

Reine Warenlieferungen stellen keine Dienstleistungen im Sinne des Entsendegesetzes dar und sind deshalb nicht meldepflichtig. Unklar ist damit einzig, ob und wenn ja, welche Tätigkeiten im Zusammenhang mit einer Warenlieferung ausgeführt werden dürfen, ohne dass dadurch eine Dienstleistung im Sinne des Entsendegesetzes entsteht. Als Abgrenzungskriterium drängt sich dabei das Verhältnis des Wertes, der Tätigkeit zu demjenigen der gelieferten Ware auf. Steht der Wert der Tätigkeit zu demjenigen der gelieferten Ware in einem deutlich untergeordneten Verhältnis, so rechtfertigt es sich, von einer reinen Warenlieferung auszugehen. Im Weiteren erweist es sich als sinnvoll, solange von einer Warenlieferung auszugehen, als die Ware durch die Tätigkeit kein Bestandteil einer Immobilie wird, sondern Fahrnis im sachenrechtlichen Sinne bleibt.

Diese Voraussetzungen treffen auf die Lieferung von Möbeln wie im vorliegenden Fall zu. Einerseits bleiben sie Fahrnis und andererseits erscheint die Montage in den gebrauchstauglichen Zustand als derart untergeordnete Nebenleistung, dass noch von einer reinen Warenlieferung gesprochen werden kann. Unter diesen Umständen hat es die Beschwerdeführerin zu Recht unterlassen, ihre beiden Arbeitnehmer für die Lieferung der Möbel am 6. Februar 2008 beim Migrationsamt zu melden. Ein Meldepflichtverstoss liegt somit nicht vor.

89 Erteilung einer Grenzgängerbewilligung; Domizil des Arbeitgebers

Für die Erteilung einer Grenzgängerbewilligung darf nicht verlangt werden, dass der Arbeitgeber ein Schweizer Unternehmen ist oder sein Domizil in der Schweiz hat (E. II./3.).

Ob der Arbeitnehmerin eine Grenzgängerbewilligung auszustellen ist, hängt i.c. von der Frage ab, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmende für die Dauer von mehr als 90 Tagen in die Schweiz zu entsenden (E. II./4.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 22. August 2008 in Sachen E. AG betreffend Erteilung einer Grenzgängerbewilligung (1-BE.2008.20).

Sachverhalt

Mit Gesuch vom 21. Dezember 2007 beantragte die E. AG (Beschwerdeführerin) mit Sitz in R. (D) als Arbeitgeberin beim Migrationsamt des Kantons Aargau (Migrationsamt) eine Grenzgängerbewilligung für eine ihrer Arbeitnehmerinnen ab dem 1. Januar 2008. Dem beigelegten Arbeitsvertrag ist zu entnehmen, dass das Arbeitsverhältnis bis 31. Dezember 2010 befristet ist und die Arbeitnehmerin ihren Arbeitsort in L. (CH) haben soll. [...]

Auf Anfrage des Migrationsamtes beim Bundesamt für Migration (BFM) erklärte der "Chef de section suppléant" des BFM mit Schreiben vom 15. Januar 2008, eine Grenzgängerbewilligung könne nur dann ausgestellt werden, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz in der Schweiz habe oder es sich beim Arbeitgeber um eine Schweizer Filiale eines ausländischen Arbeitgebers handle.

Gemäss e-Mail [...] der E. Holding AG, L. (CH), vom 6. Februar 2008 an das Migrationsamt soll die Arbeitnehmerin ihren Wohnsitz weiterhin in Deutschland beibehalten. Arbeitsort sei vorwiegend die schweizerische Betriebsstätte in L. (CH) der E. AG. Der Arbeitsvertrag sei deshalb mit der deutschen E. AG abgeschlossen worden, weil gemäss Absprache mit dem Bundesamt für Sozialversicherung in Bern und den deutschen Versicherungsträgern sozialversicherungsrechtlich "weder der Arbeitsort noch der Wohnort, sondern der (Haupt-) Sitz des Unternehmens massgebend für die Frage [sei], wo die grenzüberschreitend tätigen Mitarbeiter sozialversicherungspflichtig" seien.

In der Folge lehnte das Migrationsamt, Sektion Einreise und Arbeit, das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung einer Grenzgängerbewilligung am 8. Februar 2008 ab.

Aus den Erwägungen

II. 3. Vorab ist zu prüfen, ob der in Deutschland wohnenden und in der Schweiz tätigen Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin

grundsätzlich eine Grenzgängerbewilligung zusteht und, falls ja, unter welchen Voraussetzungen ihr eine solche zu erteilen ist.

