



Rundschreiben

An:

Migrationsbehörden der Kantone und der Städte
Bern, Biel, Lausanne und Thun sowie des
Fürstentums Liechtenstein
Kantonale Arbeitsmarktbehörden

Ort, Datum:

Bern-Wabern, 5. April 2022

Aktenzeichen:

SEM-D-9E893401/116

Rundschreiben Tätigkeit im Home Office; ausländerrechtliche Qualifikation; FZA und Drittstaaten_DE

Sehr geehrte Damen und Herren

1. Ausgangslage

Aufgrund der Erfahrungen im Rahmen der Covid-19 Pandemie und der vom BR und von verschiedenen Staaten zeitweise ausgesprochenen Pflicht resp. Empfehlung zur Arbeit im Homeoffice stellen sich vermehrt Fragen zur Homeoffice Thematik im Bereich des Ausländerrechts, des Arbeitsrechts, der Sozialen Sicherheit und der Steuern. In der Zwischenzeit wurden Homeoffice Verpflichtung und Empfehlung zwar vom Bundesrat aufgehoben, die Tätigkeit im Homeoffice hat aber in den normalen Arbeitsalltag vieler Unternehmen der Privatwirtschaft und der öffentlichen Verwaltung Einzug gehalten.

Die Behörden des Bundes werden regelmässig von den Kantonen, aber auch von den Arbeitgebern und Rechtsberatern um Stellungnahme bezüglich der rechtlichen Qualifikation der Homeoffice Tätigkeit von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz gebeten. Die Fragen betreffen im Bereich der Drittstaatsangehörigen auch die Zuständigkeit der Behörden für die Beurteilung der arbeitsmarktlichen Gesuche und die Belastung der Drittstaatenkontingente.

Es handelt sich in erster Linie Personen, welche für einen ausländischen Arbeitgeber tätig sind und in den ausländischen Betrieb und die entsprechende Arbeitsorganisation im Ausland eingebunden sind und sich - zeitlich befristet oder dauerhaft - in der Schweiz niederlassen wollen, um hier ausschliesslich und ohne Bezug zum Schweizer Arbeitsmarkt im Homeoffice tätig zu werden.

Staatssekretariat für Migration SEM
Martin Hirsbrunner
Quellenweg 6
Wabern
Postadresse: 3003 Bern

<https://www.sem.admin.ch>

2. Freizügigkeitsabkommen (FZA)

Als Arbeitnehmer werden nach dem Freizügigkeitsabkommen (Art. 6 Abs. 1 und 2 Anhang I FZA) Personen qualifiziert, die in einem Subordinationsverhältnis eine unselbständige Erwerbstätigkeit gegen Entgelt für einen Arbeitgeber des Aufnahmestaates ausüben. Nach Art. 6 Anhang I FZA kann als Arbeitgeber des Aufnahmestaates daher nur ein Arbeitgeber bezeichnet werden, der seinen Sitz (Geschäftsstelle) im Aufnahmestaat hat. EU/EFTA-Staatsangehörige, die in der Schweiz im Homeoffice für einen Arbeitgeber mit Sitz im Ausland tätig sind, gehen daher nach den Bestimmungen des FZA keiner Tätigkeit für einen Arbeitgeber des Aufnahmestaates (Schweiz) nach und können deshalb auch nicht als Arbeitnehmer in der Schweiz qualifiziert werden.

Als Nichterwerbstätige nach Art. 24 Anhang I FZA werden Personen qualifiziert, die in der Schweiz keine Erwerbstätigkeit ausüben und über genügende finanzielle Mittel (plus Krankenversicherungsschutz) verfügen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten. Massgebend für die Qualifikation als «Nichterwerbstätige» ist zudem die Voraussetzung, dass kein Bezug zum Schweizer Arbeitsmarkt resp. zur lokalen Wirtschaft besteht und auch keine weiteren Aktivitäten (bspw. Kundenbetreuung und -acquisition) auf dem Schweizer Arbeitsmarkt ausgeübt werden. Die Personen bleiben eingebunden in die ausländische Arbeitsorganisation.

