

Die wichtigsten Regeln für ausländische Arbeitnehmer in der Schweiz

Die Entsendung von Arbeitnehmern vom Ausland in die Schweiz hat insbesondere im Dienstleistungssektor oder in der Montage eine grosse Bedeutung. Aber auch konzernintern werden grenzüberschreitende Entsendungen vorgenommen. In diesem Beitrag werden einige rechtliche Gesichtspunkte der Entsendung behandelt.

■ Von Stefan Eichenberger



Besonders in der Montage und im IT-Bereich ist die Entsendung gang und gäbe.

Bei entsandten Arbeitnehmern handelt es sich gemäss **Legaldefinition** in Art. 1 Abs. 1 EntSG um Personen, die von ihrem Arbeitgeber in die Schweiz entsendet werden, damit sie hier für einen bestimmten Zeitraum auf Rechnung und unter Leitung des Arbeitgebers im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Arbeitgeber und einem Leistungserbringer eine Arbeitsleistung erbringen oder in einer Niederlassung oder einem Betrieb arbeiten, der zur Unternehmensgruppe des Arbeitgebers gehört. Der Arbeitnehmer bleibt in beiden Fällen während der ganzen Dauer des Einsatzes seinem bisherigen Arbeitgeber unterstellt, das Weisungsrecht geht somit nicht auf den Einsatzbetrieb über.

Beim Übergang des Weisungsrechts auf den Einsatzbetrieb liegt demgegenüber Personalverleih aus dem Ausland vor, der grundsätzlich verboten ist (Art. 12 Abs. 2 Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG).

Dem Einsatz in der Schweiz ist in objektiver Hinsicht grundsätzlich ein **Arbeitsverhältnis**

mit dem Arbeitgeber **im Ausland vorausgegangen**. Subjektiv besteht vor dem Auslandeinsatz sowohl beim Arbeitgeber als auch beim Arbeitnehmer zumindest ein Wille zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nach Beendigung des Auslandeinsatzes (**Wiederbeschäftigungs- und Rückkehrwille**).

Eine Entsendung ist weiter durch folgende Elemente charakterisiert:

- **Entsendende Partei:** Arbeitgeber mit Sitz im Ausland
- **Entsante Partei:** Arbeitnehmer, keine selbstständigerwerbenden Dienstleister
- **Einsatzbetrieb:** Arbeitsleistung in einem Betrieb in der Schweiz
- **Dauer:** Zeitlich begrenzte Tätigkeit in der Schweiz (Praxis: maximal 5 Jahre)
- **Entsendekonstellation:** Konzerninterne Entsendung oder Arbeitsleistung aufgrund eines Vertrags des ausländischen Arbeitgebers mit einem Dritten

Die Entsendung hat vor allem im Dienstleistungssektor – und dort namentlich im IT-Bereich

reich – oder beispielsweise in der Montage eine grosse praktische Relevanz. Aber auch konzernintern erfreuen sich grenzüberschreitende Entsendungen grosser Beliebtheit.

Rechtsgrundlagen

Die rechtlichen Grundlagen zum grenzüberschreitenden Personaleinsatz finden sich insbesondere in folgenden Erlässen:

- **Freizügigkeitsabkommen:** Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (FZA), in Kraft getreten am 1. Juni 2002
- **Entsendegesetz:** Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die flankierenden Massnahmen bei entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und über die Kontrolle der in Normalarbeitsverträgen vorgesehenen Mindestlöhne (EntsG)
- **Entsendeverordnung:** Verordnung über die in die Schweiz entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vom 21. Mai 2003 (EntsV)
- **Ausländergesetz:** Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer vom 16. Dezember 2005 (AuG)
- **Verordnung über Zulassung, Aufenthalt und Erwerbstätigkeit** vom 24. Oktober 2007 (VZAE)

Gerichtsstand

Ein Auslandsbezug liegt vor, sobald der Arbeitnehmende, der Arbeitgeber, der Tätigkeitsort oder der Einsatzbetrieb seinen Sitz bzw. Wohnsitz im Ausland hat. Dann ist zu prüfen, welche Gerichte für Streitfragen zuständig sind und welches Landesrecht das Arbeitsverhältnis regelt.

