

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.46 vom 16. Dezember 2016**

BS Appellationsgericht, 2016-12-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2018.46](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2018.46)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.46 du 16 décembre 2016

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2018.46 del 16 dicembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Das Präsidialdepartement des Kantons Basel-Stadt überwies den Rekurs mit Schreiben vom 21. März 2018 dem Verwaltungsgericht zum Entscheid. Damit ist gemäss § 42 des Organisationsgesetzes (OG, SG 153.100) in Verbindung mit § 12 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) dessen Zuständigkeit gegeben. Zuständig ist das Dreiergericht (§ 92 Abs. 1 Ziff. 11 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 folglich ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Abänderung. Gemäss § 13 Abs. 1 VRPG ist sie somit zum Rekurs legitimiert. Auf den frist- und formgerecht eingereichten Rekurs ist einzutreten.

Zu ergänzen bleibt, dass das AWA verfügte, es werde festgestellt, dass [...], Geschäftsführer der Rekurrentin, in Bezug auf die im Saunaclub tätigen Masseur als Arbeitgeber im Sinne des Ausländerrechts einzustufen sei (Dispositiv Ziff. 1 der Verfügung des AWA vom 16. Dezember 2016). In der Folge auferlegte es die in Art. 9 Abs. 1bis der Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs (VEP, SR 142.203) statuierte Meldepflicht dem Geschäftsführer der Rekurrentin, [...] (Dispositiv Ziff. 2 der Verfügung des AWA vom 16. Dezember 2016). Das WSU stellte fest, mit dieser Verfügung werde primär die Rekurrentin als Arbeitgeberin eingestuft (Entscheid vom 20. Dezember 2017, E. 2). Die Rekurrentin ist ebenfalls der Auffassung, mit der Verfügung vom 16. Dezember 2016 habe das AWA festgestellt, dass sie Arbeitgeberin im Sinn des Ausländergesetzes sei (Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 7 und 15). Unter diesen Umständen hat das Verwaltungsgericht keinen Anlass, die Feststellung des WSU zum Inhalt der Verfügung vom 16. Dezember 2016 zu überprüfen (vgl. § 18 VRPG). Ob die Rekurrentin zu Recht als Arbeitgeberin im ausländerrechtlichen Sinn qualifiziert wurde, ist nachfolgend zu prüfen (vgl. E. 3 f.).

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.

### **E. 2**

In ihrer Replik beantragt die Rekurrentin den Beizug von Akten und eine amtliche Erkundigung betreffend Vorgänge im Jahr 2008. In Anwendung von § 16 Abs. 2 VRPG müssen nach feststehender Praxis des Verwaltungsgerichts bereits mit der

Rekursbegründung alle Sachverhaltsvorbringen erhoben und belegt werden (VGE VD.2017.49 vom 20. Juni 2018 E. 1.3, VD.2016.194 vom 27. Dezember 2016 E. 2.4, VD.2016.96 vom 5. November 2016 E. 4.4.6). In späteren Eingaben kann die Rekurrentin keine Noven mehr vorbringen, es sei denn, die neuen Tatsachen oder Beweismittel hätten sich erst später ereignet, seien erst später bekannt geworden oder es habe zu den betreffenden Vorbringen vorher kein Anlass bestanden (VGE 765/2007 vom 7. November 2008 E. 5; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, in: BJM 2005, S. 277, 307). Nach der jüngeren Praxis des Verwaltungsgerichts sind sogar nur noch echte Noven zulässig (VGE VD.2016.96 vom 5. November 2016 E. 4.4.6, VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.1, VD.2014.99 vom 21. Mai 2015 E. 1.3.2). Für den Fall, dass die Rekurrentin die erwähnten Beweisanträge für rechtserheblich hält, hätte sie diese bei sorgfältiger Prozessführung bereits in ihrer Rekursbegründung 8. März 2018 stellen müssen. Folglich handelt es sich um unzulässige unechte Noven. Auf die Beweisanträge ist deshalb nicht einzutreten.

Im Übrigen wären sie ohnehin abzuweisen. Die Rekurrentin begründet ihre Beweisanträge damit, dass aus dem Vertrauensprinzip abzuleiten sei, dass die bisherige Lösung richtig sei (vgl. Replik, S. 2 f.). Dies ist unrichtig. Eine Praxisänderung ist zulässig, wenn ernsthafte und sachliche Gründe für die neue Praxis sprechen, die Änderung grundsätzlich erfolgt, das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit überwiegt und die Praxisänderung keinen Verstoß gegen Treu und Glauben darstellt (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N 589 ff.). Wie sich aus den folgenden Erwägungen ergibt, sprechen ernsthafte und sachliche Gründe für die aktuelle Praxis. Aus diesen Gründen überwiegt im Fall einer Praxisänderung das Interesse an der richtigen Rechtsanwendung gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit. Dass die zuständigen Behörden nicht gewillt wären, die im vorliegenden Fall angewandte Praxis in Zukunft auf alle gleichartigen Fälle anzuwenden, behauptet die Rekurrentin zu Recht nicht. Mit E-Mail vom 16. November 2016 teilte das AWA der Rekurrentin mit, aus seiner Sicht sei es nicht klar, ob es sich bei den Masseuren tatsächlich um selbständig Erwerbstätige handle. Dies werde von ihm neu abgeklärt. Bis zum definitiven Entscheid würden die Masseure aus Gründen des Vertrauensschutzes weiterhin als selbständig Erwerbstätige behandelt (E-Mail des AWA vom 16. November 2016; vgl. Verfügung des AWA vom 16. Dezember 2016, Ziff. 1.4). Mit Verfügung vom 16. Dezember 2016 entschied das AWA, dass der Geschäftsführer der Rekurrentin im ausländerrechtlichen Sinn Arbeitgeber der Masseure und als solcher verpflichtet sei, deren Stellenantritt zu melden. Gemäss der Verfügung des AWA vom 16. Dezember 2016 ist die Meldung allerdings erst für kurzfristige Stellenantritte ab dem 16. Januar 2017 zwingend. Damit wurde der Grundsatz des Vertrauensschutzes beachtet und verstösst eine allfällige Praxisänderung nicht gegen Treu und Glauben. Im Übrigen setzt der Anspruch auf Vertrauensschutz voraus, dass der Private gestützt auf sein berechtigtes Vertrauen in die Vertrauensgrundlage eine Disposition getroffen hat, die nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht werden kann (VGE VD.2016.188 vom 12. Januar 2017 E. 2.8.3; Tschannen/Zimmerli/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 22 N 12). Eine solche nachteilige Disposition behauptet die Rekurrentin nicht. Aus den vorstehenden Gründen kann die Rekurrentin für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses aus der bisherigen Praxis nichts zu ihren Gunsten ableiten. Folglich sind die Vorgänge im Jahr 2008, die mit den von der Rekurrentin beantragten Beweismitteln bewiesen werden sollen, nicht rechtserheblich.