Bewilligungsfreier Aufenthalt: Im Bereich des bewilligungsfreien Aufenthalts bis zu 3 Monaten, zwei Mal im Jahr, müssen die Nichterwerbstätigen (bspw. Touristen) keinen Nachweis erbringen, dass sie über genügend finanzielle Mittel verfügen (BGE 143 IV 97). Sie können aber nach dem FZA dennoch dazu verpflichtet werden, ihre Anwesenheit in der Schweiz den Behörden anzuzeigen. (cf. Art. 2 Abs. 4 Anhang I FZA).

Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit

Grundsätzlich kann auch eine selbständige Tätigkeit im Homeoffice ausgeübt und bewilligt werden. In diesen Fällen ist i.d.R. davon auszugehen, dass ein Geschäftssitz oder eine Betriebsstätte im Ausland besteht. Soweit auch hier kein direkter Bezug zum Schweizer Arbeitsmarkt besteht und in der Schweiz keine Betreuung und Acquisition von Kunden erfolgt, gelten in Bezug auf Homeoffice der Selbständigen die gleichen Regeln wie für Arbeitnehmer. Auch die selbständig Erwerbstätigen werden in vergleichbaren Fällen als Nichterwerbstätige im Homeoffice qualifiziert.

Es muss in diesem Kontext auch eine klare Abgrenzung zur grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung erfolgen. Die Dienstleistungserbringung ist dadurch gekennzeichnet, dass ein Auftrag/Werkvertrag für einen Kunden in der Schweiz ausgeführt wird und damit ein klarer und eindeutiger Bezug zum Schweizer Arbeitsmarkt (Wirtschaft) besteht. Wenn der Arbeitgeber über keine Niederlassung in der Schweiz verfügt, die Arbeit aber einen direkten Einfluss auf den CH-Arbeitsmarkt hat (bspw. als Gebietsvertreter) und der Arbeitnehmende zeitweise oder dauerhaft im Homeoffice in der Schweiz arbeitet, liegt im Rahmen einer Entsendung eine Erwerbstätigkeit als entsandter Arbeitnehmer der Schweiz vor.

Schlussfolgerung:

Arbeitnehmer im Homeoffice, die eine Tätigkeit für einen ausländischen Arbeitgeber, ohne direkten Bezug zum Schweizer Arbeitsmarkt und ohne Kundenkontakt in der Schweiz ausüben, werden gemäss konstanter Praxis als Nichterwerbstätige nach Art. 24 Anhang I

FZA qualifiziert. Das durch die Tätigkeit für einen ausländischen Arbeitgeber erzielte Einkommen wird an die Berechnung der genügenden finanziellen Mittel bei der Zulassung als Nichterwerbstätige angerechnet.

Die rein physische Präsenz des EU/EFTA-Staatsangehörigen (Laptop in der CH) vermag daher keine Arbeitnehmereigenschaft und damit keinen Erwerbssort in der Schweiz zu begründen. Die Regelung des Aufenthalts im ZEMIS erfolgt mit den Zulassungs-codes 3605 (Kurzaufenthalter) und 3606 (Daueraufenthalter).

3. Drittstaatsangehörige

Im Bereich der Drittstaatsangehörigen richtet sich der Begriff des Arbeitnehmers nach Artikel 1a VZAE. Nach Artikel 1a Absatz 1 VZAE gilt als unselbständige Erwerbstätigkeit jede Tätigkeit für einen Arbeitgeber mit Sitz in der Schweiz oder im Ausland, wobei es ohne Belang ist, ob der Lohn im In- oder Ausland ausbezahlt wird. Die rechtliche Situation ist damit anders zu beurteilen als im Rahmen des FZA; es liegt ein erweiterter Arbeitgeberbegriff vor. So stellt jede Tätigkeit im Home-Office mit Einfluss auf den Schweizer Arbeitsmarkt gestützt auf Artikel 11 Absatz 1 AIG, unabhängig von der Dauer, stets eine bewilligungspflichtige Erwerbstätigkeit dar.

