestehe darin, dass diese Angabe für die Durchführung der Kontrollen unabdingbar sei. Gemäss dem erwähnten Kommentar ist die Angabe des genauen

Einsatzorts für die Durchführung der Kontrollen der Einhaltung der Lohn- und Arbeitsbedingungen gemäss EntsG unabdingbar (SECO, Kommentar Flankierende Massnahmen zur Personenfreizügigkeit, Bern 2008, S. 26 und 29). Diese Feststellung ist für EU-Angehörige, die in der Schweiz eine Stelle antreten, zwar insoweit nicht zutreffend, als die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen gemäss EntsG für sie keine Geltung beanspruchen. Auch bei EU-Angehörigen, die im Rahmen des Meldeverfahrens gemäss Art. 9 Abs. 1bisVEP eine Stelle in der Schweiz antreten, hat das kantonale Kontrollorgan aber die Einhaltung der Meldepflicht gemäss Ausländerrecht zu prüfen (Art. 6 BGSA). Auch diesbezüglich setzt die wirksame Wahrnehmung der Kontrollaufgabe Kenntnis des genauen Einsatzortes voraus, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat. Folglich stellen auch die fehlende Angabe des Einsatzorts oder die Angabe eines falschen Einsatzorts eine Meldepflichtverletzung im Sinne von Art. 32a VEP sowie Art. 16 Abs. 1 BGSA und Art. 7 VOSA dar und rechtfertigen damit jeweils sowohl eine Verwarnung als auch eine Gebührenerhebung.

### **E. 3.1**

Die Rekurrentin bestreitet als Geschäftsführerin des Salons C\_\_\_\_\_ und Arbeitgeberin die Verletzung der entsprechenden Meldepflichten und die daraus resultierende Verwarnung und Gebührenerhebung.

3.1.1 Die Rekurrentin lässt zunächst sinngemäss ausführen, aufgrund der von der Meldesoftware des AWA eröffneten Möglichkeit, als ersten Tag des Arbeitseinsatzes denselben Tag wie das Meldedatum einzutragen, dürfe man davon ausgehen, am Meldetag arbeiten zu dürfen. Gemäss eigenen Angaben ist der Rekurrentin die Regelung von Art. 9 Abs. 1bisVEP, wonach die Anmeldung bei einem Stellenantritt in der Schweiz bis zu drei Monaten innerhalb eines Kalenderjahres spätestens am Tag vor Beginn der Tätigkeit erfolgen muss, aber bekannt gewesen (Rekursbegründung Ziff. 6). Damit hat die Rekurrentin gewusst, dass die Arbeit erst am der Meldung folgenden Tag aufgenommen werden darf. Im Falle der Rekurrentin ist es deshalb ausgeschlossen, dass die Möglichkeit, bei der elektronischen Meldung als ersten Tag des Arbeitseinsatzes den Tag der Meldung einzusetzen, den falschen Eindruck erweckt hat, es dürfe bereits am Tag der Meldung gearbeitet werden. Folglich sind die diesbezüglichen Ausführungen der Rekurrentin für die Beurteilung des vorliegenden Falls unerheblich.

3.1.2 Die Rekurrentin macht ferner geltend, sie habe der Einfachheit halber zwar als ersten Tag des Arbeitseinsatzes jeweils den Meldetag angegeben, die von ihr angestellten Damen hätten ihre Arbeit jedoch erst am Folgetag aufgenommen. Dabei handelt es sich offensichtlich um eine Schutzbehauptung. Das in der jeweiligen Meldung angegebene Datum für den Arbeitsbeginn durfte von der Vorinstanz zu Recht als gewichtiges Indiz betrachtet werden, dass der Arbeitsbeginn auch an diesem Tag stattgefunden hat. Da die Rekurrentin gemäss ihren eigenen Angaben gewusst hat, dass die Arbeit erst am der Meldung folgenden Tag aufgenommen werden darf, hätte sie nicht den geringsten Grund gehabt, mit der Angabe des Meldedatums als ersten Tag des Arbeitseinsatzes unnötigerweise den Eindruck eines rechtswidrigen Verhaltens zu schaffen, wenn die Arbeitnehmerinnen ihre Arbeit nicht tatsächlich bereits an diesem Tag aufgenommen hätten. Insbesondere ist es auch nicht einfacher, zweimal das Datum der Meldung anstatt einmal das Datum der Meldung und einmal das Datum des Folgetags einzugeben. Zudem würde mit der Meldung eines früheren als des tatsächlichen Einsatzbeginns jeweils unnötigerweise ein Tag der ■ auf drei Monate pro Jahr beschränkten ■ bewilligungsfreien