### **E. 3**

3.1 Gemäss 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 selbständige Dienstleistungserbringerin oder einen selbständigen Dienstleistungserbringer bis zu 90 Arbeitstagen innerhalb eines Kalenderjahres sinngemäss das Anmeldeverfahren 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). Dass die Erwerbstätigkeit der Masseure in der Sauna der Rekurrentin gemäss Art. 9 Abs. 1bis VEP gemeldet werden muss, ist unbestritten. Strittig ist, ob sie im Rahmen eines Stellenantritts bei der Rekurrentin als Arbeitgeberin erfolgt oder ob die Masseure als selbständige Dienstleistungserbringer tätig sind. Zu beantworten ist damit die Frage, ob die Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Stellenantritts bei der Rekurrentin als Arbeitgeberin erfolgt oder ob die Masseure als selbständige Dienstleistungserbringer tätig sind. Fraglich ist somit, ob die Masseure als Arbeitnehmer bzw. unselbständig Erwerbende oder als selbständig Erwerbende zu qualifizieren sind bzw. ob sie einer Arbeitnehmertätigkeit bzw. unselbständigen Erwerbstätigkeit oder einer selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen. Da die VEP die schrittweise Einführung des freien Personenverkehrs nach den Bestimmungen des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (FZA, SR 0.142.112.681) regelt (Art. 1 VEP), sind die erwähnten Begriffe im Sinne dieses Abkommens zu verstehen (vgl. BGE 140 II 460 E. 3.3.3 S. 464 f. und E. 4.1 S. 465).

3.2 Die Begriffe des unselbständig Erwerbenden bzw. Arbeitnehmers und des selbständig Erwerbenden werden im FZA nicht definiert, sind aber solche des Gemeinschaftsrechts. Für ihre Auslegung ist deshalb gemäss Art. 16 Abs. 2 FZA die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) zu berücksichtigen (vgl. BGE 140 II 460 E. 4.1 S. 465, 131 II 339 E. 3.1 S. 344 f.; Pärli, Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung für die arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsansprüche nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Jusletter 14. August 2006, N 35; Schnell, Arbeitnehmerfreizügigkeit in der Schweiz, Diss. Zürich 2010, S. 246). Dabei ist grundsätzlich die Rechtsprechung des EuGH vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung am 21. Juni 1999 massgebend. Von der Auslegung abkommensrelevanter unionsrechtlicher Bestimmungen durch den EuGH, die nach dem Unterzeichnungsdatum erfolgte, ist allerdings nur bei Vorliegen triftiger Gründe abzuweichen (BGE 140 II 460 E. 4.1 S. 466).

### **E. 3.3**

3.3.1 Der Begriff des Arbeitnehmers ist gemäss dem EuGH weit auszulegen (Urteil EuGH vom 3. Juli 1986 66/85 Lawrie-Blum, Slg. 1986 2121 N 16; BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 466, 131 II 339 E. 3.2 S. 345; Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016, § 1 N 107; Pärli, a.a.O., Rz. 38). Nach der Rechtsprechung des EuGH besteht das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung eine Vergütung erhält (Urteile des EuGH vom 7. September 2004 C-456/02 Trojani, Slg. 2004 I-07573 N 15; vom 8. Juni 1999 C-337/97 Meeusen, Slg. 1999 I-3289 N 13; vom 14. Dezember 1989 C-3/87 Aegate, Slg. 1989 4459 N 35; vom 21. Juni 1988 197/86 Brown, Slg. 1988 3205 N 21; Lawrie-Blum, a.a.O., N 17; Kocher, a.a.O., § 1 N 109 und § 3 N 21; Pärli, a.a.O., Rz. 39; vgl. BGE 131 II 339 E. 3.2 S. 345). Aus diesem Grund

