

Allemann / Birri / Nanci / Tüscher / Turley

WEKA

Entsendungen und internationale Arbeitseinsätze

Rechtliche Antworten und Praxistipps



Ein Problem? Kein Problem!

CIP-Kurztitelaufnahme der deutschen Bibliothek

Entsendungen und internationale Arbeitseinsätze

Herausgeber: Allemann / Birri / Nanci / Tüscher / Turley

Projektleitung: Birgitt Bernhard

WEKA Business Media AG, Schweiz

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2021

Alle Rechte vorbehalten, Nachdruck – auch auszugsweise – nicht gestattet.

Die Definitionen, Empfehlungen und rechtlichen Informationen sind von den Autoren und vom Verlag auf deren Korrektheit in jeder Beziehung sorgfältig recherchiert und geprüft worden. Trotz aller Sorgfalt kann eine Garantie nicht übernommen werden. Eine Haftung der Autoren bzw. des Verlags ist daher ausgeschlossen.

WEKA Business Media AG

Hermetschloostrasse 77, CH-8048 Zürich

Telefon 044 434 88 88, Telefax 044 434 89 99

www.weka.ch

Zürich • Kissing • Paris • Wien

ISBN 978-3-297-22075-7

6. Auflage 2021

Druck: CPI books GmbH, Leck, Layout: Dimitri Gabriel, Satz: Peter Jäggi



Ein Problem? Kein Problem!

Einleitung

In einer zunehmend globalisierten Welt senden Unternehmen immer häufiger ihre Mitarbeiter ins Ausland, sei es für einzelne Projekte oder auch längerfristig, damit Sie als Spezialisten im Ausland ihr Know-how bei ausländischen Geschäftseinheiten einbringen. Die längerfristigen Entsendungen werden zunehmend als internationale Transfers strukturiert, bei welchen ein Mitarbeiter einen lokalen Arbeitsvertrag im Gastland erhält. Die Anzahl Mitarbeiter, welche auf Basis einer klassischen Entsendung im Ausland arbeiten, hat in jüngster Zeit abgenommen, da diese Art von Entsendung für den Arbeitgeber oft sehr teuer ist. Entsendungen und internationale Transfers führen zu ähnlichen Fragestellungen betreffend Arbeits- und Aufenthaltsrecht, Einreisebestimmungen, Steuer- und Sozialversicherungsrecht, weshalb dieses Praxisbuch nicht nur zur klassischen Entsendung massgebende Tipps enthält, sondern auch hinsichtlich Mitarbeitern, die sich aufgrund eines lokalen Arbeitsvertrages ins Ausland begeben oder in die Schweiz einreisen.

Nichtsdestotrotz fokussiert dieses Buch auf die klassische in der Praxis noch immer vorherrschende Entsendung, und die Autoren beantworten die mit Entsendungen entstehenden Fragen aufgrund ihrer praktischen Erfahrungen, die sie als Spezialisten bei KPMG oder in ihren weiteren Tätigkeiten gewonnen haben. Das Buch dient als Praxisratgeber, und die gemachten Aussagen erheben keinen wissenschaftlichen Anspruch, sondern basieren auf der heute gängigen Praxis und können je nach Einzelfallkonstellation auch anders beurteilt werden.

Bitte beachten Sie, dass die von den Autoren gemachten Vorschläge keine Vollständigkeit beanspruchen, und dass jeder Einzelfall aufgrund des individuellen Sachverhaltes im Detail von einem Spezialisten vor Beginn der Entsendung geprüft werden sollte. Die in diesem Buch enthaltenen Lösungsvorschläge basieren auf der allgemeinen Praxiserfahrung aus einer Vielzahl ähnlicher Entsendungsfälle und dienen als Lösungshinweise für die verantwortlichen HR-Funktionen in einer Unternehmung.

Das Buch ist in sechs Teile gegliedert, in denen die verschiedenen Spezialisten ihre langjährigen Erfahrungen zusammenfassen. Die Autoren möchten hier die Gelegenheit nutzen, sich für die Unterstützung durch die nachfolgend aufgeführten KPMG-Mitarbeiter sowie durch weiteren Personen zu bedanken. Im ersten Teil, welcher die arbeits- und aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen abhandelt, arbeitete Shirin Yasargil mit. Im vierten Teil, der die Steuerfolgen bei Entsendungen umschreibt, möchte sich die Autorin bezüglich der Neuerungen zum Quellensteuerverfahren bei Markus Kühni und Abramo Lo Parco vom kantonalen Steueramt Zürich für die hilfreichen Praxishinweise bedanken. Der Sozialversicherungsteil, der fünfte Teil, wurde von Richard Zürcher mitgestaltet. Der letzte Teil ist ein Exkurs über die Steuerfolgen bei Mitarbeiterbeteiligungen, und der Autor möchte sich bei Peter Stebler, dem Urheber des Kreisschreibens 37, und

Harry Müller sowie Thomas Daeniker vom kantonalen Steueramt in Zürich für den aktiven Gedankenaustausch bedanken.

