

# Legal News

Oktober 2016

## Die internationale Mobilität unter dem Gesichtspunkt des Arbeitsrechts

Sylvia E. Grisel, Rechtsanwältin, Senior Manager, Legal Services, sylvia.grisel@ch.ey.com

### 1. Einleitung

Die Zunahme des internationalen Handels sowie die weltweite Tätigkeit der Unternehmen führen zu vermehrter Mobilität der Arbeitnehmer. Im Zusammenhang mit dieser Mobilität stellen sich nicht nur Fragen in Bezug auf die Einwanderung und die Sozialversicherung, sondern auch bedeutende arbeitsrechtliche Fragen.

Viele Unternehmen, (im Folgenden als «Herkunftsgesellschaft» (*home company*) bezeichnet) entsenden ihre Arbeitnehmer für einen befristeten Einsatz bei einer sogenannten «Aufnahmegesellschaft» (*host company*). Handelt es sich dabei um eine Gesellschaft, die dem gleichen Konzern angehört, hat das Unternehmen die Wahl zwischen zwei Möglichkeiten: **Expatriation** und **Entsendung**. Handelt es sich bei der Aufnahmegesellschaft um einen Kunden, wird von **Entsendung für eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung** gesprochen. Bei jeder dieser rechtlichen Strukturen stellen sich spezifische Fragen, die berücksichtigt werden müssen, wenn internationale Arbeitsverhältnisse in Betracht gezogen werden. Nachstehend wird auf die wichtigsten Fragen eingegangen.

### 2. Expatriation

#### 2.1 Definition

Aus arbeitsrechtlicher Sicht gilt es als Expatriation, wenn ein Arbeitnehmer innerhalb des Konzerns für einen befristeten Auslandseinsatz entsandt wird und für die Aufnahmegesellschaft unter einem lokalen Arbeitsvertrag arbeitet. Das Unterstellungsverhältnis mit der Herkunftsgesellschaft wird aufgehoben und der Expatriate gehört nicht mehr deren Personal an. Sein Arbeitsvertrag mit der Herkunftsgesellschaft

wird entsprechend aufgelöst oder sistiert. Der Arbeitnehmer bleibt nicht obligatorisch dem Sozialversicherungssystem des Landes der Herkunftsgesellschaft unterstellt, da er nicht weiter dort angestellt ist und nicht im bisherigen Land arbeitet.

#### 2.2 Die Rückkehr des Arbeitnehmers nach der Expatriation

Am Ende des Einsatzes oder bei Auflösung des Anstellungsverhältnisses mit der Aufnahmegesellschaft vor Ende der Expatriation kann es im Zusammenhang mit der Rückkehr des Arbeitnehmers zur Herkunftsgesellschaft zu Konflikten kommen. Es drängen sich mehrere Massnahmen auf: In erster Linie sollte sichergestellt werden, dass der Arbeitnehmer jeweils nur über einen einzigen gültigen Arbeitsvertrag verfügt, um zu verhindern, dass zwei Arbeitgeber nebeneinander bestehen. Denn diese könnten als einfache Gesellschaft gelten, deren Zweck die Inanspruchnahme der Leistungen des Arbeitnehmers ist. Eine solidarische Haftung für alle Schulden gegenüber dem Arbeitnehmer wäre die Konsequenz (BGer, Urteil 4C.41/1999 vom 12. Juli 2000). Ausserdem muss eine Rückkehrklausel mit der Herkunftsgesellschaft abgeschlossen werden. In dieser Klausel ist namentlich festzulegen, ob, bzw. zu welchen Bedingungen der Arbeitsvertrag mit der Herkunftsgesellschaft nach dem Einsatz oder im Fall einer Kündigung im Verlauf der Expatriation weitergeführt wird. Es kann eine Ausgleichsleistung vorgesehen werden für den Fall, dass die Herkunftsgesellschaft ihre Verpflichtungen nicht einhalten kann.