Sofern die Beklagte ihren Wohnsitz bzw. Sitz in einem Vertragsstaat des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Lugano-Übereinkommen, LugÜ) hat, d.h. grundsätzlich in der Schweiz oder einem EU-/EFTA-Staat (ohne Liechtenstein), richtet sich die Zuständigkeit grundsätzlich nach dem LugÜ; andernfalls ist das *Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht* (IPRG) einschlägig. Im Falle von Klagen aus Arbeitsvertrag



reicht es, wenn der Arbeitgeber eine Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Vertragsstaats des LugÜ hat und die Streitigkeit aus deren Betrieb stammt (vgl. Art. 18 Ziff. 2 LugÜ).

Im Anwendungsbereich des LugÜ richtet sich bei einem individuellen Arbeitsvertrag die Zuständigkeit grundsätzlich nach Art. 18–21 LugÜ. Voraussetzung dafür ist, dass eine Person abhängig, weisungsgebunden und für eine gewisse Dauer Arbeit für eine andere Person verrichtet. Ist der Vertrag hingegen nicht als individueller Arbeitsvertrag zu qualifizieren, kommt die Regelanknüpfung von Art. 2 Abs. 1 LugÜ (Wohnsitz der Beklagten) zur Anwendung; gegebenenfalls kann auch am Gerichtsstand des Erfüllungsorts oder am Ort der Niederlassung (vgl. Art. 5 Ziff. 1 bzw. Ziff. 5 LugÜ) geklagt werden.

Beim Grundsatz, dass das LugÜ dem IPRG vorgeht, gilt jedoch eine Ausnahme: Bei Klagen bezüglich Einhaltung und Umsetzung der Vorgaben des Entsendegesetzes betreffend die anzuwendenden Lohn- und Arbeitsbedingungen sind gestützt auf Art. 67 LugÜ die schweizerischen Gerichte zuständig (Gerichtsstand am Entsendeort, Art. 115 Abs. 3 IPRG).

Im Anwendungsbereich des IPRG richtet sich der Gerichtsstand für Klagen aus Arbeitsvertrag im Übrigen nach Art. 115 Abs. 1 (Wohnsitz des Beklagten/Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung) bzw. Abs. 2 (Wohnsitz/Aufenthaltort des Arbeitnehmenden) IPRG. Massgebliche Kriterien für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sind eine für gewisse Zeit zu erbringende Arbeitsleistung gegen Lohn, ein Subordinationsverhältnis sowie die organisatorische Eingliederung in einen Betrieb. Bei Vereinbarungen, die nicht als Arbeitsverträge zu qualifizieren sind, gelten die Regelanknüpfungen für Verträge von Art. 112 und 113 IPRG.

Sowohl im Geltungsbereich des LugÜ als auch des IPRG sind Gerichtsstandsvereinbarungen nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (vgl. Art. 21 und 23 LugÜ; Art. 5 IPRG).

Anwendbares Recht

Die Bestimmung des anwendbaren Rechts erfolgt gemäss Art. 121 IPRG nach objektiven Kriterien. Demnach untersteht der Arbeitsver-

trag grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet (Abs. 1). Verrichtet der Arbeitnehmer seine Arbeit jedoch gewöhnlich in mehreren Staaten, so untersteht der Arbeitsvertrag dem Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Arbeitgebers befindet (Abs. 2).