Die Autoren, allesamt Spezialisten im Bereich Entsendungen und internationale Arbeitsinsätze profitieren vom grossen internationalen Netzwerk mit vielen Spezialisten in fast allen Ländern der Erde. Die im Arbeitsalltag gemachten Erfahrungen sind in dieses Buch eingeflossen und haben es erst möglich gemacht.

Inhaltsverzeichnis

1.	Arbeitsrechtliche Aspekte von Entsendungen	7
1.1	Einleitung.....	9
1.2	Arbeitsvertragliche Gestaltung.....	10
1.3	Ist eine Vertragsanpassung überhaupt notwendig?.....	10
1.4	Die verschiedenen Vertragsmodelle.....	13
1.4.1	Allgemeines.....	13
1.4.2	Die klassische Entsendung.....	13
1.4.3	Der befristete Transfer.....	31
1.4.4	Weitere Vertragsmodelle.....	36
1.4.5	Welches Vertragsmodell ist das beste?.....	37
1.5	Die Form der Verträge.....	39
1.6	Entsendungsrichtlinien.....	40
1.6.1	Allgemeines.....	40
1.6.2	Einbettung in das Vertragsmodell.....	40
1.6.3	Einseitige Änderung der Entsendungsrichtlinie durch das Unternehmen.....	41
1.7	Das Vertragsverhältnis zwischen Heimat- und Entsendungsbetrieb.....	42
1.7.1	Allgemeines.....	42
1.7.2	Inhalt des Intercompany Agreements.....	43
1.8	Stolperstein Schweizer Personalverleihrecht.....	44
1.8.1	Verbot des Personalverleihs aus dem Ausland.....	44
1.9	Internationales Privatrecht.....	46
1.9.1	Grundlagen.....	46
1.9.2	Eingriffsnormen.....	48
Literatur	51
Autor	51
2.	Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungsrechtliche Aspekte	53
2.1	Einleitung/Internationale Überlegungen.....	55
2.2	Entsendung ausländischer Mitarbeiter in die Schweiz.....	57
2.2.1	Ausgangslage.....	57
2.2.2	Die Entsendung im Schweizer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungsrecht.....	59
2.2.3	Unterliegen Entsendungen in die Schweiz der Bewilligungspflicht?.....	60
2.2.4	Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung.....	63
2.2.5	Kein Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung.....	70
2.2.6	Bewilligungsgesuche.....	75
2.2.7	Flankierende Massnahmen, insbesondere Lohnvorschriften.....	78
Autor	83
3.	Entsendungsrichtlinien	85
3.1	Einleitung.....	87
3.1.1	Einordnung von Entsendungsrichtlinien.....	88
3.1.2	Grundüberlegungen zu Entsendungsrichtlinien.....	89
3.1.3	Übersiedlung.....	90
3.2	Vergütungsstrategien.....	91
3.2.1	Allgemeines und Grundsätze.....	91

3.2.2	Entschädigungspaket	94
3.2.3	Steuerausgleichsmethoden	96
3.2.4	Vergütungsmethoden	106
3.3	Übersicht über die verschiedenen Entsendungsrichtlinien und ihr Einsatzgebiet	111
3.3.1	Long Term Policy / Standard Policy	112
3.3.2	Short Term Policy	113
3.3.3	Permanent Transfer / Indefinite Length Policy – Übersiedler	114
3.3.4	Commuter Policy – Grenzgänger und Wochenaufenthalter	115
3.3.5	Business Trip Policy – Geschäftsreisereglement	116
3.3.6	Ausbildungsrichtlinien	117
3.4	Anhang	117
	Beispielinhalt einer Entsendungsrichtlinie	117
	Fallbeispiele (Berechnungen)	119
Quellen	121
Literatur	122
Autor	122
4.	Steuerthemen bei Entsendungen	123
4.1	Entsendungen aus steuerlicher Sicht	125
4.1.1	Kurzfristige Entsendungen	125
4.1.2	Langfristige Entsendungen	126
4.2	Das schweizerische Steuersystem	126
4.2.1	Unbeschränkte Steuerpflicht	127
4.2.2	Beschränkte Steuerpflicht	128
4.2.3	Beginn und Ende der Steuerpflicht	129
4.3	Besteuerung von Erwerbseinkünften aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in der Schweiz	130
4.4	Allgemeines zur Quellensteuer	131
4.4.1	Das Quellensteuerverfahren	132
4.4.2	Quellensteuer bei unbeschränkter Steuerpflicht	133
4.4.3	Quellensteuer bei beschränkter Steuerpflicht	134
4.4.4	Quellensteuerbefreiung bei faktischer Arbeitgeberschaft im Ausland	135
4.4.5	Nachträglich ordentliche Veranlagung	136
4.4.6	Ergänzend ordentliche Veranlagung zur Quellensteuer	138
4.4.7	Quellensteuerverfahren oder ordentliche Veranlagung – Ein Überblick	138
4.5	Das ordentliche Veranlagungsverfahren in der Schweiz	139
4.5.1	Provisorische Steuerrechnung	139
4.5.2	Steuererklärung	140
4.5.3	Definitive Einschätzung	140
4.5.4	Definitive Steuerrechnung	140
4.6	Besteuerung grenzüberschreitender Fälle	141
4.7	Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerungsabkommen	142
4.7.1	Ansässigkeitsregeln	142
4.7.2	Arbeitsortprinzip	143
4.7.3	183-Tage-Regel	144
4.7.4	Leitende Angestellte	144
4.7.5	Grenzgänger	145
4.7.6	Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung	148