### 3. Entsendung

#### 3.1 Definition

Von Entsendung ist die Rede, wenn der Arbeitsvertrag zwischen dem

Arbeitnehmer und der Herkunftsgesellschaft aufrechterhalten wird und der Arbeitnehmer für eine befristete Zeit zu einer Aufnahmegesellschaft innerhalb des Konzerns entsandt wird. Der entsandte Arbeitnehmer bleibt bei der Herkunftsgesellschaft angestellt und ist dieser weiterhin direkt unterstellt.

Je nach Regelung des überstaatlichen Sozialversicherungsrechts, kann der entsandte Arbeitnehmer weiterhin dem Sozialversicherungssystem des Landes der Herkunftsgesellschaft unterstellt bleiben.

Die Entsendung umfasst zwei Verträge: einen Hauptarbeitsvertrag und ein Entsendeschreiben, in dem die Bedingungen der Entsendung zur Aufnahmegesellschaft festgehalten sind. Diese beiden Dokumente werden mit der Herkunftsgesellschaft abgeschlossen, die weiterhin Arbeitgeber des entsandten Arbeitnehmers ist. Vorbehaltlich der Ordre-public-Regeln des Einsatzlandes gilt für die beiden Verträge in der Regel das Recht des Landes der Herkunftsgesellschaft.

### 3.2 Die Identität des Arbeitgebers bei einer konzerninternen Entsendung

Gemäss dem Bundesgericht gilt als Arbeitgeber jene Person, die laut einem Arbeitsvertrag Anspruch auf die Leistung des Arbeitnehmers hat, dem Arbeitnehmer Weisungen erteilen kann und aus dem Arbeitsvertrag berechtigt und verpflichtet ist (BGer, Urteil 4C.158/2002 vom 20. August 2002). Innerhalb einer Konzerngruppe wird der Arbeitsvertrag grundsätzlich nur mit einer Gesellschaft abgeschlossen (BGE 130 III 213, JdT 2004 I 223).

Im Rahmen einer konzerninternen Entsendung muss klar sein, welche Gesellschaft der Arbeitgeber ist, um zu verhindern, dass der entsandte Arbeitnehmer Ansprüche gegenüber der Aufnahmegesellschaft geltend machen kann. Das Hauptkriterium ist die Beibehaltung des Unterstellungsverhältnisses mit der Herkunftsgesellschaft. Die Erfüllung dieses Kriteriums ist indessen nicht immer einfach. Denn im Zusammenhang mit einer konzerninternen Entsendung wird in gewissen Fällen ein Teil der Weisungsbefugnis auf die Aufnahmegesellschaft übertragen. Es ist daher sehr wichtig, dass die Verträge exakt und kohärent abgefasst werden. So lässt sich das Risiko begrenzen, dass die Aufnahmegesellschaft als faktischer Arbeitgeber betrachtet wird, was auch steuer- und sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen kann.

## 4. Entsendung für eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung

### 4.1 Definition

Von Entsendung für eine grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung ist die Rede, wenn eine Herkunftsgesellschaft einen Arbeitnehmer zu einer Aufnahmegesellschaft im Ausland entsendet, damit er dort einen Einsatz im Rahmen eines genau definierten Auftrags leistet. In diesem Fall handelt es sich bei der Aufnahmegesellschaft nicht um ein Konzernunternehmen, sondern um das Unternehmen eines Kunden.

### 4.2 Abgrenzung zum grenzüberschreitenden Personalverleih

Im Rahmen eines Personalverleihs stellt ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer einem anderen Arbeitgeber zur Verfügung, damit der verliehene Arbeitnehmer gegen eine Entschädigung eine Arbeitsleistung erbringen kann. Der Personalverleih ist im Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG) geregelt. Der Personalverleih von der Schweiz ins Ausland ist bewilligungspflichtig. Der Personalverleih vom Ausland in die Schweiz ist verboten. Ein Verstoß gegen diese Vorschriften kann sanktioniert werden.

Der Personalverleih unterscheidet sich von der Entsendung insbesondere dadurch, dass die Weisungsbefugnis über den verliehenen Arbeitnehmer an den Einsatzbetrieb abgetreten wird, der das geschäftliche Risiko im Zusammenhang mit dessen Tätigkeit trägt. Bei der Entsendung für eine Dienstleistungserbringung hat das Unternehmen des Kunden dagegen keine Weisungsbefugnis und beschränkt sich darauf, gewisse Weisungen - insbesondere im Zusammenhang mit der Sicherheit der Angestellten - zu erteilen.