Eine Rechtswahl ist bei Arbeitsverträgen nach Art. 121 Abs. 3 IPRG nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Demnach können die Parteien den Arbeitsvertrag dem Recht des Staates unterstellen, in dem der Arbeitnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder in dem der Arbeitgeber seine Niederlassung, seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Im Übrigen kommen die allgemeinen Vorschriften betreffend Rechtswahl zur Anwendung, namentlich Art. 116 Abs. 2 und 3 IPRG.

Eine Rechtswahl sollte insbesondere dann getroffen werden, wenn der Arbeitsort zufällig, vorübergehend, rasch wechselnd oder unbestimmbar ist. Unabhängig von der Rechtswahl sind jedoch zwingende Normen des Schweizer Arbeitsrechts zu beachten (vgl. nachfolgende Ausführungen).

Zwingende Normen des Schweizer Arbeitsrechts

Im materiellen Arbeitsrecht gibt es zahlreiche zwingende Vorschriften, welche auch im internationalen Verhältnis gelten. Es handelt sich dabei insbesondere um Normen aus dem Bereich des Individualarbeitsrechts, des kollektiven Arbeitsrechts, des Sozialversicherungsrechts oder des Migrationsrechts.

Die Schwierigkeit liegt dabei in der Beurteilung, ob ein unbedingter Anwendungswille auf den entsprechenden Sachverhalt besteht. Als Faustregel kann man sagen, dass Vorschriften, welche nur die Stärkung der vertraglichen Position des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber bezwecken, indem sie dem Ausgleich zwischen Bestandesschutzinteressen des Arbeitnehmers und der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers dienen, nicht zu den zwingenden Normen gehören. Eine solche Norm muss zumindest im Interesse des Gemeinwohls erlassen worden sein.



Der Arbeitsvertrag untersteht grundsätzlich dem Recht

Im schweizerischen Arbeitsrecht gibt es zwingend anzuwendende Vorschriften, und zwar unabhängig davon, ob die Parteien ein ausländisches Recht gewählt haben oder ein solches durch objektive Anknüpfung zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 18 IPRG). Dabei handelt es sich beispielsweise um Vorschriften des *Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel* (Arbeitsgesetz, ArG) oder des *Entsendegesetzes betreffend minimale Lohn- und Arbeitsbedingungen* (Art. 2 EntsG). Darunter fallen u.a. Normen betreffend Sonn- und Feiertagsarbeit, Höchstarbeits- und Ruhezeit, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, Schutz von Schwangeren, Wöchnerinnen, Kindern und Jugendlichen, Mindestlohn und Lohnschutz, Gleichbehandlung/Nichtdiskriminierung, Mindestdauer der Ferien.

Vorschriften von Drittstaaten sind in der Schweiz nur sehr beschränkt anwendbar, sofern Schweizer Recht zur Anwendung gelangt (vgl. Art. 13, 19 und 125 IPRG).

Zulassung zum Schweizer Arbeitsmarkt

In der Schweiz besteht ein duales Zulassungssystem zum Arbeitsmarkt; es wird danach unterschieden, ob jemand aus einem



des Staates, in dem der Arbeitnehmer gewöhnlich seine Arbeit verrichtet.

EU-/EFTA-Staat oder einem Drittstaat stammt. Prioritär werden Arbeitskräfte aus den EU-/EFTA-Staaten zugelassen, wobei das Freizügigkeitsabkommen zur Anwendung gelangt. Komplementär werden qualifizierte Arbeitskräfte aus Drittstaaten zugelassen, was sich nach dem Ausländergesetz richtet.