4.7.7	Entsendung in ein Nicht-DBA-Land	150
4.8	Die Verpflichtungen des Arbeitgebers.....	151
4.8.1	Einbehaltung und Ablieferung der Quellensteuer	151
4.8.2	Erstellen eines Lohnausweises (Inbound/Outbound)	152
4.9	Besteuerung einzelner Lohnbestandteile sowie deren korrekte Deklaration im Lohnausweis	154
4.9.1	Ziffer 1 – Lohn	154
4.9.2	Ziffer 3 – Unregelmässige Leistungen	155
4.9.3	Ziffer 4 – Abgangschädigungen.....	158
4.9.4	Ziffer 5 – Mitarbeiterbeteiligungen	160
4.9.5	Ziffer 7 – Andere Leistungen	160
4.9.6	Übersicht über die verschiedenen Lohnarten und deren Reporting im Lohnausweis sowie der Beilage zum Lohnausweis.....	161
4.10	Spezielle Abzüge für Expatriates	162
4.10.1	Umzugskosten.....	163
4.10.2	Kosten für die doppelte Haushaltführung.....	163
4.10.3	Schulkosten	164
4.11	Weitere Steuern in der Schweiz im Zusammenhang mit Entsendungen	165
4.11.1	Vermögenssteuer	165
4.11.2	Kirchensteuer	166
4.11.3	Verrechnungssteuer.....	167
4.11.4	Erbschafts- und Schenkungssteuer.....	167
4.11.5	Grundstückgewinnsteuer	168
Literatur	168
Autorin	169
5.	Die soziale Sicherheit	171
5.1	Die drei Säulen.....	175
5.1.1	Der Aufbau des Drei-Säulen-Prinzips.....	175
5.1.2	Übrige Sozialversicherungen in der Schweiz	176
5.1.3	Verantwortlichkeit und Finanzierung.....	177
5.2	Die erste Säule	177
5.2.1	Versicherte Personen in der AHV	178
5.2.2	Versicherte Personen in der IV.....	178
5.2.3	Versicherte Personen in der ALV	180
5.3	Die zweite Säule.....	180
5.3.1	Der obligatorische Teil	181
5.3.2	Der überobligatorische Teil	182
5.3.3	Einkäufe in die Pensionskasse	182
5.3.4	Steuerliche Behandlung bei Bezug von Leistungen aus der Pensionskasse	182
5.3.5	Barauszahlung	183
5.4	Die dritte Säule.....	183
5.4.1	Die Säule 3a	183
5.4.2	Die Säule 3b	185
5.5	Wichtige Begriffe.....	185
5.5.1	Leistungsexportprinzip	185
5.5.2	Entsendung von Arbeitnehmenden	186
5.5.3	Der Wohnsitz.....	187