Um einen Verstoß gegen das AVG zu vermeiden, muss die Gesellschaft, welche die Entsendung eines Angestellten zu einem Kunden im Ausland plant, sicherstellen, dass der betreffende Arbeitseinsatz nicht die Kriterien eines Personalverleihs erfüllt. Der Vertrag muss entsprechend strukturiert werden.

## 5. Fazit

Vor dem Hintergrund dieses kurzen Überblicks ist die exakte Definition des rechtlichen Rahmens bei der Ausgestaltung internationaler Arbeitsverhältnisse zentral. Nur so lassen sich Probleme und die Konflikte, die mit der internationalen Mobilität einhergehen, vermeiden.

## Über die globale EY-Organisation

Die globale EY-Organisation ist eine Marktführerin in der Wirtschaftsprüfung, Steuerberatung, Transaktionsberatung und Rechtsberatung sowie in den Advisory Services. Wir fördern mit unserer Erfahrung, unserem Wissen und unseren Dienstleistungen weltweit die Zuversicht und die Vertrauensbildung in die Finanzmärkte und die Volkswirtschaften. Für diese Herausforderung sind wir dank gut ausgebildeter Mitarbeitender, starker Teams sowie ausgezeichneter Dienstleistungen und Kundenbeziehungen bestens gerüstet. *Building a better working world*: Unser globales Versprechen ist es, gewinnbringend den Fortschritt voranzutreiben - für unsere Mitarbeitenden, unsere Kunden und die Gesellschaft.

Die globale EY-Organisation besteht aus den Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited (EYG). Jedes EYG-Mitgliedsunternehmen ist rechtlich selbstständig und unabhängig und haftet nicht für das Handeln und Unterlassen der jeweils anderen Mitgliedsunternehmen. Ernst & Young Global Limited ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach englischem Recht und erbringt keine Leistungen für Kunden. Weitere Informationen finden Sie auf unserer Website: [ey.com](http://ey.com).

Die EY-Organisation ist in der Schweiz durch die Ernst & Young AG, Basel, an zehn Standorten sowie in Liechtenstein durch die Ernst & Young AG, Vaduz, vertreten. «EY» und «wir» beziehen sich in dieser Publikation auf die Ernst & Young AG, Basel, ein Mitgliedsunternehmen von Ernst & Young Global Limited.

**Legal News:** Publikation in deutscher, französischer und englischer Sprache

**Abonnemente/Adressänderungen**  
[www.ey.com/ch/newsletter](http://www.ey.com/ch/newsletter)

[www.ey.com/ch/legal](http://www.ey.com/ch/legal)

© 2015 Ernst & Young AG  
Alle Rechte vorbehalten.

### Haftungsausschluss

Diese Publikation ist lediglich als allgemeine, unverbindliche Information gedacht. Obwohl sie mit grösstmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann sie nicht als Ersatz für eine detaillierte Recherche oder eine fachkundige Beratung oder Auskunft dienen. Es besteht kein Anspruch auf sachliche Richtigkeit, Vollständigkeit und/oder Aktualität. Es liegt am Leser zu bestimmen, ob und inwiefern die zur Verfügung gestellte Information im konkreten Fall relevant ist. Jegliche Haftung seitens der Ernst & Young AG und/oder anderer Mitgliedsunternehmen der globalen EY-Organisation wird ausgeschlossen. Bei jedem spezifischen Anliegen empfehlen wir den Beizug eines geeigneten Beraters.

## Kontakte Legal

Basel: Maja Krapf  
[maja.krapf@ch.ey.com](mailto:maja.krapf@ch.ey.com)

Bern: Jürg Strebel  
[juerg.strebel@ch.ey.com](mailto:juerg.strebel@ch.ey.com)

Genf: Aurélien Muller  
[aurelien.muller@ch.ey.com](mailto:aurelien.muller@ch.ey.com)

Zürich: Oliver Blum  
[oliver.blum@ch.ey.com](mailto:oliver.blum@ch.ey.com)