

Allemann / Birri / Büchel / Tüscher / Wullschleger

WEKA

Entsendungen und internationale Arbeitseinsätze

Rechtliche Antworten und Praxistipps



*Ein Problem? **Kein Problem!***

CIP-Kurztitelaufnahme der deutschen Bibliothek

Entsendungen und internationale Arbeitseinsätze

Autoren: Allemann / Birri / Büchel / Tüscher / Wullschleger

Projektleitung: Birgitt Bernhard

WEKA Business Media AG, Schweiz

© WEKA Business Media AG, Zürich, 2024

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.

Wenn möglich verwenden wir immer geschlechtsneutrale Bezeichnungen. Aus Platzgründen oder aufgrund einer besseren Lesbarkeit verwenden wir bei Texten nur eine Schreibweise.

WEKA Business Media AG
Hermetschloostrasse 77
CH-8048 Zürich
Telefon 044 434 88 88

info@weka.ch
www.weka.ch
www.weka-library.ch

Zürich • Kissing • Paris • Wien

ISBN 978-3-297-52075-8

8. Auflage 2024

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



Ein Problem? Kein Problem!

Einleitung

In unserer zunehmend globalisierten Welt senden Unternehmen trotz lauter werdenden Klimabedenken und pandemiebedingten Reise-Erschwernissen nach wie vor zahlreiche Mitarbeiter ins Ausland, sei es für einzelne Projekte oder auch längerfristig, zum Beispiel damit Sie als Spezialisten im Ausland ihr Know-how bei ausländischen Geschäftseinheiten einbringen oder durch eine Auslandserfahrung ihren Horizont erweitern und ihr Profil schärfen können. Zudem ist die Entsendung eine von verschiedenen Optionen – wenn auch aufgrund ihrer temporären Natur oft nicht die beste – um Mitarbeiter global zu «sourcen» respektive ihnen «work from anywhere» zu ermöglichen. Die längerfristigen Entsendungen wurden insbesondere vor der Pandemie zunehmend als internationale Transfers strukturiert, bei welchen ein Mitarbeiter einen Arbeitsvertrag mit der lokalen Gruppenniederlassung im Gastland erhält. Die Anzahl Mitarbeiter, welche auf Basis einer klassischen Entsendung im Ausland arbeiten, hat in den letzten Jahren dagegen abgenommen, da diese Art von Entsendung für den Arbeitgeber oft sehr teuer ist. Seit der Pandemie erfreut sie sich allerdings wieder zunehmender Beliebtheit, da Mitarbeiter sich scheuen, die Zöpfe zur Heimat (auch nur temporär) abzuschneiden. 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 weitere Personen zu bedanken. Im ersten Teil, welcher die arbeits- und