5.5.4	Nur für eine kurze Zeit	187
5.5.5	Nicht zumutbare Doppelbelastung	187
5.6	Die Versicherungsunterstellung im Allgemeinen	188
5.6.1	Bestimmungen des AHVG	189
5.6.2	Unterstellung in der Schweiz oder in einem Abkommensstaat	189
5.6.3	Versicherungsunterstellung bestimmter Personenkreise	189
5.7	Abkommen zwischen der Schweiz und EU/EFTA-Staaten	190
5.7.1	Grundsatz der Unterstellung	190
5.7.2	Entsendung aus der Schweiz in einen EU/EFTA-Staat	191
5.7.3	Entsendungen aus einem EU/EFTA-Staat in die Schweiz	195
5.7.4	Grenzgänger EU/EFTA	195
5.7.5	Weitere Information und Quellen	196
5.8	Sozialversicherungsabkommen mit einem Vertragsstaat ausserhalb der EU/EFTA-Staaten	196
5.8.1	Grundsatz: Unterstellung am Erwerbort	196
5.8.2	Die Entsendung von der Schweiz in einen Vertragsstaat ausserhalb der EU/EFTA	197
5.8.3	Die Entsendung aus einem Vertragsstaat ausserhalb der EU/EFTA in die Schweiz	199
5.8.4	Weitere Information und Quellen	200
5.9	Staaten ohne Abkommen – Nichtvertragsstaat	200
5.9.1	Grundsatz der Unterstellung	200
5.9.2	Die Entsendung von der Schweiz in einen Nichtvertragsstaat	200
5.9.3	Die Entsendung von einem Nichtvertragsstaat in die Schweiz	201
5.9.4	Weitere Information und Quellen	203
Autor	204
6.	Mitarbeiterbeteiligung: National und International	205
6.1	Allgemeines	207
6.2	Arten von Mitarbeiterbeteiligungen	208
6.2.1	Mitarbeiteraktien	208
6.2.2	Mitarbeiteroptionen	208
6.2.3	Restricted Stock Units/Deferred Shares	209
6.2.4	Phantom-Pläne (unechte Mitarbeiterbeteiligungen)	209
6.3	Besteuerung der Mitarbeiterbeteiligungen in der Schweiz	210
6.3.1	Mitarbeiteraktien	210
6.3.2	Mitarbeiteroptionen	212
6.3.3	Restricted Stock Units/Deferred Shares	212
6.3.4	Phantom-Pläne	213
6.4	Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen im Ausland	213
6.4.1	Identische Besteuerung	213
6.4.2	Abweichungen von der Schweizer Praxis	214
6.5	Aufteilung des Einkommens im internationalen Verhältnis (OECD-Musterabkommen)	215
6.5.1	Regelung gemäss Doppelbesteuerungsabkommen	215
6.5.2	Aufteilungsregeln gemäss unilateralem Schweizer Recht	217
6.6	Sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Mitarbeiterbeteiligungen	219
6.6.1	Allgemeine Regel	219
6.6.2	Bestimmungen in den Staatsverträgen	219
6.6.3	Unterschiedliche Sozialversicherungssysteme	220
6.6.4	Sozialversicherungsregeln in der Schweiz	220

6.7	Administration und Bescheinigung von Mitarbeiterbeteiligungen bei Entsandten	221
6.7.1	Planadministration	221
6.7.2	Bescheinigungspflichten des Arbeitgebers	221
6.7.3	Bescheinigung bei Entsandten (Migrationsdaten)	223
Autor	225

1.

Arbeitsrechtliche Aspekte von Entsendungen

1.1	Einleitung	9
1.2	Arbeitsvertragliche Gestaltung	10
1.3	Ist eine Vertragsanpassung überhaupt notwendig?	10
1.4	Die verschiedenen Vertragsmodelle	13
1.4.1	Allgemeines.....	13
1.4.2	Die klassische Entsendung.....	13
1.4.2.1	Vertragslage	13
1.4.2.2	Inhalt der Entsendungsvereinbarung	15
1.4.3	Der befristete Transfer	31
1.4.3.1	Vertragslage	31
1.4.3.2	Inhalt der Verträge.....	33
1.4.4	Weitere Vertragsmodelle	36
1.4.5	Welches Vertragsmodell ist das beste?	37
1.5	Die Form der Verträge	39
1.6	Entsendungsrichtlinien	40
1.6.1	Allgemeines.....	40
1.6.2	Einbettung in das Vertragsmodell.....	40
1.6.3	Einseitige Änderung der Entsendungsrichtlinie durch das Unternehmen.....	41
1.7	Das Vertragsverhältnis zwischen Heimat- und Entsendungsbetrieb ... 42	
1.7.1	Allgemeines.....	42
1.7.2	Inhalt des Intercompany Agreements	43
1.8	Stolperstein Schweizer Personalverleihrecht	44
1.8.1	Verbot des Personalverleihs aus dem Ausland.....	44

1.9	Internationales Privatrecht	46
1.9.1	Grundlagen.....	46
1.9.2	Eingriffsnormen	48
1.9.2.1	Allgemeines.....	48
1.9.2.2	Schweizer Eingriffsnormen	49
Literatur	51
Autor	51

1. Arbeitsrechtliche Aspekte von Entsendungen

1.1 Einleitung

Internationale Mitarbeiterinsätze berühren naturgemäss immer die Rechtskreise von mindestens zwei Ländern, in der Regel von dem Heimat- und dem Gastland. Um das rechtliche Gelingen von internationalen Entsendungen zu gewährleisten, müssen also arbeitsrechtliche Vorschriften verschiedener Länder aufeinander abgestimmt werden. Oft liegt darin die Hauptherausforderung der arbeitsvertraglichen Konzeptionierung von grenzüberschreitenden Mitarbeiterinsätzen.

Viele Rechtsordnungen, so auch die schweizerische, kennen aber noch immer kaum Normen, welche spezifisch Aspekte von internationalen Mitarbeiterinsätzen regeln. Daraus folgt einerseits eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit, andererseits aber auch eine gewisse Freiheit in der arbeitsvertraglichen Gestaltung von Entsendungen.

Eben diese Freiheit ist in der Praxis von grösster Bedeutung, da der arbeitsvertraglichen Umsetzung bei der Strukturierung von Entsendungen meist «nur» abbildende Funktion zukommt und vielmehr steuerliche, sozialversicherungs- und aufenthaltsrechtliche Faktoren gestaltungstreibend sind.