ist eine Tätigkeit, die jemand nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses ausübt, gemäss dem EuGH als selbständige Erwerbstätigkeit anzusehen (Urteile des EuGH vom 15. Dezember 2005 C-151/04 / C-152/04 Nadin, Slg. 2005 I-11203 N 31; vom 20. November 2001 C-268/99 Jany u.a., Slg. 2001 I-8615 N 34; vgl. Urteil Meeusen, a.a.O., N 15 und 17). Somit ist davon auszugehen, dass die Kriterien der Weisungsgebundenheit und des Unterordnungsverhältnisses gleichbedeutend sind (vgl. Kocher, a.a.O., § 1 N 108 und 121; Pärli, a.a.O., Rz. 40). Die Weisungsgebundenheit kann sich in vielfältiger Weise ausdrücken. Sie beschränkt sich nicht allein auf die Pflicht, gewisse Anweisungen auszuführen und Vorschriften einzuhalten (Schnell, a.a.O., S. 146). Die Weisungsgebundenheit drückt sich in der Regel darin aus, dass eine Arbeit die Integration des Beschäftigten in die Organisation des Unternehmens mit sich bringt (Kocher, a.a.O., § 1 N 122). Zur Vermeidung von Missbrauch ist bei der Prüfung der Weisungsgebundenheit eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzuwenden (Kocher, a.a.O., § 1 N 123). Der blosse Umstand, dass die Tätigkeit nur von kurzer Dauer oder befristet ist, steht als solcher der Qualifikation als unselbständige Erwerbstätigkeit nicht entgegen (Urteil des EuGH vom 6. November 2003 C-413/01 Ninni-Orasche, Slg. 2003 I-13187 N 25; BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 467). Die Entlohnung einer Person im Wege einer Ertragsbeteiligung schliesst ihre Arbeitnehmereigenschaft ebenfalls nicht aus (Urteil Agegate, a.a.O., N 36; BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 467). Der Begriff des Arbeitnehmers ist nach objektiven Kriterien zu definieren, die das Arbeitsverhältnis in Ansehung der Rechte und Pflichten der betreffenden Personen charakterisieren (Urteil Ninni-Orasche, a.a.O., N 24; BGE 131 II 339 E. 3.2 S. 345; Kocher, a.a.O., § 1 N 123). Die Beantwortung der Frage, ob ein Arbeitsverhältnis gegeben ist, hängt von einer Gesamtbetrachtung aller objektiven Umstände ab, welche die Tätigkeit und die Beziehung zwischen den Parteien charakterisieren (vgl. Urteile Trojani, a.a.O., N 17 und Agegate, a.a.O., N 36; BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 467). Dabei ist die Unternehmensorganisation entscheidend (BGE 140 II 460 E. 4.1.1 S. 467). Die Qualifikation des Beschäftigungsverhältnisses nach nationalem Recht ist für die Arbeitnehmereigenschaft im Sinn des Gemeinschaftsrechts nicht erheblich (vgl. Urteil Trojani, a.a.O., N 16; BGE 131 II 339 E. 3.3 S. 346; Pärli, a.a.O., Rz. 46).

3.3.2 Prostitution kann als selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit ausgeübt werden (BGE 140 II 460 E. 4.2 S. 468). Nach der Rechtsprechung des EuGH ist Prostitution nur dann als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren, wenn nachgewiesen ist, dass die Dienstleistende sie wie folgt ausübt: a) nicht im Rahmen eines Unterordnungsverhältnisses in Bezug auf die Wahl dieser Tätigkeit, die Arbeitsbedingungen und das Entgelt, b) in eigener Verantwortung und c) gegen ein Entgelt, das ihr vollständig und unmittelbar gezahlt wird (Urteil Jany u.a., a.a.O., N 71; vgl. auch: BGE 140 II 460 E. 4.1.2 S. 467 f.). Aus dem Umstand, dass der EuGH für die Qualifikation der Prostitution als selbständige Erwerbstätigkeit zusätzlich zur Voraussetzung des Fehlens eines Unterordnungsverhältnisses zwei weitere Voraussetzungen statuiert, ergibt sich, dass ein Unterordnungsverhältnis keine notwendige Voraussetzung für die Qualifikation der Prostitution als unselbständige Erwerbstätigkeit darstellt.

3.3.3 In BGE 140 II 460 begründet das Bundesgericht die Qualifikation der Prostituierten als Arbeitnehmerinnen im Sinne des FZA damit, dass ihnen die Infrastruktur zur Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit von einem Club zur Verfügung gestellt wurde, dass der Club darüber entschied, wer dort als Prostituierte arbeiten durfte, dass die Prostituierten im Rahmen einer Benutzungsverordnung an die Weisungen des Clubs, in dem sie tätig waren, gebunden

waren, dass auf einer Homepage des Clubs die Prostituierten vorgestellt wurden, abrufbar war, welche am jeweiligen Tag im Club anzutreffen waren, sowie Hinweise auf Tarife und Sonderangebote zu finden waren, dass ein direkter Kontakt zwischen potentiellen Kunden und den Prostituierten nicht möglich war, sondern eine Kontaktaufnahme nur über die Homepage des Clubs bzw. erst nach dessen Betreten möglich war, und dass nach aussen nicht die Prostituierten in Erscheinung traten, sondern der Club (BGE 140 II 460 E. 4.3.1 S. 469 f. und E. 4.4 S. 471). Das Bundesgericht beantwortete die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis gegeben ist, entsprechend der Rechtsprechung des EuGH anhand einer Gesamtbetrachtung aller objektiven Umstände, welche die Tätigkeit und die Beziehung zwischen den Parteien charakterisieren (vgl. dazu vorne E. 3.3.1). Folglich kann aus diesem Entscheid nicht geschlossen werden, alle erwähnten Umstände müssten gegeben sein, damit Prostituierte als unselbständig Erwerbende qualifiziert werden können.