aufenthaltsrechtlichen Bestimmungen abhandelt, arbeiteten Shirin Yasargil und Soorej Mannancherril 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	9
1.1	Einleitung.....	11
1.2	Arbeitsvertragliche Gestaltung.....	12
1.3	Ist eine Vertragsanpassung überhaupt notwendig?.....	12
1.4	Die verschiedenen Vertragsmodelle.....	15
1.4.1	Allgemeines.....	15
1.4.2	Die klassische Entsendung.....	15
1.4.3	Der befristete Transfer.....	33
1.4.4	Weitere Vertragsmodelle.....	38
1.4.5	Welches Vertragsmodell ist das beste?.....	39
1.5	Die Form der Verträge.....	41
1.6	Entsendungsrichtlinien.....	42
1.6.1	Allgemeines.....	42
1.6.2	Einbettung in das Vertragsmodell.....	42
1.6.3	Einseitige Änderung der Entsendungsrichtlinie durch das Unternehmen.....	43
1.7	Das Vertragsverhältnis zwischen Heimat- und Gastbetrieb.....	44
1.7.1	Allgemeines.....	44
1.7.2	Inhalt des Intercompany Agreements.....	45
1.8	Stolperstein Schweizer Personalverleiherrecht.....	46
1.8.1	Verbot des Personalverleihs aus dem Ausland.....	46
1.9	Internationales Privatrecht.....	48
1.9.1	Grundlagen.....	48
1.9.2	Eingriffsnormen.....	50
Literatur	53
Autor	53
2.	Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungsrechtliche Aspekte	55
2.1	Einleitung/Internationale Überlegungen.....	57
2.2	Entsendung ausländischer Mitarbeiter in die Schweiz.....	59
2.2.1	Ausgangslage.....	59
2.2.2	Die Entsendung im Schweizer Aufenthalts- und Arbeitsbewilligungsrecht.....	61
2.2.3	Unterliegen Entsendungen in die Schweiz der Bewilligungspflicht?.....	63
2.2.4	Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung.....	65
2.2.5	Kein Rechtsanspruch auf Bewilligungserteilung.....	72
2.2.6	Bewilligungsgesuche.....	77
2.2.7	Flankierende Massnahmen, insbesondere Lohnvorschriften.....	80
Autor	84
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
	Quellen	121
	Literatur	122
	Autor	122
4.	Steuerthemen bei Entsendungen	123
4.1	Entsendungen aus steuerlicher Sicht.....	126
4.1.1	Kurzfristige Entsendungen.....	126
4.1.2	Langfristige Entsendungen.....	127
4.2	Das schweizerische Steuersystem.....	127
4.2.1	Unbeschränkte Steuerpflicht	129
4.2.2	Beschränkte Steuerpflicht.....	130
4.2.3	Beginn und Ende der Steuerpflicht.....	130
4.3	Besteuerung von Erwerbseinkünften aus unselbständiger Erwerbstätigkeit in der Schweiz.....	131
4.4	Allgemeines zur Quellensteuer.....	132
4.4.1	Das Quellensteuerverfahren	133
4.4.2	Quellensteuer bei unbeschränkter Steuerpflicht.....	139
4.4.3	Quellensteuer bei beschränkter Steuerpflicht.....	139
4.4.4	Quellensteuerbefreiung bei faktischer Arbeitgeberschaft im Ausland	141
4.4.5	Nachträglich ordentliche Veranlagung	142
4.4.6	Quellensteuerverfahren oder ordentliche Veranlagung – Ein Überblick.....	144
4.5	Das ordentliche Veranlagungsverfahren in der Schweiz	145
4.5.1	Provisorische Steuerrechnung	145
4.5.2	Steuererklärung.....	145
4.5.3	Definitive Einschätzung.....	146
4.5.4	Definitive Steuerrechnung.....	146
4.6	Besteuerung grenzüberschreitender Fälle.....	146
4.7	Internationales Steuerrecht – Doppelbesteuerungsabkommen	147
4.7.1	Ansässigkeitsregeln.....	148
4.7.2	Arbeitsortprinzip	149
4.7.3	183-Tage-Regel	149
4.7.4	Leitende Angestellte.....	150
4.7.5	Grenzgänger.....	152
4.7.6	Methoden zur Vermeidung der Doppelbesteuerung.....	157
4.7.7	Entsendung in ein Nicht-DBA-Land.....	159
4.8	Die Verpflichtungen des Arbeitgebers.....	160

4.8.1	Einbehaltung und Ablieferung der Quellensteuer.....	160
4.8.2	Erstellen eines Lohnausweises (Inbound/Outbound)	161
4.9	Besteuerung einzelner Lohnbestandteile sowie deren korrekte Deklaration im Lohnausweis.....	163
4.9.1	Ziffer 1 – Lohn.....	163
4.9.2	Ziffer 3 – Unregelmässige Leistungen	164
4.9.3	Ziffer 4 – Abgangsentschädigungen.....	167
4.9.4	Ziffer 5 – Mitarbeiterbeteiligungen	169
4.9.5	Ziffer 7 – Andere Leistungen	169
4.9.6	Übersicht über die verschiedenen Lohnarten und deren Reporting im Lohnausweis sowie der Beilage zum Lohnausweis.....	170
4.10	Spezielle Abzüge für Expatriates	171
4.10.1	Umzugskosten.....	172
4.10.2	Kosten für die doppelte Haushaltführung.....	173
4.10.3	Schulkosten	173
4.11	Weitere Steuern in der Schweiz im Zusammenhang mit Entsendungen	175
4.11.1	Vermögenssteuer	175
4.11.2	Kirchensteuer	176
4.11.3	Verrechnungssteuer.....	176
4.11.4	Erbschafts- und Schenkungssteuer.....	177
4.11.5	Grundstückgewinnsteuer	177
Literatur	178
Autoren	178
5.	Die soziale Sicherheit	179
5.1	Die drei Säulen.....	182
5.1.1	Der Aufbau des Drei-Säulenprinzips	182
5.1.2	Übrige Sozialversicherungen in der Schweiz	183
5.1.3	Verantwortlichkeit und Finanzierung.....	184
5.2	Die erste Säule	184
5.2.1	Versicherte Personen in der AHV	185
5.2.2	Versicherte Personen in der IV.....	185
5.2.3	Versicherte Personen in der ALV	187
5.3	Die zweite Säule.....	187
5.3.1	Der obligatorische Teil	188
5.3.2	Der überobligatorische Teil	189
5.3.3	Einkäufe in die Pensionskasse	189
5.3.4	Steuerliche Behandlung bei Bezug von Leistungen aus der Pensionskasse	189
5.3.5	Barauszahlung	190
5.4	Die dritte Säule.....	190
5.4.1	Die Säule 3a	190
5.4.2	Die Säule 3b.....	192
5.5	Wichtige Begriffe.....	192
5.5.1	Leistungsexportprinzip	193
5.5.2	Entsendung von Arbeitnehmenden	193
5.5.3	Der Wohnsitz	194
5.5.4	Nur für eine kurze Zeit	194
5.5.5	Nicht zumutbare Doppelbelastung.....	195