«Etwa bedingt die Erlangung einer Arbeitsbewilligung in einigen Ländern einen lokalen Arbeitsvertrag mit dem Gastbetrieb oder kann zum Zwecke der Vermeidung einer ungewollten steuerlichen Betriebsstätte des Heimatbetriebes im Gastland eine Beschränkung der Aktivitäten des Mitarbeiters in der Entsendungsvereinbarung erforderlich sein.»

Die arbeitsvertraglichen Komponente beschränkt sich somit darauf, die im Wesentlichen auf steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Überlegungen aufbauende Struktur einer Entsendung in ein arbeitsvertragliches Kleid zu giessen, welches besagten Überlegungen sowie den (zwingenden) Vorschriften des Heimat- und Gastlandes entsprechend Rechnung trägt und dabei den Mitarbeiter gegenüber seiner bisherigen Anstellung im Heimatland nicht schlechterstellt.

1.2 Arbeitsvertragliche Gestaltung

DAS WICHTIGSTE IN KÜRZE

Nicht immer erfordern internationale Mitarbeitereinsätze eine Anpassung der bestehenden Arbeitsvertragsverhältnisse. Gerade kürzere Auslandsaufenthalte, wie etwa wenige Tage dauernde Geschäftsreisen, dürften in der Regel vom bestehenden Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber im Heimatland gedeckt sein. Bei längerfristigen Auslandsentsätzen dagegen, die in der Regel auch die Übernahme neuer Aufgaben im Gastland beinhalten, ist eine Anpassung der arbeitsvertraglichen Situation die Regel.

In der Praxis haben sich in den letzten Jahren vor allem zwei Vertragsmodelle zur Gestaltung von Entsendungen durchgesetzt: jenes der klassischen Entsendung und jenes des befristeten Transfers.

Bei der klassischen Entsendung wird der angestammte Arbeitsvertrag zwischen dem Mitarbeiter und dem heimatlichen Arbeitgeber mittels einer zwischen den gleichen Parteien abgeschlossenen Entsendungsvereinbarung zum Zwecke und für die Dauer der Entsendung modifiziert. Mit dem ausländischen Gastbetrieb schließt der Mitarbeiter dagegen keinen Vertrag ab. Die Entsendungsvereinbarung untersteht üblicherweise derselben Rechtsordnung wie der bisherige Arbeitsvertrag. Es gilt aber zwingende Eingriffsnormen der Rechtsordnung des Gastlandes zu berücksichtigen.

Beim befristeten Transfer wird der angestammte Arbeitsvertrag zwischen dem Mitarbeiter und dem heimatlichen Arbeitgeber mittels einer zwischen den gleichen Parteien abgeschlossenen Ruhevereinbarung zum Zwecke und für die Dauer der Entsendung bezüglich seiner Hauptpflichten suspendiert. Zusätzlich schließen der Mitarbeiter und der ausländische Gastbetrieb einen Arbeitsvertrag ab. Anders als bei der klassischen Entsendung bestehen also zwei voneinander formell unabhängige Rechtsverhältnisse zu zwei verschiedenen Arbeitgebern. Während die Ruhevereinbarung dem gleichen Recht wie der durch sie modifizierte Arbeitsvertrag untersteht, ist auf den lokalen Arbeitsvertrag mit dem Gastbetrieb in aller Regel das Recht des Gastlandes anwendbar.

1.3 Ist eine Vertragsanpassung überhaupt notwendig?

Ob ein grenzüberschreitender Arbeitseinsatz überhaupt eine Anpassung des bestehenden Arbeitsvertrages erforderlich macht, hängt stark von den Umständen des Einzelfalles ab.

Oft können etwa sehr kurze Auslandsentsätze ohne Weiteres auf Basis des unveränderten Arbeitsvertrages mit dem Heimatbetrieb erfolgen.

In der Praxis etwa lassen sich immer mehr Unternehmen vom Mitarbeiter dessen Bereitschaft zu Geschäftsreisen respektive Auslandsaufenthalten im Arbeitsvertrag zusichern (sog. Mobilitätsklausel).

In solchen Fällen kann der Arbeitgeber im Rahmen seines Weisungsrechts ohne Weiteres eine vorübergehende Verlegung des Arbeitsortes ins Ausland anordnen, sofern eine solche Verlegung für die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten des Mitarbeiters erforderlich und ihm zumutbar ist.

PRAXISTIPP

Fügen Sie Ihren Standardarbeitsverträgen zu Erhöhung der Flexibilität im internationalen Kontext eine Mobilitätsklausel hinzu. Sie kann z. B. etwa wie folgt lauten: «Der primäre Arbeitsort des Mitarbeiters ist am Sitz der Arbeitgeberin. Die Position des Mitarbeiters erfordert jedoch regelmässiges Reisen, sowohl im In- als auch im Ausland. Der Mitarbeiter erklärt sich ausdrücklich bereit, die mit der Erfüllung seiner Aufgaben zusammenhängende und ihm nach Treu und Glauben zumutbare Reisetätigkeit, einschliesslich mehrtägiger Auslandsaufenthalte, zu übernehmen und sich dabei jeweils den vor Ort geltenden zwingenden Vorschriften des lokalen Rechts (z. B. Verbot der Arbeit an offiziellen Feiertagen) zu unterwerfen.»