### **E. 3.4**

3.4.1 Gemäss Art. 117 Abs. 1 AuG wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bestraft, wer als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber vorsätzlich Ausländerinnen und Ausländer beschäftigt, die in der Schweiz nicht zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit berechtigt sind. Bei Art. 117 Abs. 1 AuG ist von einem weiten, faktischen Arbeitgeberbegriff auszugehen (BGE 140 II 460 E. 4.3.3 S. 471, 137 IV 159 E. 1.4 S. 163; VGE VD.2016.198 vom 11. April 2017 E. 3.2.2; AGE AP.2009.512 vom 3. Oktober 2011 E. 2.2.1). Arbeitgeber im Sinn von Art. 117 Abs. 1 AuG ist, wer jemanden eine Erwerbstätigkeit ausüben lässt (VGE VD.2016.198 vom 11. April 2017 E. 3.2.2; AGE AP.2009.512 vom 3. Oktober 2011 E. 2.2.1; vgl. BGE 137 IV 297 E. 1.3 S. 300, 137 IV 153 E. 1.5 S. 156). Dabei muss es sich um ein aktives Verhalten handeln. Blosses Tolerieren genügt nicht (BGE 137 IV 153 E. 1.5 S. 156; VGE VD.2016.198 vom 11. April 2017 E. 3.2.2). Auf die Natur des Rechtsverhältnisses kommt es nicht an (BGE 137 IV 297 E. 1.3 S. 300, 137 IV 153 E. 1.5 S. 156; VGE VD.2016.198 vom 11. April 2017 E. 3.2.2). Der Anwendungsbereich von Art. 117 Abs. 1 AuG ist nicht auf Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber im zivilrechtlichen Sinn (Art. 319 ff. Obligationenrecht [OR, SR 220]) beschränkt (BGE 140 II 460 E. 4.3.3 S. 471; VGE VD.2016.198 vom 11. April 2017 E. 3.2.2; vgl. BGE 137 IV 297 E. 1.3 S. 300, 137 IV 15 E. 1.5 S. 156). Ebenfalls nicht erforderlich ist die Befugnis, dem Ausländer oder der Ausländerin Weisungen zu erteilen (BGE 137 IV 159 E. 1.4.4 S. 164 f., 137 IV 153 E. 1.5 S. 156; VGE VD.2016.198 vom 11. April 2017 E. 3.2.2; vgl. BGE 140 II 460 E. 4.3.3 S. 471). Der Geschäftsführer eines Saunaclubs, der Frauen dessen Infrastruktur zwecks Ausübung der Prostitution zur Verfügung stellt und entscheidet, welche Ausländerinnen im Etablissement als Prostituierte arbeiten können, ist Arbeitgeber im Sinn von Art. 117 AuG (BGE 137 IV 159 E. 1.2.1 S. 161 und E. 1.4.1 S. 163, 128 IV 170 E. 4.2 S. 175 f.). Dass der Geschäftsführer den Prostituierten keine Weisungen betreffend ihre Tätigkeit erteilt und diese frei entscheiden können, wann sie sich im Club aufhalten, wie viele und welche Kunden sie bedienen und welche Dienstleistungen sie diesen anbieten, ist unerheblich (BGE 137 IV 159 E. 1.2.1 S. 161 und E. 1.4.4 S. 164 f.). Eine Weisungsbefugnis betreffend Arbeitszeit, Anzahl der zu bedienenden Kunden oder Art der zu erbringenden Dienstleistungen, bei deren Ausübung der Geschäftsführer Gefahr lief, sich gemäss Art. 195 lit. c StGB wegen Förderung der Prostitution strafbar zu machen, ist zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses bzw. der Arbeitgeberstellung im Sinn der Ausländergesetzgebung nicht erforderlich (vgl. BGE 137 IV 159 E. 1.4.4 S. 164 f., 128 IV 170 E. 4.2 S. 175). Der Geschäftsführer eines Saunaclubs, der Frauen dessen Infrastruktur zwecks Ausübung der Prostitution zur

Verfügung stellt und entscheidet, welche Ausländerinnen im Etablissement als Prostituierte arbeiten können, unterscheidet sich von einem Vermieter, der Räumlichkeiten an einen Erwerbstätigen vermietet und dabei unter mehreren Interessenten auswählen kann (BGE 128 IV 170 E. 4.2 S. 176). Aus den vom Bundesgericht für wesentlich erachteten Umständen (vgl. BGE 137 IV 159 E. 1.2.1 S. 162 und E. 1.4.1 S. 163, 128 IV 170 E. 2.1 S. 172) ist zu schliessen, dass ein wesentlicher Unterschied darin liegt, dass der Saunaclub eine Einheit und damit einen Betrieb oder ein Etablissement bildet und als solches gegen aussen in Erscheinung tritt.

3.4.2 Aus dem weiten faktischen Arbeitgeberbegriff in Art. 117 AuG lässt sich zwar nicht im Umkehrschluss ableiten, dass es sich bei den Beschäftigten zwingend um unselbständig Erwerbstätige handelt (BGE 140 II 460 E. 4.3.3 S. 471). Dies ändert aber nichts daran, dass die Rechtsprechung zum Arbeitgeberbegriff im Sinn von Art. 117 Abs. 1 AuG bei der Beantwortung der Frage, ob Prostituierte als Arbeitnehmerinnen oder selbständig Erwerbende im Sinn des FZA zu qualifizieren sind, berücksichtigt werden kann, soweit sie mit dem Arbeitnehmerbegriff im Sinn des FZA vereinbar ist (so geschehen in BGE 140 II 460 E. 4.3.3 S. 471 f.). Diese Voraussetzung ist insbesondere bezüglich des Verzichts auf das Erfordernis der Weisungsgebundenheit erfüllt, weil auch gemäss der Rechtsprechung des EuGH die fehlende Weisungsgebundenheit für sich allein nicht genügt, um Prostituierte als selbständige Erwerbstätige zu qualifizieren (vgl. vorne E. 3.3.2).