Eine Umfrage beim VSAA im Frühjahr 2021 hat ergeben, dass die Kantone bis anhin keine Arbeits- und Aufenthaltsbewilligungen an neueinreisende Drittstaatsangehörige für eine ausschliessliche Tätigkeit im Home-Office erteilt haben.

a. Bewilligungspflicht bei Home-Office Tätigkeit

- Ausländerinnen und Ausländer, die sich bereits in der Schweiz aufhalten und über eine Bewilligung zur Erwerbstätigkeit mit beruflicher Mobilität verfügen (z.B. Aufenthaltsbewilligung [Ausweis B] zur Erwerbstätigkeit oder Familiennachzug [Ausweis B]) können eine Erwerbstätigkeit für einen schweizerischen oder ausländischen Arbeitgeber mit Einfluss auf den CH Arbeitsmarkt bewilligungsfrei im Home-Office ausüben.
- Inhaberinnen und Inhaber einer Bewilligung zwecks Erwerbstätigkeit, welche zu einem ausländischen Arbeitgeber ohne Niederlassung in der Schweiz und ohne Einfluss auf den CH Arbeitsmarkt wechseln, sind als Arbeitnehmende ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber (sog. ANOBAG) zu betrachten und benötigen dafür eine neue Bewilligung ohne Erwerbstätigkeit (Familiennachzug bzw. Aus-/Weiterbildung; Aufenthaltswertwechsel, Art. 57 VZAE).
- Bei der Neuzulassung von Drittstaatsangehörigen, welche *vollständig* im Home-Office in der Schweiz für einen Arbeitgeber in der Schweiz oder im Ausland und mit Einfluss auf den CH Arbeitsmarkt arbeiten, ist es angebracht, nebst der Prüfung sämtlicher Zulassungsvoraussetzungen, insbesondere auch das gesamtwirtschaftliche Interesse (Art. 18 Bst. a AIG) an einer Zulassung zum Arbeitsmarkt zu hinterfragen.
- Demgegenüber hat die Neuzulassung von Drittstaatsangehörigen mit dem Zweck, im Home-Office in der CH für einen Arbeitgeber im Ausland ohne Einfluss auf den CH-Arbeitsmarkt zu arbeiten (ANOBAG), immer im Rahmen einer Bewilligung ohne Erwerbstätigkeit (Familiennachzug, Aus- und Weiterbildung) zu erfolgen. Die Voraussetzungen für eine Härtefallregelung (Art. 30 Abs. 1 Bst. b AIG) dürften in aller Regel nicht erfüllt sein.

b. Kantonale Zuständigkeit für Kontingentsvergabe und arbeitsmarktliche Prüfung

- Gemäss Artikel 11 Absatz 1 AIG ist die Bewilligung zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz bei der am vorgesehenen Arbeitsort zuständigen Behörde zu beantragen. Bei der Entstehung dieser Regelung war für den Gesetzgeber nicht absehbar, dass mobile Arbeitsformen dereinst in dem uns heute bekannten Masse Einzug in den Arbeitsalltag finden.

Aus rechtlichen und praktischen Überlegungen hat die Zuständigkeit für die Kontingentsvergabe und die arbeitsmarktliche Prüfung bei einer Home-Office Tätigkeit von Drittstaatsangehörigen immer im Kanton des Unternehmenssitzes zu liegen. Falls das betreffende Unternehmen einen Hauptsitz und mehrere Niederlassungen in verschiedenen Kantonen hat, ist der Standortkanton des Hauptsitzes ausschlaggebend.

Indem die Kompetenz für die arbeitsmarktliche Prüfung dem Kanton des Unternehmenssitzes zukommt kann unter anderem gewährleistet werden, dass Ausländerinnen und Ausländer, welche am gleichen Ort in der gleichen Funktion für ein und denselben Arbeitgeber tätig sind, gleich entlohnt werden (Art. 22 AIG). Sollten arbeitsmarktliche Kontrollen durchgeführt werden müssen, so ist auf diese Weise sichergestellt, dass die zuständige Behörde diese am Sitz der Unternehmen durchführen kann und nicht etwa ausserkantonale, im Home-Office bzw. am Wohnort der Mitarbeitenden. Schliesslich respektiert das Prinzip, wonach der Kanton des Unternehmenssitzes für die arbeitsmarktliche Prüfung zuständig ist, die Basis des geltenden Verteilschlüssels der Kontingente auf die Kantone (Vollzeitäquivalenten VZÄ gemäss Statistik der Unternehmensstruktur STATENT des BFS).