Unabhängig vom Bestehen einer schriftlichen Mobilitätsklausel gilt dies wohl auch dann, wenn der Mitarbeiter aufgrund der von ihm übernommenen Aufgaben respektive Position nach Treu und Glauben grundsätzlich mit Reisetätigkeiten in der vom Arbeitgeber angeordneten Art rechnen müsste. So etwa bei kürzeren Auslandsaufenthalten, wie Geschäftsreisen, Montage- und Baustelleneinsätzen oder Aufhalten zwecks Übernahme von Garantie- und Wartungsarbeiten beim ausländischen Kunden.

Eine Anpassung oder Ergänzung des bestehenden Arbeitsvertrags kann in solchen Fällen somit grundsätzlich unterbleiben, soweit dies nicht den Kern des Arbeitsverhältnisses betreffende (zwingende) Vorschriften des ausländischen Rechts dennoch erforderlich machen (wie z. B. die schweizerischen Mindestlohnvorschriften oder allgemeinverbindliche Bestimmungen aus Gesamtarbeitsverträgen oder auch zwingende Normen der EU- Entsenderichtlinie vom 16.12.1996; vgl. dazu auch 1.9 Internationales Privatrecht).

PRAXISHINWEIS

Auch in Fällen, in denen eine Vertragsanpassung grundsätzlich unterbleiben kann, empfiehlt sich grundsätzlich, die den Auslandsaufenthalt betreffenden Sonderkonditionen (z. B. betreffend Unterkunft, Spesenmehraufwand, längeren Arbeitsweg usw.) schriftlich festzuhalten; etwa auf einem Montageblatt oder in einer Einsatzbestätigung.

Die längerfristige Verlegung des Arbeitsortes ins Ausland oder an einen anderen Ort als den arbeitsvertraglich festgeschriebenen üblichen Arbeitsort im Inland bedeutet dagegen regelmässig einen grundsätzlichen Eingriff in das Arbeitsverhältnis und macht eine Anpassung des bestehenden Arbeitsvertrages erforderlich.

In der Praxis kommt es zudem vereinzelt vor, dass ein Mitarbeiter einzig zum Zweck der direkten Entsendung ins Gastland angestellt wird. Gründe dafür sind etwa die folgenden:

- Im Gastland besteht kein Betrieb, zu dem der neu einzustellende Mitarbeiter entsandt werden könnte. So zum Beispiel bei blossen Marketing-, Akquisitions- oder Sales-Tätigkeiten in einem anderen Land, in dem der Arbeitgeber (noch) keine Präsenz hat.
- Es handelt sich lediglich um eine Teilzeitentsendung.

PRAXISBEISPIEL

X wird bei der Y AG mit Sitz in Schaffhausen angestellt, arbeitet jedoch (zumindest in der Anfangszeit) nur drei Tage die Woche in Schaffhausen und die restlichen zwei Arbeitstage am Sitz der deutschen Schwestergesellschaft in Stuttgart.



- Eine Anstellung im Heimatland und eine direkte Entsendung ins Gastland bringt gegenüber der direkten Anstellung im Gastland steuer-, sozialversicherungs- oder aufenthaltsrechtliche Vorteile. Diese Konstellationen werden aber vom Gesetzgeber meist eingeschränkt, um Umgehungstatbeständen vorzubeugen.

PRAXISBEISPIEL

Die Y AG mit Sitz in Zürich beabsichtigt, den indischen Staatsangehörigen X für drei Jahre zu beschäftigen. Um den bei einer lokalen Anstellung eines Drittstaatsangehörigen in der Schweiz geltenden Inländervorrang zu umgehen, will die Y AG den X statt lokal vielmehr bei ihrer indischen Tochtergesellschaft anstellen und von dort aus direkt in die Schweiz entsenden. Das Vorhaben scheitert in der Folge daran, dass X in der Schweiz keine Arbeitsbewilligung erhält, da gemäss Praxis des Kantons Zürich ein Drittstaatsangehöriger grundsätzlich nur dann in die Schweiz entsendet werden darf, wenn er zum Zeitpunkt der Entsendung seit mindestens 12 Monaten beim Heimatbetrieb angestellt war.



- Ein international tätiges Unternehmen mit einer hohen Anzahl jährlicher Entsendungen in eine Vielzahl verschiedener Länder konzentriert seine Personaladministration (HR) in einem Land und gründet zu diesem Zwecke eine Gesellschaft, bei der sämtliche weltweit eingesetzten Mitarbeiter (z. B. eines bestimmten Funktionslevels) angestellt, jedoch direkt gemäss internen Standardprozessen an ihren eigentlichen ausländischen Bestimmungs- und Arbeitsort entsandt werden, u. U. ohne auch nur einen einzigen Tag im Sitzland des Arbeitgebers gewesen zu sein (sogenannte Global Employment Company).