3.1.

3.1.1. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Anhang I FZA ist ein abhängig beschäftigter Grenzgänger ein Staatsangehöriger einer Vertragspartei mit Wohnsitz im Hoheitsgebiet einer Vertragspartei, der eine Erwerbstätigkeit als Arbeitnehmer im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei ausübt und in der Regel täglich oder mindestens einmal in der Woche an seinen Wohnort zurückkehrt.

3.1.2. Die Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin beabsichtigt, unter Beibehaltung ihres Wohnsitzes in Deutschland, in der Schweiz einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nachzugehen und täglich an ihren Wohnsitz zurückzukehren. Damit stellt sie offensichtlich eine Grenzgängerin im Sinne von Art. 7 Abs. 1 Anhang I FZA dar.

3.2. Gemäss Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA benötigt der Grenzgänger keine Aufenthaltserlaubnis. Die zuständige Behörde des beschäftigenden Staates kann dem abhängig beschäftigten Grenzgänger jedoch eine Sonderbescheinigung mit der Gültigkeitsdauer von mindestens fünf Jahren oder mit einer der Dauer der Beschäftigung entsprechenden Gültigkeitsdauer ausstellen, wenn diese mehr als drei Monate und weniger als ein Jahr beträgt. Diese Bescheinigung wird um mindestens fünf Jahre verlängert, sofern der Grenzgänger nachweist, dass er eine Erwerbstätigkeit ausübt. Die Sonderbescheinigung gilt für das gesamte Hoheitsgebiet des Staates, der sie ausgestellt hat (Art. 7 Abs. 3 Anhang I FZA).

3.3. Die Vorinstanz geht in diesem Zusammenhang davon aus, eine Grenzgängerbewilligung könne durch das Migrationsamt nur dann erteilt werden, wenn der Arbeitgeber ein Unternehmen mit Sitz in der Schweiz sei oder es sich beim Arbeitgeber zumindest um eine selbständige Niederlassung eines ausländischen Unternehmens in der Schweiz handle. Das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Rechtsdomizil in der Schweiz genüge den Anforderungen von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA nicht.

3.4.

3.4.1. Zunächst ist festzuhalten, dass es sich erübrigt zu klären, ob das von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Rechtsdomizil in

der Schweiz den Anforderungen genügt, die die Vorinstanz an die Arbeitgeberin gestützt auf Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA stellt. Dies deshalb, weil im vorliegenden Fall ein deutsches Unternehmen als Arbeitgeberin auftritt und nicht dessen Schweizer Rechtsdomizil.

3.4.2. Zu klären ist vielmehr die Frage, ob – wie die Vorinstanzen annehmen – eine Sonderbescheinigung für Grenzgänger durch schweizerische Behörden effektiv nur dann ausgestellt werden darf, wenn der Arbeitgeber seinen (Haupt-)Sitz in der Schweiz hat oder es sich beim Arbeitgeber zumindest um eine selbständige Niederlassung eines ausländischen Unternehmens in der Schweiz handelt.

Dies ist durch Auslegung von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA, insbesondere des Begriffes des "beschäftigenden Staates" zu ermitteln.

3.4.3. Nach den allgemeinen Regeln der Gesetzesauslegung muss das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis der teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden (BGE 111 II 149, E. 4/a; 103 Ia 288, E. 2/c). Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Die Gesetzesmaterialien fallen nur dann ins Gewicht, wenn sie angesichts einer unklaren gesetzlichen Bestimmung eine klare Antwort geben (BGE 111 II 149 E. 4/a). Die Auslegung des Gesetzes ist zwar nicht entscheidend historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen auszurichten (vgl. zum Ganzen BGE 128 I 34, E. 3/b; BGE 121 III 219, E. 1/d/aa).

3.4.4. Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA hält fest, dass die Sonderbescheinigung durch die zuständige Behörde des beschäftigenden Staates ausgestellt werden kann. Die Materialien zum FZA geben keinen Aufschluss darüber, welches Land mit dem Begriff des "beschäftigenden Staates" gemeint ist. Ebenso wenig kann dem Wortlaut

entnommen werden, ob es sich beim beschäftigenden Staat um jenen Staat handelt, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird oder um jenen, in dem das beschäftigende Unternehmen seinen Sitz hat. Fest steht bei genauer Betrachtung aber immerhin, dass dem Wortlaut nicht entnommen werden kann, Schweizer Behörden seien zur Ausstellung einer Grenzgängerbewilligung nur dann zuständig, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz in der Schweiz hat.

3.4.5. Nachfolgend ist zu klären, welchen Sinn und Zweck die Regelung von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA hat und ob sich daraus ergibt, was unter dem Begriff des "beschäftigenden Staates" zu verstehen ist.