### **E. 3.5**

3.5.1 Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist in die Weisungen und Erläuterungen zur Verordnung über die Einführung des freien Personenverkehrs des Staatssekretariats für Migration (SEM) von Juli 2018 (nachfolgend: Weisungen VEP) eingeflossen. Letzteren zufolge sind Staatsangehörige der EU-27/EFTA, die einer Tätigkeit im Erotikgewerbe in einem einschlägigen Etablissement (Massagesalon, Cabaret, Call-Girl- oder Escort-Service etc.) nachgehen, als unselbständig Erwerbende zu qualifizieren und ist derjenige, der für die Infrastruktur des Etablissements zuständig ist und über den Einsatz der ausländischen Personen in diesem Etablissement entscheidet, als Arbeitgeber meldepflichtig, auch wenn er keine Weisungen betreffend Arbeitszeit, Anzahl der zu bedienenden Kunden und Art der Dienstleistungen etc. erteilt (vgl. Weisungen VEP Ziff. 3.1.2.1, mit Hinweis auf BGE 128 IV 170). Das SEM leitet aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ab, dass die Zulassung einer Person als Selbständigerwerbende im Erotikgewerbe nur möglich ist, wenn die Tätigkeit ausserhalb des Betriebs ausgeübt wird und keine Weisungen erteilt werden (Weisungen VEP Ziff. 3.1.2.2).

3.5.2 Gemäss Ziff. 3.1.2 der Weisungen VEP gelten hinsichtlich der Tätigkeiten im Erotikgewerbe die Empfehlungen des SEM zur Rotlichtproblematik (Rundschreiben Nr. 033.41/2011/43483 des BFM von Januar 2012 [nachfolgend: Rundschreiben Rotlichtproblematik]). Die Rekurrentin behauptet, das einzige Ziel dieser Empfehlungen bestehe im Schutz von Frauen vor Ausbeutung. Im Bericht des SEM zur Rotlichtproblematik von Januar 2012 sei immer nur von Frauen die Rede. Auch im Bericht der nationalen Expertengruppe ■ Schutzmassnahmen für Frauen im Erotikgewerbe von März 2014 würden nur Sexarbeiterinnen erwähnt. Es gehe nicht an, Weisungen, die sich unter anderem auf diese Expertenberichte stützten, unbesehen auf Männer anzuwenden, die ihre Dienstleistungen in einer Sauna für Homosexuelle anböten (Replik, S. 5 ■ 7). Selbst wenn die Empfehlungen als Bestandteil der Weisungen VEP gälten, kann der Rekurrentin nicht gefolgt werden. Dass in den Berichten nur von Frauen die Rede sein soll, dürfte dem

Umstand geschuldet sein, dass sich hauptsächlich Frauen in der Prostitution betätigen. Die Behauptung der Rekurrentin, die Empfehlungen des SEM zur Rotlichtproblematik bezweckten ausschliesslich den Schutz von Frauen vor Ausbeutung, ist falsch. Gemäss dem Rundschreiben, das die Empfehlungen zur Rotlichtproblematik enthält, dienen diese dazu, eine einheitliche Praxis unter den Kantonen sicherzustellen und so einen aktiven Beitrag im Zusammenhang mit der aktuellen Zuwanderungsdebatte zu liefern (Rundschreiben Rotlichtproblematik, S. 1). Ein weiterer Zweck dürfte in der Eindämmung der illegalen Prostitution bestehen (vgl. Rundschreiben Rotlichtproblematik, S. 2). Im Rundschreiben wird zwar erwähnt, dass im Prostitutionsmilieu Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung stattfindet und deshalb bei ausländerrechtlichen Kontrollen in diesem Milieu immer auch abzuklären sei, ob begründete Anzeichen auf sexuelle Ausbeutung und Fremdbestimmung vorhanden seien. Die Empfehlungen dienen aber nicht der Verhinderung einer solchen Ausbeutung. Im Rundschreiben wird vielmehr ausdrücklich festgehalten, dass dann gemäss den Empfehlungen zur Rotlichtproblematik vorzugehen ist, wenn keine Hinweise auf Ausbeutung festgestellt werden können (Rundschreiben Rotlichtproblematik, S. 2). Erst recht besteht kein Anlass zur Annahme, die Weisungen VEP bezweckten spezifisch den Schutz von Frauen. Damit gibt es keinen Grund, diese Weisungen nicht auch auf Männer anzuwenden. Im Übrigen ist festzuhalten, dass auch Männer Opfer sexueller Ausbeutung werden können. Dementsprechend sind die Straftatbestände der Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB) und des Menschenhandels (Art. 182 StGB) nicht nur auf weibliche Prostituierte und heterosexuelle Dienstleistungen anwendbar, sondern auch auf männliche Prostituierte und homosexuelle Dienstleistungen (Meng, in: Basler Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 195 StGB N 3 und 9 f.; Trechsel/Bertossa, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018, Art. 195 N 2; Trechsel/Mona, in: Trechsel/Pieth [Hrsg.], StGB Praxiskommentar, a.a.O., Art. 182 N 2). Art. 195 StGB will die Handlungsfreiheit der sich prostituierenden Frauen und Männer, der Sexarbeiterinnen und Sexarbeiter schützen (Meng, a.a.O., Art. 195 StGB N 3).