Soweit in der Folge von Entsendungen die Rede ist, sind damit ausschliesslich Sachverhalte gemeint, die kumulativ die folgenden Kriterien erfüllen:

- Es erfolgt ein grenzüberschreitender Mitarbeiterereinsatz im Interesse und Auftrag sowie auf Rechnung eines inländischen Heimatbetriebs (nachfolgend «Heimatbetrieb») oder dessen ganzer Unternehmensgruppe/Konzern.

- Der Arbeitgeber und auch der fragliche Mitarbeiter unterhalten bereits seit einiger Zeit ein Arbeitsverhältnis und haben zum Zeitpunkt des Beginns der Entsendung die Absicht, dass diese befristet ist und der Mitarbeiter nach Beendigung der Entsendung grundsätzlich wieder zum Heimatbetrieb zurückkehren und (direkt) für ihn arbeiten soll – in der angestammten oder einer anderen ihm zugewiesenen Funktion (Wiederbeschäftigungs- und Rückkehrwille). Dieser Mitarbeiterereinsatz ist zeitlich befristet.
- Der Einsatz im Ausland macht eine Anpassung/Ergänzung des bestehenden arbeitsvertraglichen Verhältnisses zwischen dem Mitarbeiter und dem Heimatbetrieb erforderlich.

Wie oben gezeigt, dürfte es sich dabei in aller Regel um Auslandeinsätze von einer gewissen Dauer handeln (i. d. R. mehr als eine Woche).

1.4 Die verschiedenen Vertragsmodelle

1.4.1 Allgemeines

Soweit ein grenzüberschreitender Mitarbeiterereinsatz die Anpassung der bestehenden arbeitsvertraglichen Verhältnisse zwischen Mitarbeiter und Arbeitgeber überhaupt erforderlich macht (vgl. dazu vorstehend 1.3), kann diese auf verschiedenste Art zwischen den Beteiligten strukturiert werden.

Durch die massive Zunahme der Bedeutung und Zahl grenzüberschreitender Arbeits-einsätze in den letzten Jahren haben sich in der Praxis allerdings überwiegend die beiden folgenden Vertragsmodelle durchgesetzt: die klassische Entsendung und der befristete Transfer (vgl. dazu nachfolgend 1.4.2 und 1.4.3).

1.4.2 Die klassische Entsendung

1.4.2.1 Vertragslage

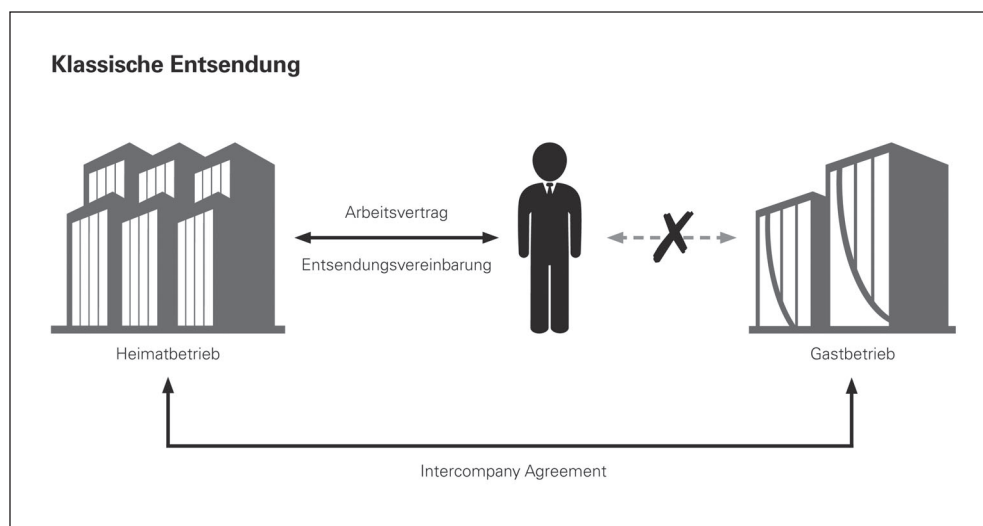
Bei der klassischen Entsendung bleibt der bereits existierende Arbeitsvertrag zwischen dem zu entsendenden Mitarbeiter und dem Heimatbetrieb grundsätzlich aktiv, wird aber für den Zweck und die Dauer der Entsendung mittels einer sogenannten Entsendungsvereinbarung zwischen denselben Parteien den besonderen Umständen des Gastland-einsatzes angepasst (in der Praxis werden oft auch die Begriffe «Entsendungsvertrag» und im Englischen oft «Assignment Agreement» oder, falls in Briefform abgefasst, auch «Letter of Assignment» verwendet).