4. Weitere Rechtsgebiete (Soziale Sicherheit und Steuern)

Der Begriff des Arbeitnehmers, resp. der Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz, wird in den einzelnen Rechtsgebieten (Ausländerrecht/Soziale Sicherheit/Steuern) unterschiedlich definiert. Die Qualifizierung der Personen im Homeoffice als Nichterwerbstätige im Ausländerrecht (FZA) hat daher keinen direkten Einfluss auf die Qualifizierung im Bereich des Arbeitsrechts, der Sozialen Sicherheit oder der Steuern (DBA). Im Rahmen des Sozialversicherungsrechts (FZA) ist die entsprechende Definition des AHVG, resp. das Koordinationsrecht der EU (Anhang II FZA) und im Falle der Steuern sind die jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) massgebend.

a. Soziale Sicherheit

Im Bereich der sozialen Sicherheit kann die Ausübung von Homeoffice eine Änderung des anwendbaren Rechts bedeuten, d.h. im Einzelfall die Anwendbarkeit des Rechts am jeweiligen Aufenthaltsort (hier das Schweizer Recht) anstelle des Rechts im Staat des jeweiligen Arbeitgebers. Dieser Wechsel kann dann erfolgen, wenn der Anteil an Homeoffice im Aufenthaltsstaat substantiell ist, d.h. 25% überschreitet, oder wenn der im Homeoffice erzielte Lohn 25% überschreitet (siehe Art. 13 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 und Art. 14 Abs. 8 der Verordnung (EG) Nr. 987/2009).

Als Folge der Pandemie und der durch die Behörden verfügten Restriktionen haben die Schweiz und die Nachbarstaaten vereinbart, diese Unterstellungsregeln für Grenzgänger zeitweise ausser Kraft zu setzen; d.h. die Situation bleibt unverändert unabhängig vom Anteil der Arbeit, der im Homeoffice ausgeübt wird. Diese Ausnahmeregelung soll bis im Juni 2022 weiter gelten. Dies entspricht einer Empfehlung auf Ebene EU und gilt im Prinzip auch für

alle EU-Mitgliedstaaten. Für weitere Fragen in diesem Zusammenhang können Sie sich an das Bundesamt für Sozialversicherung BSV (international@bsv.admin.ch/Tel: +41 58 462 90 34) wenden.

b. Steuern

Im Bereich der Steuern hat die Ausübung der Erwerbstätigkeit im Homeoffice einen direkten Einfluss auf die Steuererhebung, da der Anteil der Arbeit, welcher im Homeoffice ausgeübt wird gemäss geltenden Doppelbesteuerungsabkommen am physischen Aufenthaltsort besteuert werden kann. Die Schweiz hat mit verschiedenen Staaten spezielle Abkommen abgeschlossen; insbesondere Frankreich (13. Mai 2020), Deutschland (11. Juni 2020) und Italien (20. Juni 2020) mit dem Ziel zu vermeiden, dass während der ausserordentlichen Situation der Pandemie eine Besteuerung am Ort erfolgt, wo das Homeoffice ausgeübt wird. So wurden während der Pandemie die Tage, an denen im Homeoffice gearbeitet wird - und dies bis mindestens Ende März 2022 - als Tage angerechnet, an welchen die Arbeit im Staat am Sitz des Arbeitgebers ausgeübt wird.

Für weitere Fragen im Bereich der Steuern können Sie sich an die Sektion Bilaterale Steuerfragen und Doppelbesteuerung, Staatsekretariat für internationale Finanzfragen SIF, Tel. 058 - 462 71 29, dba@sif.admin.ch wenden.

Für weitere Fragen im Bereich der Regelung des Aufenthalts können Sie sich an den Stab des Direktions-bereichs DBZI im SEM (Kontakt; Martin Hirsbrunner, martin.hirsbrunner@sem.admin.ch) wenden.

Wir danken Ihnen für die stets sehr gute Zusammenarbeit.

Freundliche Grüsse



Cornelia Lüthy
Vizedirektorin