Für Angehörige der EU-27/EFTA-Staaten und unter bestimmten Voraussetzungen auch für Arbeitnehmer, die von einem Betrieb mit Sitz in einem EU-27/EFTA-Staat entsandt werden, gilt folgende Regelung:

- **Melde- und bewilligungsfrei:** Arbeitsleistungen bis acht Arbeitstage pro Kalenderjahr (mit branchenspezifischen Ausnahmen, Art. 6 Abs. 2 EntsV)
- **Meldepflicht nach EntsG und EntsV:** Arbeitsleistungen, die länger als acht, aber maximal 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr dauern (Art. 6 Abs. 1 EntsV)
- **Bewilligungspflicht nach AuG und VZAE:** Arbeitsleistungen, die länger als 90 Arbeitstage pro Kalenderjahr dauern (Art. 17 lit. a FZA)

Die Meldung ist bis spätestens acht Tage vor Beginn der Arbeiten in der Schweiz durch den Arbeitgeber vorzunehmen. Ist eine Bewilligung

erforderlich, ist diese vor Ablauf der bewilligungsfreien Aufenthaltsdauer durch den Einsatzbetrieb zu beantragen. Für die Entsendung aus einem Drittstaat gilt ab einem Einsatz von mehr als acht Arbeitstagen pro Kalenderjahr (bzw. je nach Branche bereits ab dem ersten Arbeitstag) eine Bewilligungspflicht.

Dabei gelten folgende Grundvoraussetzungen für die Zulassung zum schweizerischen Arbeitsmarkt (Art. 18 bis 24 AuG):

- Gesamtwirtschaftliches Interesse
- Höchstzahlen/Kontingente
- Inländervorrang
- Einhaltung Lohn- und Arbeitsbedingungen
- Persönliche Voraussetzungen (nur qualifizierte Arbeitskräfte)
- Bedarfsgerechte Wohnung

Im Falle einer Bewilligungspflicht werden folgende Bewilligungsarten unterschieden:

- 4-Monate- oder 120-Tages-Bewilligung (Art. 12 VZAE)
- L-Bewilligung (Kurzaufenthaltsbewilligung; Art. 32 AuG)
- B-Bewilligung (Aufenthaltsbewilligung; Art. 33 AuG)
- C-Bewilligung (Niederlassungsbewilligung, Art. 34 AuG)

- G-Bewilligung (Grenzgängerbewilligung, Art. 35 AuG)
- Bewilligung für Kadertransfers (Art. 30 Abs. 1 lit. h AuG)

Sozialversicherungsrecht

Im Sozialversicherungsrecht ist es entscheidend, dass die bestehende Versicherungskarriere weiterbesteht und insbesondere Beitragslücken vermieden werden, damit der Arbeitnehmende im Versicherungsfall die vollen Versicherungsleistungen ausgerichtet erhält. Allerdings besteht auch eine Gefahr der Doppelversicherung. Die Schweiz hat zur Beschränkung dieser Risiken verschiedene Staatsverträge abgeschlossen, welche entsprechende Koordinationsbestimmungen enthalten, um sowohl Beitragslücken als auch eine Doppelversicherung zu vermeiden.

Steuerrecht

Im Bereich des Steuerrechts besteht insbesondere die Gefahr einer internationalen Doppelbesteuerung. Um diesen Unsicherheiten zu begegnen, hat die Schweiz zahlreiche Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen. Da die Steuerordnungen der einzelnen Staaten sich bisweilen stark unterscheiden, besteht zudem ein beträchtliches Potenzial für Steueroptimierungen.

Fazit

Bei einer Entsendung ausländischer Arbeitnehmender in die Schweiz sind die vorgenannten Vorschriften einzuhalten. Zu beachten ist dabei, dass neben den genannten arbeits- und ausländerrechtlichen Bestimmungen auch sozialversicherungsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte eine Rolle spielen.

Aufgrund der hohen Komplexität der Rechtsfragen bei der Durchführung einer Entsendung von Arbeitnehmenden aus dem Ausland in die Schweiz empfiehlt es sich, pragmatische Rechtsanwältinnen beizuziehen, welche über einschlägige Erfahrung verfügen.



AUTOR

Dr. iur. Stefan Eichenberger ist Rechtsanwalt bei der epartners Rechtsanwältinnen AG in Zürich. Er ist im Vertrags-, Arbeits-, Gesellschafts- und Steuerrecht tätig