#### **E. 4**

4.1 Die Rekurrentin gesteht zu, dass die Tätigkeit der Masseure teilweise im Erbringen erotischer Dienstleistungen gegen Entgelt besteht (Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 18; Replik, S. 3). Damit ist die Tätigkeit der Masseure mit derjenigen von weiblichen Prostituierten vergleichbar. Entgegen der Auffassung der Rekurrentin (vgl. Replik, S. 8) ist es für die Beantwortung der Frage, ob erotische Dienstleistungen als selbständige oder unselbständige Tätigkeit zu qualifizieren sind, nicht relevant, ob sie von Frauen oder von Männern erbracht werden. Folglich ist die Praxis betreffend Prostitution auch für die Qualifikation der Tätigkeit der Masseure als selbständig oder unselbständig massgebend. Dass ein Teil der Dienstleistungen der Masseure in gewöhnlichen Massagen besteht, ändert daran nichts.

#### **E. 4.2**

4.2.1 Die Rekurrentin betreibt eine Sauna. Dabei handelt es sich um einen Betrieb, der nach aussen in Erscheinung tritt. Der Raum, in dem die Masseure ihre Dienstleistungen anbieten, ist Bestandteil dieses Betriebs und die Dienstleistungen der Masseure gehören zum Konzept des Betriebs der Rekurrentin. Die Rekurrentin stellt ihre Infrastruktur den Masseuren zwecks Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit zur Verfügung und entscheidet, welche Masseure in der Sauna arbeiten können.

4.2.2 Die Masseure entscheiden frei, welche Dienstleistungen sie im Massageraum der Rekurrentin zu welchem Preis anbieten. Entsprechend den Angaben der Rekurrentin wird davon ausgegangen, dass die Masseure ihre Dienstleistungen Woche für Woche europaweit an einem anderen Ort erbringen (Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 33b, 33d, 33t und 37).

4.2.3 Die Rekurrentin macht geltend, die Masseure seien zwar im Rahmen der Nutzung des Massageraums an die Hausordnung gebunden. Diese betreffe aber nur Fragen der Sauberkeit (Rekursbegründung vom 31. März 2016, Rz. 17m; Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 27e und 33m). Diese Behauptung ist aktenwidrig. Gemäss den mit der Stellungnahme des AWA vom 6. Juni 2017 eingereichten Richtlinien für Masseure in der Sauna der Rekurrentin gelten für die Ausübung der Tätigkeit des Masseurs unter anderem die folgenden Voraussetzungen: ■ Er hält die von ihm zur Ausübung gemieteten Räume in Ordnung und reinigt diese von Verschmutzung selber. ■ Er kann sich in einer der nachfolgenden Sprachen verständigen. (deutsch, französisch, englisch, evtl. italienisch) Abweichungen sind ausnahmsweise möglich. ■ Er versteht seine Arbeit und hat eine Grundausbildung in klassischer Massage. ■ Er ist sauber, freundlich, ehrlich und bedient die Kunden zuvorkommend, sodass durch sein Wirken keine nachteiligen Ergebnisse für [...] entstehen. ■ Diese Voraussetzungen finden sich unverändert in den Richtlinien, die von der Rekurrentin eingereicht und ausdrücklich als aktuell bezeichnet worden sind (Rekursbeilagen 5 und 7; Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 27b f. und 33q). Damit ist erstellt, dass die Rekurrentin den Masseuren auch generelle Weisungen erteilt, welche ihre Qualifikation für die Dienstleistungen sowie die Art und Weise der Erbringung dieser Dienstleistungen betreffen.

4.2.4 In ihrer Rekursbegründung vom 31. März 2016 (Rz. 17o) behauptete die Rekurrentin, für die Masseure bestünden keine vorgegebenen Arbeitszeiten. In den vom AWA mit seiner Stellungnahme vom 6. Juni 2017 eingereichten Richtlinien für Masseure in der Sauna der Rekurrentin wird für die Ausübung der Tätigkeit des Masseurs unter anderem die folgende Voraussetzung statuiert: ■ Er ist pünktlich, das heisst, dass er den Kunden im Minimum von 15:00 ■ 21:00h zur Verfügung steht. ■ In ihrer Stellungnahme vom 21. August 2017 (Ziff. 8j) behauptete die Rekurrentin zwar, es gebe keine Weisungen, von wann bis wann der Masseur anwesend zu sein habe. Sie machte aber nicht geltend, die vom AWA eingereichten Richtlinien seien unecht oder nicht mehr aktuell. Erst in ihrer Rekursbegründung vom 8. März 2018 (Rz. 27b f.) behauptete die Rekurrentin, die Richtlinie sei längst geändert worden und sehe keine Präsenzpflcht mehr vor. Es stehe jedem Masseur frei, während den Öffnungszeiten der Sauna dort nicht anwesend zu sein. Soweit die Richtlinie vorgesehen hätte, dass der Masseur pünktlich sei und zur Verfügung stehe, sei sie nie so gelebt worden. Als Beweis reicht sie die gemäss ihren Angaben aktuellen Richtlinien ein (Rekursbeilage 5). Darin wird die Voraussetzung der Verfügbarkeit zu bestimmten Zeiten nicht mehr erwähnt und findet sich insoweit nur noch der Hinweis, am meisten Kunden gebe es von 15:00 Uhr bis 21:00 Uhr. Die Rekurrentin bleibt jedoch jegliche Angaben dazu schuldig, wann die Richtlinien entsprechend geändert worden sein sollen. Zudem erklärt sie, den Masseuren werde ■ erläutert, dass eine Anwesenheit von 15.00 Uhr ■ 21.00 Uhr sinnvoll sei, da die Erfahrung zeige, dass in diesem Zeitraum die meisten Massagen gewünscht werden ■ (Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 27b). Unter diesen Umständen ist anzunehmen, dass die Rekurrentin von den Masseuren faktisch weiterhin erwartet, dass sie ihre Dienstleistungen zu bestimmten