Der vorbestehende Arbeitsvertrag und die Entsendungsvereinbarung bilden dann zusammen eine vertragliche Einheit.

Ein formelles Vertragsverhältnis zwischen dem Mitarbeiter und dem Gastbetrieb im Ausland wird dagegen keines begründet, weshalb der Heimatbetrieb einziger formeller

Arbeitgeber bleibt. Bei der klassischen Entsendung sind die Begriffe Heimatbetrieb und Arbeitgeber damit synonym zu verstehen (nicht so dagegen beim befristeten Transfer, bei dem zwei formelle Arbeitgeber bestehen, vgl. unten 1.4.3.1).

Sämtliche vom Gastbetrieb während der Entsendedauer zu übernehmenden Aufgaben (wie z. B. die Bereitstellung des Arbeitsplatzes im Gastland) muss der Heimatbetrieb daher mit dem Gastbetrieb in einem separaten Vertrag regeln (vgl. zum sog. Intercompany Agreement unten 1.7).



PRAXISHINWEIS



Bei der klassischen Entsendung soll kein Vertragsverhältnis zwischen dem Mitarbeiter und dem Gastbetrieb begründet werden. Letzterer sollte die Entsendungsvereinbarung daher auch nicht mitunterzeichnen. Tut er dies trotzdem, so kommt u. U. ungewollt auch ihm Arbeitgeberstellung zu. Z. B. kann dies im Falle einer arbeitgeberseitigen Kündigung während der Entsendung dazu führen, dass nicht nur der Heimatbetrieb sondern eben auch der Gastbetrieb dem Mitarbeiter kündigen muss. Dies ist insbesondere dann nachteilig, wenn der Gastbetrieb dabei zwingende Kündigungsvorschriften des Rechts des Gastlandes beachten muss, die von denjenigen des eigentlichen relevanten Rechts des Heimatlandes abweichen (z. B. längere Kündigungsfristen; vgl. dazu 1.9). Unabhängig von einer allfälligen Mitunterzeichnung der Entsendungsvereinbarung durch den Gastbetrieb besteht die vorgenannte Gefahr aber ganz grundsätzlich auch dann, wenn gemäss dem Recht des Gastlandes schon konkludentes Verhalten – wie etwa alleine schon der tatsächliche Vollzug der Entsendung – zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses ausreicht.

Es empfiehlt sich daher allenfalls eine Vereinbarung zwischen dem Mitarbeiter und dem Gastbetrieb, die explizit festhält, dass eben gerade kein Arbeitsverhältnis zwischen den beiden begründet werden soll.

Die Entsendungsvereinbarung ist aus rechtlicher Sicht also eine befristete Anpassung des Arbeitsvertrages mit dem Heimatbetrieb. Fällt sie z. B. durch Zeitablauf oder vorzeitige Rückberufung dahin, so lebt letzterer wieder in der ursprünglicher Form auf.

Gerade bei längeren Entsendungen dürften dann aber oft Anpassungen des wiederauflebenden ursprünglichen Arbeitsvertrages mit dem Heimatbetrieb notwendig sein. So z. B. wenn während der Entsendung erfolgte organisatorische Veränderungen im Heimatbetrieb eine Rückkehr des Mitarbeiters in dieselbe Abteilung verunmöglichen sollten (vgl. dazu auch die Ausführungen zur vorzeitigen Rückberufung unter nachfolgend 1.4.2.2).

1.4.2.2 Inhalt der Entsendungsvereinbarung

Allgemeines

Soweit nicht bereits durch eine Entsendungsrichtlinie verbindlich und einzelfallgerecht abgedeckt (vgl. dazu unten 1.6), werden in einer Entsendungsvereinbarung üblicherweise die folgenden Themenkreise in der folgenden Reihenfolge geregelt:

- Vertragsbezeichnung, Rubrum und Präambel
- Vertragsdauer, Befristung und Bedingungen
- Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung
- Einsatzort im Gastland
- Aufgabenbereich, Funktion und Jobtitel
- Weisungsrecht und Vorgesetzte
- Fixlohn
- Variable Lohnkomponente und Leistungsbewertung
- Spesenregelung (exkl. Relokationsspesen, deren Ersatz systematisch unter den Titel «Zusätzliche Leistungen im Zusammenhang mit der Entsendung» gehört)
- Sozialversicherungsrechtliche Aspekte (inkl. betriebliche PK und Regelungen zu Kranken- und Unfallversicherung)
- Arbeitszeit
- Ferien und öffentliche Feiertage
- Verhaltenspflichten im Gastland
- Zusätzliche Leistungen im Zusammenhang mit der Entsendung
- Rückkehrklausel
- Beendigung/Recht zur vorzeitigen Rückberufung oder Rückkehr
- Kündigung des Arbeitsverhältnisses
- Integrierung von Entsendungsrichtlinien oder anderen betriebsinternen Regularien
- Datenschutz
- Rechts- und Gerichtsstandswahl
- Verschiedenes/Schlussbestimmungen