5.6	Die Versicherungsunterstellung im Allgemeinen.....	195
5.6.1	Bestimmungen des AHVG.....	196
5.6.2	Unterstellung in der Schweiz oder in einem Abkommensstaat.....	196
5.6.3	Versicherungsunterstellung bestimmter Personenkreise.....	196
5.7	Abkommen zwischen der Schweiz und EU-Staaten.....	197
5.7.1	Grundsatz der Unterstellung.....	197
5.7.2	Entsendung aus der Schweiz in einen EU/EFTA-Staat.....	199
5.7.3	Entsendungen aus einem EU-Staat in die Schweiz.....	202
5.7.4	Grenzgänger EU/EFTA.....	202
5.7.5	Weitere Information und Quellen.....	203
5.8	Sozialversicherungsabkommen mit einem Vertragsstaat ausserhalb der EU/EFTA-Staaten.....	203
5.8.1	Grundsatz: Unterstellung am Erwerbort.....	204
5.8.2	Die Entsendung von der Schweiz in einen Vertragsstaat ausserhalb der EU/EFTA.....	204
5.8.3	Die Entsendung aus einem Vertragsstaat ausserhalb der EU/EFTA in die Schweiz.....	206
5.8.4	Weitere Information und Quellen.....	207
5.9	Staaten ohne Abkommen – Nichtvertragsstaat.....	207
5.9.1	Grundsatz der Unterstellung.....	207
5.9.2	Die Entsendung von der Schweiz in einen Nichtvertragsstaat.....	208
5.9.3	Die Entsendung von einem Nichtvertragsstaat in die Schweiz.....	209
5.9.4	Weitere Information und Quellen.....	210
Autoren	212
6.	Mitarbeiterbeteiligung: National und International.....	213
6.1	Allgemeines.....	215
6.2	Arten von Mitarbeiterbeteiligungen.....	216
6.2.1	Mitarbeiteraktien.....	216
6.2.2	Mitarbeiteroptionen.....	216
6.2.3	Restricted Stock Units/Deferred Shares.....	217
6.2.4	Phantom-Pläne (unechte Mitarbeiterbeteiligungen).....	217
6.3	Besteuerung der Mitarbeiterbeteiligungen in der Schweiz.....	218
6.3.1	Mitarbeiteraktien.....	218
6.3.2	Mitarbeiteroptionen.....	220
6.3.3	Restricted Stock Units/Deferred Shares.....	220
6.3.4	Phantom-Pläne.....	221
6.4	Besteuerung von Mitarbeiterbeteiligungen im Ausland.....	221
6.4.1	Identische Besteuerung.....	221
6.4.2	Abweichungen von der Schweizer Praxis.....	222
6.5	Aufteilung des Einkommens im internationalen Verhältnis (OECD-Musterabkommen).....	223
6.5.1	Regelung gemäss Doppelbesteuerungsabkommen.....	223
6.5.2	Aufteilungsregeln gemäss unilateralem Schweizer Recht.....	225
6.6	Sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Mitarbeiterbeteiligungen.....	227
6.6.1	Allgemeine Regel.....	227
6.6.2	Bestimmungen in den Staatsverträgen.....	227
6.6.3	Unterschiedliche Sozialversicherungssysteme.....	228
6.6.4	Sozialversicherungsregeln in der Schweiz.....	228
6.7	Administration und Bescheinigung von Mitarbeiterbeteiligungen bei Entsandten.....	229
6.7.1	Planadministration.....	229

6.7.2	Bescheinigungspflichten des Arbeitgebers	229
6.7.3	Bescheinigung bei Entsandten (Migrationsdaten)	231
Autor	233

1.