Zeiten in der Sauna anbieten, und die behauptete Änderung der Richtlinien prozesstaktisch motiviert ist. Mangels Angaben zum Zeitpunkt der behaupteten Änderung der Richtlinien ist zudem davon auszugehen, dass die Rekurrentin zumindest bis Februar 2018 ausdrücklich bestimmt hat, in welcher Zeit die Masseur ihre Dienstleistungen mindestens anbieten müssen.

4.2.5 Die Masseur bieten ihre Dienstleistungen auf der Website [...] an. Gemäss dem angefochtenen Entscheid wird auf der Website der Sauna unter der Rubrik Masseur der Woche angegeben, welcher Masseur im Massageraum der Sauna aktuell welche Dienstleistungen anbietet (vgl. Entscheid des WSU vom 20. Dezember 2017, E. 9 f.). Dies wird in der Rekursbegründung vom 8. März 2018 nicht substantiiert bestritten. In ihrer Rekursbegründung vom 31. März 2017 (Rz. 17x) erklärte die Rekurrentin zudem selber, auf der Website der Sauna würden die Dienstleistungen der Masseur angegeben. Gemäss den eigenen Angaben der Rekurrentin und den Feststellungen der Vorinstanz findet sich auf der Website der Sauna zudem ein Link zur Werbung des Masseurs auf der Website [...] (vgl. Rekursbegründung vom 31. März 2017, Rz. 17x; Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 33x; Entscheid vom 20. Dezember 2017 E. 9 f.). Entgegen der Ansicht der Rekurrentin macht diese damit im Internet sehr wohl Werbung für den aktuellen Masseur. Zudem bringt die Rekurrentin gemäss ihren eigenen Angaben nach den Wünschen des Masseurs ein Plakat am Massageraum an, welches das Angebot des Masseurs ausweist (Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 27c). Der Kontakt mit dem Masseur kann in der Sauna oder direkt insbesondere über das Internet geknüpft werden (Rekursbegründung vom 31. März 2017, Rz. 17p; Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 33p).

4.2.6 Gemäss den Richtlinien für Masseur in der Sauna der Rekurrentin kassiert diese im Namen der Masseur bei den Kunden die vom Masseur vorgegebenen Preise ein. Die Rekurrentin gesteht zu, dass das Inkasso für die Dienstleistungen der Masseur über den Saunabetrieb läuft. Der Grund dafür bestehe jedoch nur darin, dass die Menschen in der Sauna kein Geld auf sich trügen. Zudem gehe das einkassierte Geld vollumfänglich an den Masseur (Rekursbegründung vom 31. März 2017, Rz. 17q; Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 33q). Gemäss den mit der Stellungnahme des AWA vom 6. Juni 2017 eingereichten Richtlinien für Masseur in der Sauna der Rekurrentin wird das von dieser vereinnahmte Geld maximal zwei Mal pro Woche, letztmals am Dienstag nach 21:00 Uhr unter Abzug der vorbezogenen Leistungen ausbezahlt. Diese Bestimmung findet sich unverändert in der von der Rekurrentin mit ihrer Rekursbegründung vom 8. März 2018 eingereichten und ausdrücklich als aktuell bezeichneten Fassung der Richtlinien (Rekursbeilage 5; Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 27b f.). Im Widerspruch zu ihren eigenen Richtlinien behauptet die Rekurrentin in ihrer Rekursbegründung vom 8. März 2018, die Masseur könnten ihr eingegangenes Honorar jederzeit beziehen. Auf Verlangen seien Barbezüge aus der Registrierkasse jederzeit möglich. Dies werde auch so praktiziert. Die aktuellen Richtlinien seien per 12. März 2018 nochmals angepasst worden, um dieser Praxis Rechnung zu tragen (Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 33q). Diese Behauptungen sind offensichtlich prozesstaktisch motiviert. Entsprechend den Richtlinien der Rekurrentin ist deshalb davon auszugehen, dass diese das vereinnahmte Geld zumindest bis am 11. März 2018 maximal zwei Mal pro Woche ausbezahlt und damit die Möglichkeit der Masseur, ihr Entgelt zu beziehen, erheblich eingeschränkt hat. Die gemäss der Rekurrentin per 12. März 2018 angepassten Richtlinien lauten folgendermassen: ■ Das von [...] vereinnahmte Geld wird maximal zwei Mal die Woche,

letztmals am Dienstag nach 21:00h unter Abzug der vorbezo- genen Leistungen abgerechnet. Barbezüge für bereits erbrachte Dienstleistungen aus der Registrierkasse sind jedoch jederzeit möglich. Damit dient das Einkassieren des Entgelts der Masseure der Rekurrentin weiterhin dazu, die Bezahlung der Leistungen, die sie den Masseuren erbringt, sicherzustellen. Insoweit geht die Beteiligung der Rekurrentin an der Vereinnahmung des Entgelts für die Dienstleistungen der Masseure noch immer über das hinaus, was wegen der Nacktheit der Besucher der Sauna aus praktischen Gründen geboten sein mag. Zudem zieht die Rekurrentin vom einkassierten Entgelt der Masseure gemäss eigenen Angaben stellvertretend für die eidgenössische Steuerverwaltung die Mehrwertsteuer ab (Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 33q).