Erwerbstätigkeit (vgl. Art. 4 Abs. 4 VEP) aufgebraucht. Dass die Rekurrentin auf diese Weise den eigenen Interessen und denjenigen ihrer Arbeitnehmerinnen zuwiderhandelt, erscheint als sehr unwahrscheinlich. Dass es, wie replicando argumentiert, ■ sofern am ersten Tag nicht gearbeitet werden dürfe ■ nur logisch wäre, ■[ ] anzunehmen, dass der erste Tag auch nicht an die verfügbaren Einsatztage angerechnet werden ■ dürfe, ist nicht nachvollziehbar. Indem die Rekurrentin als ersten Tag des Arbeitseinsatzes den Tag der Meldungen angegeben hat, hat sie denn auch selbst behauptet, dass die Arbeitnehmerinnen ihre Arbeit an diesem Tag aufgenommen haben. Unter diesen Umständen obläge der Beweis, dass die Tätigkeit entgegen ihren eigenen Angaben erst später begonnen worden ist, der Rekurrentin und nicht den Behörden und kann entgegen der Ansicht der Rekurrentin in keiner Weise von einer falschen Sachverhaltsfeststellung ausgegangen werden. Die vorliegende Gebührenerhebung mit Verwarnung ist primär verwaltungsrechtlicher Natur, weshalb die von der Rekurrentin angerufene Unschuldsvermutung hier keine Anwendung findet. Nur nebenbei sei angemerkt, dass auch im Kernstrafrecht die Beweisanforderungen im Hinblick auf die Unschuldsvermutung nicht per se höher sind, in objektiver Hinsicht mithin eine erhebliche Wahrscheinlichkeit sowie in subjektiver Hinsicht die volle Überzeugung des Richters genügen, womit ein Schuldspruch beispielsweise auch möglich ist, wenn Aussage gegen Aussage steht (vgl. BVGer B-581/2012 vom 16. September 2016 E. 5.5.2). Aus dem Umstand, dass die Rekurrentin von Januar bis März 2016 eine Vielzahl von Meldungen erst am ersten Tag des Einsatzzeitraums erstattet haben soll (vgl. Rekursbeilage 2: Rechtliches Gehör vom 17. März 2016), kann jedenfalls nicht geschlossen werden, dass sie die betreffenden Arbeitnehmerinnen jeweils erst am Folgetag eingesetzt hat. Dieser Umstand deutet vielmehr darauf hin, dass die Rekurrentin trotz des hängigen Verfahrens noch immer nicht gewillt ist, die Meldungen gesetzeskonform zu erstatten.