Arbeitsrechtliche Aspekte von Entsendungen

1.1	Einleitung	11
1.2	Arbeitsvertragliche Gestaltung	12
1.3	Ist eine Vertragsanpassung überhaupt notwendig?	12
1.4	Die verschiedenen Vertragsmodelle	15
1.4.1	Allgemeines.....	15
1.4.2	Die klassische Entsendung.....	15
1.4.2.1	Vertragslage.....	15
1.4.2.2	Inhalt der Entsendungsvereinbarung.....	17
1.4.3	Der befristete Transfer.....	33
1.4.3.1	Vertragslage.....	33
1.4.3.2	Inhalt der Verträge.....	35
1.4.4	Weitere Vertragsmodelle.....	38
1.4.5	Welches Vertragsmodell ist das beste?.....	39
1.5	Die Form der Verträge	41
1.6	Entsendungsrichtlinien	42
1.6.1	Allgemeines.....	42
1.6.2	Einbettung in das Vertragsmodell.....	42
1.6.3	Einseitige Änderung der Entsendungsrichtlinie durch das Unternehmen.....	43
1.7	Das Vertragsverhältnis zwischen Heimat- und Gastbetrieb	44
1.7.1	Allgemeines.....	44
1.7.2	Inhalt des Intercompany Agreements.....	45
1.8	Stolperstein Schweizer Personalverleihrecht	46
1.8.1	Verbot des Personalverleihs aus dem Ausland.....	46
1.9	Internationales Privatrecht	48
1.9.1	Grundlagen.....	48
1.9.2	Eingriffsnormen.....	50

1.9.2.1	Allgemeines	50
1.9.2.2	Schweizer Eingriffsnormen.....	51
Literatur	53
Autor	53

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 arbeitsvertragliche 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 Auslandsinsätzen 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 Ruhensvereinbarung 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 Ruhensvereinbarung dem gleichen Recht wie der durch sie modifizierte heimatliche 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 Auslandsinsätze 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; 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 Arbeitsrapport, Montageblatt oder in einer Einsatzbestätigung.

Die längerfristige Verlegung des Arbeitsortes ins Ausland oder an einen anderen Ort als den arbeitsvertraglich festgeschriebenen üblichen inländischen Arbeitsort 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 Teilzeientsendung.

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 und/oder den Behörden oftmals 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, unter Umständen 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).
- 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 Auslandseinsätze 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

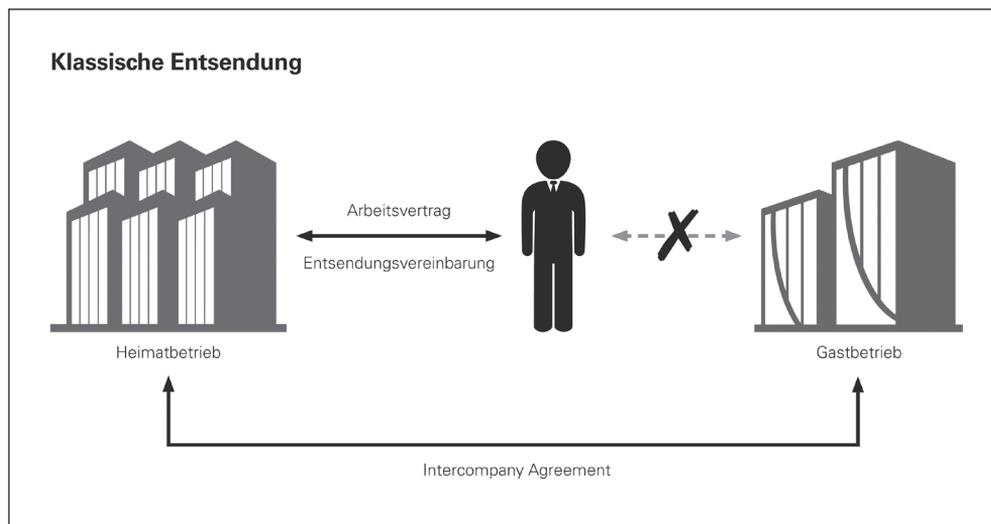
Bei der klassischen Entsendung bleibt der bereits existierende Arbeitsvertrag zwischen dem zu entsendenden Mitarbeiter und dem Heimatbetrieb grundsätzlich aktiv, wird aber für den Zweck und die Dauer der Entsendung mittels einer sogenannten Entsendungsvereinbarung zwischen denselben Parteien den besonderen 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» oder «International Assignment Letter» 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. unter 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 unter 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 unter Umständen 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 mit dem Gastbetrieb 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.