Der Regelung des Grenzgängerverkehrs liegt zugrunde, dass eine erwerbstätige Person ihren Wohnsitz in einem anderen Staat hat als sie ihre Arbeitsleistung erbringt. Normalerweise reist sie täglich bzw. wöchentlich zwischen dem Staat, in dem sie ihren Wohnsitz hat und dem Staat, in dem sie ihre Arbeitsleistung erbringt, hin und her. Mit der Grenzgängerbewilligung kann sich die betroffene Person darüber ausweisen, dass sie sich als Grenzgängerin im jeweiligen Land aufhält. Als Grenzgängerin ausweisen muss sich die betroffene Person aber primär in dem Land, in dem sie ihre Arbeitsleistung erbringt, da sie im Land ihres Wohnortes über eine Aufenthaltsbewilligung verfügt. Die Annahme, zur Ausstellung einer Sonderbescheinigung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA sei jener Staat zuständig, in dem das beschäftigende Unternehmen seinen rechtlichen Sitz hat, würde bedeuten, dass - unbeachtlich des Ortes der effektiven Arbeitsleistung – jener ausländische (EU-)Staat zur Ausstellung von Sonderbescheinigungen für die Ausübung einer Tätigkeit im schweizerischen Hoheitsgebiet zuständig wäre, in dem sich der Sitz des Arbeitgebers befindet. Dass dies offensichtlich dem Territorialitätsprinzip widersprechen würde und dem Sinn und Zweck der Regelung von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA nicht entsprechen kann, liegt auf der Hand.

Nach dem Gesagten ergibt sich aus der Auslegung nach Sinn und Zweck von Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA klar, dass mit "beschäftigendem Staat" nur jener Staat gemeint sein kann, in welchem die Arbeitsleistung erbracht wird.

3.4.6. Zum selben Ergebnis gelangt man auch mittels systematischer Auslegung. Art. 7 Abs. 1 Anhang I FZA nimmt Bezug auf das Hoheitsgebiet, in dem die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird. In Art. 7 Abs. 3 Anhang I FZA wird zudem statuiert, dass die Sonderbescheinigung für das gesamte Hoheitsgebiet des Staates gilt, der sie ausgestellt hat. Ginge man im vorliegenden Fall davon aus, die deutschen Behörden seien zur Ausstellung einer Sonderbescheinigung zuständig, wäre die Grenzgängerbewilligung nur in Deutschland gültig, was jeglicher Logik entbehren würde.

3.5. Damit steht fest, dass mit "beschäftigendem Staat" nur jener Staat gemeint sein kann, in dessen Hoheitsgebiet die Arbeitsleistung erbracht wird. Da die Arbeitnehmerin ihre Arbeitsleistung als Grenzgängerin in L. (CH) erbringen wird, ist das Migrationsamt des Kantons Aargau grundsätzlich auch zuständig, eine Grenzgängerbewilligung auszustellen.

[...]

3.7. Nachdem Grenzgänger gemäss Art. 7 Abs. 2 Anhang I FZA keine Aufenthaltserlaubnis benötigen, der beschäftigende Staat dem Grenzgänger jedoch eine Sonderbescheinigung ausstellen kann, ist nachfolgend zu klären, ob das Migrationsamt des Kantons Aargau verpflichtet ist, eine Grenzgängerbewilligung auszustellen.

4.

4.1. Wie die Vorinstanz korrekterweise ausführt, gilt die Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin als Entsandte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 FZA i.V.m. Art. 17 ff. Anhang I FZA und Art. 1 des Bundesgesetzes über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (EntsG) vom 8. Oktober 1999. Vorbehältlich eines speziellen Abkommens über die Erbringung von Dienstleistungen besteht ein Rechtsanspruch auf Entsendung von Arbeitnehmenden nur bis zu einer Einsatzdauer von 90 Tagen (Art. 5 Abs. 1 FZA). Dauert die Entsendung mehr als 90 Tage, bedarf es einer Bewilligung. Wird die Bewilligung erteilt, ist der betroffenen Person eine Aufenthaltserlaubnis auszustellen (Art. 20 Abs. 2 Anhang I FZA).

4.2. Nachdem bereits der Einsatz der Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin mehr als 90 Tage dauern soll und das Arbeitsverhältnis nicht unter ein spezielles Dienstleistungsabkommen zwischen

der Schweiz und der EU fällt, darf die Arbeitnehmerin der Beschwerdeführerin nur dann in die Schweiz entsandt werden, wenn der Beschwerdeführerin die Entsendung bewilligt wurde.