3.1.3 Die Rekurrentin macht weiter geltend, dass ihr in der erstinstanzlichen Verfügung vom 28. April 2015 vorgeworfen worden sei, dass D\_\_\_\_ und E\_\_\_\_ für Arbeiten in der Schweiz am 10. November 2014 sowie F\_\_\_\_ und G\_\_\_\_ für Arbeiten in der Schweiz am 9. April 2015 nicht gemeldet worden seien, sowie dass H\_\_\_\_ und I\_\_\_\_ für Arbeiten in der Schweiz vom 4. bis 8. Februar 2015 verspätet nach Arbeitsbeginn am 4. März 2015 gemeldet worden seien (vgl. Rekursbegründung vom 21. August 2015 Rz. 3). Entgegen ihrer Darstellung wird ihr jedoch auch vorgeworfen, dass D\_\_\_\_, E\_\_\_\_ und F\_\_\_\_ zum Kontrollzeitpunkt bei anderen Arbeitgebern gemeldet gewesen seien (Verfügung vom 28. April 2015 Ziff. 6). Zudem kann die Gebührenerhebung auch mit in der Begründung der erstinstanzlichen Verfügung nicht erwähnten Meldepflichtverletzungen begründet werden, soweit diese im Zusammenhang mit den Erwerbstätigkeiten bzw. im Rahmen der Meldungen, die Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung bilden, begangen worden sind. Der Anklagegrundsatz, wonach unter anderem der Prozessstoff durch eine Anklagebehörde genau umschrieben werden muss und damit das Prozessthema fixiert wird, gilt im Verwaltungsverfahren nicht und ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch im Verwaltungsstrafrecht nicht anwendbar, wenn mit Bestrafungen Verstösse gegen verwaltungsrechtliche Pflichten sanktioniert werden und diese damit die Durchsetzung des Verwaltungsrechts bezwecken (vgl. BGE 141 II 383 E. 3.4 S. 357 f., mit Hinweisen). Dies muss umso mehr gelten, als ■ wie hier ■ anstatt einer Busse lediglich eine Verwarnung ausgesprochen wird. Schliesslich würde zur Begründung der Verwarnung eine einzige Meldepflichtverletzung genügen.

3.1.4 Die Rekurrentin ist sodann der Auffassung, der Vorwurf strafbaren Verhaltens in Bezug auf D\_\_\_\_ und E\_\_\_\_, wonach für jeden Einsatzort eine separate Meldung hätte abgesetzt werden müssen, verstosse gegen das Legalitätsprinzip im Strafrecht (■ nullum crimen nulla poena sine lege ■) und gegen das Verbot des überspitzten Formalismus und sei willkürlich. Auch dem kann nicht gefolgt werden. So ist die Rekurrentin zunächst darauf hinzuweisen, dass das AWA auf die Aussprechung einer Strafe eben gerade verzichtet hat und einer Verwarnung keinen Strafcharakter beigemessen werden kann, weshalb die entsprechenden Beanstandungen an der Sache vorbeizielten. Zudem sind die Meldepflichten auch in Bezug auf den genauen Einsatzort hinreichend bestimmt sowie voraussehbar formuliert (vgl. E. 2.3) und ist die diesbezügliche Einschätzung der Vorinstanzen im Ergebnis auch inhaltlich richtig. D\_\_\_\_ und E\_\_\_\_ sind für die Einsatzdauer vom 10. bis 16. November 2014 zwar für einen Einsatz beim Arbeitgeber J\_\_\_\_ am Einsatzort J\_\_\_\_ / Bar C\_\_\_\_ gemeldet gewesen. Die Einsätze am 10. November 2014 bei der Rekurrentin als Arbeitgeberin am Einsatzort Salon C\_\_\_\_ sind aber nicht gemeldet worden. Selbst wenn für Einsätze sowohl im J\_\_\_\_ als auch im Salon C\_\_\_\_ die Rekurrentin als Betreiberin bzw. Geschäftsführerin (vgl. dazu Schreiben des Fahndungsdiensts vom 4. August 2015) und deshalb als Arbeitgeberin betrachtet wird und die Angabe J\_\_\_\_ / Bar C\_\_\_\_ als Einsatzort als zulässig erachtet würde, sind weder die korrekte Arbeitgeberin noch der korrekte Einsatzort gemeldet worden. Die Bezeichnung des Betriebs, für den die Rekurrentin verantwortlich ist, lautet gemäss Zentralem Migrationssystem (ZEMIS) nicht Bar C\_\_\_\_, sondern Salon C\_\_\_\_. Da der Begriff C\_\_\_\_ nur schwach kennzeichnend ist, ist der Unterscheid zwischen Bar und Salon keineswegs vernachlässigbar. Im Übrigen genügt die Meldung der Stellenantritte von D\_\_\_\_ und E\_\_\_\_ vom 10. November 2014 den gesetzlichen Anforderungen auch deshalb nicht, weil sie erst am ersten Einsatztag erfolgt ist. Unter diesen Umständen braucht die Frage, ob die Auffassung des AWA und des WSU, bei mehreren Einsatzorten müsse jeder Einsatzort einzeln gemeldet werden (vgl. E-Mail des AWA vom 4. April 2016 und Rekursantwort vom 29. Juli 2016 Ziff. 4), richtig ist oder nicht, nicht abschliessend erörtert zu werden.