4.2.7 Die Masseure bieten ihre Dienstleistungen im Massageraum in der Sauna der Rekurrentin an (Rekursbegründung vom 31. März 2017, Rz. 17a-h). Die Kunden müssen für den Zugang zur Sauna Eintritt bezahlen (vgl. Rekursbegründung vom 31. März 2017, Rz. 4). Jeder Kunde, der dort eine Dienstleistung eines Masseurs in Anspruch nimmt, muss folglich auch einen Saunaeintritt bezahlen. Damit profitiert auch die Rekurrentin finanziell von jedem Kunden, den der Masseur im Massageraum bedient.

4.2.8 Die Rekurrentin hilft den Masseuren bei der Anmeldung ihrer Erwerbstätigkeit bei den Behörden (Rekursbegründung vom 31. März 2017, Rz. 17r; Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 33r).

4.3 Eine Gesamtbetrachtung der vorstehend erwähnten objektiven Umstände, welche die Tätigkeit der Masseure und deren Beziehung zur Rekurrentin charakterisieren, ergibt, dass die Masseure als Arbeitnehmer und die Rekurrentin als Arbeitgeberin im Sinn des FZA und der VEP zu qualifizieren sind. Dies gilt auch dann, wenn entsprechend der Darstellung der Rekurrentin angenommen wird, dass es den Masseuren freigestellt ist, ob sie ihre Dienstleistungen während der Öffnungszeiten der Sauna anbieten oder nicht, und dass die Masseure das von der Rekurrentin einkassierte Entgelt für ihre Dienstleistungen jederzeit im vollen Umfang beziehen können. Als Arbeitgeberin im Sinn des FZA und der VEP ist die Rekurrentin gemäss Art. 9 Abs. 1 bis VEP verpflichtet, den Stellenantritt der Masseure zu melden.

4.4 Diese rechtliche Beurteilung entspricht auch den Weisungen VEP. Die Rekurrentin macht geltend, ihre Kunden träfen sich in ihrer Sauna zum Zusammensein und zum Knüpfen von Kontakten. Sexuelle Kontakte fänden im Normalfall ohne Bezahlung auch zwischen homosexuellen Männern, die sich nicht kennen, statt. Dies sei Bestandteil der verfassungsrechtlich geschützten homosexuellen Lebensform. Ihre Sauna sei deshalb nicht als Gesamtes Bestandteil des Erotikgewerbes (Rekursbegründung vom 31. März 2017, Rz. 4; Rekursbegründung vom 8. März 2018, Rz. 8e h). Diese Darstellung überzeugt nicht. Indem die Rekurrentin ihren Kunden die Möglichkeit bietet, in ihrer Sauna nicht nur Personen für unentgeltliche sexuelle Kontakte zu finden, sondern auch sexuelle Dienstleistungen gegen Entgelt zu erwerben, macht sie ihren Betrieb als Ganzes zu einem Etablissement des Erotikgewerbes. Im Übrigen hat die Rekurrentin selber erklärt, dass die Dienstleistungen der Masseure Bestandteil des Saunabetriebs sind. Im Schreiben ihres Rechtsvertreters vom 24. Dezember 2008 (Beilage zur Stellungnahme des AWA vom 6. Juni 2017) finden sich die folgenden Angaben: ■ In dem Saunabetrieb integriert ist das Angebot, dass Personen, welche die Sauna besuchen, sich von einem Masseur massieren lassen können. Herr [...] organisiert dieses Angebot, indem er sicherstellt, dass jeweils pro Woche ein Masseur in seiner Sauna seine Dienstleistungen anbieten kann. ■ Im Übrigen ist

nicht ersichtlich, inwiefern sich die Lebensform homosexueller Männer für die vorliegend zu beantwortende Frage wesentlich von derjenigen heterosexueller Personen unterscheiden soll. Auch unter diesen sind sexuelle Kontakte zwischen einander nicht näher bekannten Personen (sog. One-Night-Stands) verbreitet. Somit stellt die Sauna der Rekurrentin ein Etablissement des Erotikgewerbes im Sinn der Weisungen VEP dar. Gemäss diesen ist die Person, die für die Infrastruktur des Etablissements zuständig ist und über den Einsatz der ausländischen Personen in diesem Etablissement entscheidet, als Arbeitgeber meldepflichtig (vgl. vorne E. 3.5.1). Wie vorstehend eingehend dargelegt worden ist, wäre die Rekurrentin aufgrund einer Gesamtbetrachtung der relevanten Umstände allerdings auch dann als Arbeitgeberin im Sinn des FZA und der VEP zu qualifizieren, wenn ihre Sauna nicht als Ganze als Etablissement des Erotikgewerbes qualifiziert würde und die Weisungen VEP nicht einschlägig wären.

#### **E. 5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Rekurrentin Arbeitgeberin im Sinn von Art. 9 Abs. 1bis VEP in Verbindung mit Art. 6 EntsG ist. Der Rekurs ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Rekurrentin die Kosten des vorliegenden Rekursverfahrens (§ 30 Abs. 1 VRPG).

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