4.2.1. Dabei gilt es zu beachten, dass die Beschränkung auf 90 Tage nicht für jeweils einen einzelnen Arbeitnehmenden gilt, sondern sich auf die Summe aller Arbeitseinsatztage sämtlicher entsandter Arbeitnehmenden der entsendenden ausländischen Arbeitgeberin bezieht. Dies geht direkt aus Art. 5 Abs. 1 FZA hervor, wonach es dem Dienstleistungserbringer - und nicht jeweils dem einzelnen Arbeitnehmenden des Dienstleistungserbringers - gestattet ist, Dienstleistungen während 90 Arbeitstagen im Hoheitsgebiet der anderen Vertragspartei zu erbringen. Gleicher Auffassung ist offenbar auch das Migrationsamt des Kantons Aargau: "Ein Unternehmen, das seine Arbeitnehmenden insgesamt (nicht pro Mitarbeitenden!) für mehr als 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr in die Schweiz entsendet, benötigt eine vorgängige Bewilligung." (vgl. "Merkblatt für ausländische Arbeitgebende aus EG-17/EFTA-Staaten, die Arbeitnehmende ihres Unternehmens zur Erbringung von meldepflichtigen Dienst- und Arbeitsleistungen in die Schweiz entsenden", Merkblatt A1360, Januar 2008; [...]).

4.2.2. Aufgrund der durch die Vorinstanz unwidersprochen gebliebenen Angaben der Beschwerdeführerin und deren impliziten Bestätigung, dass für Arbeitnehmende der Beschwerdeführerin bislang Grenzgängerbewilligungen ausgestellt wurden, ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz aktuell rund 40 Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung beschäftigt. Da eine Grenzgängerbewilligung nur dann auszustellen ist, wenn die Betroffenen im Ausland wohnen und in der Schweiz arbeiten und die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin ein in Deutschland domiziliertes Unternehmen ist, gelten die mit Grenzgängerbewilligung in der Schweiz tätigen Arbeitnehmenden als Entsandte im Sinne von Art. 5 Abs. 1 FZA. Ohne entsprechende Bewilligung könnte die Beschwerdeführerin die genannten Arbeitnehmenden aufgrund der Beschränkung gemäss Art. 5 Abs. 1 FZA (90 Arbeitstage) insgesamt lediglich während rund zwei Arbeitstagen pro Kalenderjahr und Arbeitnehmenden in die Schweiz entsenden. Da nichts auf eine derart kurze

Entsendung hindeutet, liegt der Schluss nahe, dass das Migrationsamt der Beschwerdeführerin die Entsendung von Arbeitnehmenden über die Dauer von 90 Tagen hinaus explizit oder stillschweigend bewilligt hat.

Nachdem den Akten diesbezüglich jedoch nichts zu entnehmen ist, ist das Verfahren zur Klärung dieser Frage und entsprechenden Ergänzung des Sachverhaltes an die Vorinstanz zurückzuweisen.

4.3. Wurde der Arbeitgeberin stillschweigend oder explizit eine Bewilligung zur Entsendung von Arbeitnehmenden über 90 Tage hinaus erteilt, ist der Arbeitnehmerin wohl ebenfalls eine Grenzgängerbewilligung auszustellen. Dabei ist insbesondere Art. 20 Abs. 2 Anhang I FZA zu beachten, wonach ein Arbeitnehmer Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis in der Schweiz hat, wenn sein Arbeitgeber über eine Bewilligung zur Entsendung von Arbeitnehmenden über 90 Tage hinaus im Sinne von Art. 5 Abs. 1 FZA verfügt. In Anwendung des Grundsatzes "in majore minus" hat der Arbeitnehmer in diesen Fällen wohl auch Anspruch auf Ausstellung einer Sonderbescheinigung als Grenzgänger.

90 Widerruf der Niederlassungsbewilligung; Verschweigen wesentlicher Tatsachen

Soll einem aus einem anderen Kanton zuziehenden Niedergelassenen der Kantonswechsel bewilligt und eine Niederlassungsbewilligung erteilt werden, muss das Migrationsamt das bisherige Verhalten nochmals eingehend prüfen. Wird auf den Beizug der Akten des Vorkantons verzichtet, kann die Niederlassungsbewilligung später nicht aufgrund von Umständen, die in diesen Akten hinreichend dokumentiert sind, widerrufen werden (E. II./4.3.).

Aus dem Entscheid des Rekursgerichts im Ausländerrecht vom 27. Juni 2008 in Sachen D.A. betreffend Widerruf der Niederlassungsbewilligung bzw. Familiennachzug (1-BE.2007.39).