Auch in Bezug auf F\_\_\_\_ bestreitet die Rekurrentin zu Unrecht, die Meldepflicht betreffend den Einsatzort verletzt zu haben. F\_\_\_\_ ist für die Einsatzdauer vom 5. bis 12. April 2015 zwar für einen Einsatz bei der Arbeitgeberin K\_\_\_\_ AG gemeldet gewesen. Der Einsatz am 9. April 2015 bei der Rekurrentin als Arbeitgeberin am Einsatzort Salon C\_\_\_\_ ist aber nicht gemeldet worden. Die Rekurrentin wendet dagegen ein, L\_\_\_\_ sei nicht nur Geschäftsführer der K\_\_\_\_ AG, sondern über die M\_\_\_\_ AG auch an der B\_\_\_\_ GmbH beteiligt. Selbst wenn diese Behauptungen zutreffen, kann daraus nicht abgeleitet werden, dass die K\_\_\_\_ AG für Einsätze im Salon C\_\_\_\_ als Arbeitgeberin betrachtet werden könnte. Damit sind weder die korrekte Arbeitgeberin noch der korrekte Einsatzort gemeldet worden.

Die Rekurrentin hat nie bestritten, dass D\_\_\_\_, E\_\_\_\_ und F\_\_\_\_ im Salon C\_\_\_\_ gearbeitet haben. Folglich ist davon auszugehen, dass die Damen der Salonprostitution nachgegangen sind. Dies wird von der Rekurrentin selbst in ihrer Replik vom 30. September 2016 auf S. 5 bestätigt, indem sie ihren Rechtsbeistand ausführen lässt ■ Das K7 oder auch die verfügende Behörde hätten bloss nachzufragen brauchen und hätten innert kürzester Zeit Antwort bekommen, in welchem Salon die jeweilige Dame ihre Dienstleistungen anbietet. ■ [Hervorhebung schwarz hinzugefügt]. Salonprostituierte bieten ihre Dienstleistungen in einem Betrieb an und sind deshalb mit Aussendienstmitarbeitern

z.B. einer Spenglerei nicht vergleichbar. Zudem muss bei Aussendienstmitarbeitern bzw. im Escort Service tätigen Damen zumindest der Betrieb, von dem aus die Ausseneinsätze geleistet werden, korrekt angegeben werden. Schliesslich wird der Rekurrentin auch nicht vorgeworfen, allfällige Einsatzorte der Damen ausserhalb des Salons nicht gemeldet zu haben. Damit kann die Rekurrentin aus dem Vergleich mit Aussendienstmitarbeitern nichts zu ihren Gunsten ableiten.

3.1.5 Die Behauptung der Rekurrentin, bei der Meldung des Stellenantritts von H\_\_\_\_ und I\_\_\_\_ vom 4. März 2015 habe sie als Arbeitszeitraum versehentlich 4. bis 8. Februar statt 4. bis 8. März 2015 angegeben, erscheint nachvollziehbar. Dies ändert aber nichts daran, dass die Meldung erst am ersten Tag der Tätigkeit und damit zu spät erstattet worden ist.

3.2 Zusammenfassend ist mit Hinweis auf die Begründung in der angefochtenen Verfügung festzuhalten, dass die Rekurrentin im Zusammenhang mit der Beschäftigung von diversen ungarischen Arbeitnehmerinnen im Sexgewerbe ihre Meldepflichten verletzt hat und entgegen ihrer Auffassung die Verfügung des AWA im Ergebnis rechtmässig erfolgt ist.

#### **E. 4**

Aus den vorstehenden Erwägungen erweist sich der Rekurs in allen Teilen als unbegründet und ist deshalb abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt gemäss § 30 Abs. 1 Satz 1 VRPG die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 1■000.■.

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