



## Die Entsendung von ausländischen Arbeitnehmern in die Schweiz

Was müssen ausländische Unternehmen beachten, wenn ihre Angestellten in der Schweiz Arbeitsleistungen erbringen? Dank des zwischen der Schweiz und der Europäischen Union abgeschlossenen Abkommens über die Personenfreizügigkeit können ausländische Unternehmen ihre Angestellten zur Erbringung von Arbeitsleistungen in die Schweiz entsenden.

■ **Von Dominique Anderes, Rechtsanwalt, Bruppacher Hug & Partner**

Aufgrund der teilweise markanten Lohnunterschiede zwischen der Schweiz und den angrenzenden EU-Ländern hat der schweizerische Gesetzgeber sogenannte flankierende Massnahmen erlassen, welche einerseits die Schweizer Arbeitnehmer vor Sozial- und Lohndumping sowie andererseits die Schweizer Unternehmen vor Wettbewerbsverzerrungen schützen. Die Massnahmen zielen darauf ab, dass die in der Schweiz branchenüblichen Löhne und Arbeitsbedingungen, insbesondere in den Grenzkantonen Genf und Tessin, nicht mittels Lohndumpings durch ausländische Unternehmen unterlaufen werden können.

Für Entsendungen, welche maximal 90 Tage pro Kalenderjahr dauern, muss beim Migrationsamt keine ausländerrechtliche Arbeitsbewilligung eingeholt werden. Die Tätigkeiten müssen bei den Behörden allerdings frühzeitig gemeldet werden, wobei zwischen denjenigen Tätigkeiten, welche ab dem ersten Tag, und denjenigen Tätigkeiten, welche erst nach dem achten Tag gemeldet werden müssen oder gar keiner Meldepflicht unterstehen, unterschieden werden muss. Für Entsendungen, die länger als 90 Tage pro Kalenderjahr dauern, ist dann wieder eine Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung erforderlich.

Je nach Hintergrund der Entsendung müssen also auch unterschiedliche Gesetze und Vorschriften beachtet werden. Im vorliegenden Beitrag wird daher auf einige Kernpunkte des Entsendegesetzes, des Arbeitsrechts sowie des Ausländer- und Integrationsgesetzes eingegangen.

### Was ist unter Entsendung zu verstehen?

Eine Entsendung in die Schweiz liegt dann vor, wenn ein ausländischer Arbeitgeber mit Sitz

im Ausland seine ausländischen Arbeitnehmer in der Schweiz einsetzt,

- um bestimmte Arbeiten
- für einen bestimmten Kunden oder für ein bestimmtes Projekt
- in einem bestimmten Zeitraum
- an einem bestimmten Arbeitsort

zu erbringen. Demnach werden die entsandten Arbeitnehmer vom ausländischen Arbeitgeber im Rahmen eines bestimmten Projekts bei einem schweizerischen Kunden oder bei einem Gastbetrieb eingesetzt, wo sie im Namen und auf Risiko des Arbeitgebers eine Arbeitsleistung erbringen.

### Was ist im Arbeitsvertrag zu regeln?

Die gegenseitigen Rechte und Pflichten des bestehenden ausländischen Arbeitsvertrags bleiben trotz der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung während des Zeitraums der Entsendung bestehen. Um bei langfristigen Entsendungen – d.h. Arbeitseinsätze, welche die bewilligungsfreien 90 Tage überschreiten – Unklarheiten zu vermeiden, sollte der bestehende Arbeitsvertrag mit einer Entsendungsvereinbarung ergänzt werden, in welcher nebst den üblichen Klauseln eines Arbeitsvertrags insbesondere die folgenden Aspekte geregelt werden sollten:

- Bestimmungen zur Dauer, zur Beendigung der Entsendung sowie Rechte zur vorzeitigen Rückberufung oder zur Rückkehr
- Einreise-, Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigung
- Einsatzort in der Schweiz
- Aufgabenbereich, d.h. Projekt- und Stellenbeschrieb
- Weisungsrechte und Vorgesetzte
- Spesenregelung sowie Leistungen im Zusammenhang mit der Entsendung (sog. Relokationskosten)

- sozialversicherungsrechtliche Aspekte betreffend Pensionskasse, AHV und Kranken- und Unfallversicherung
- steuerliche Aspekte
- Rechts- und Gerichtsstandswahl

Nebst dem Vorstehenden hat der ausländische Arbeitgeber zwingend darauf zu achten, dass er dem Arbeitnehmer die vorgeschriebenen minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen garantiert. Das heisst, der ausländische Arbeitgeber muss den entsandten Arbeitnehmern mindestens die Arbeits- und Lohnbedingungen zahlen, welche in der Schweiz gemäss den geltenden Bundesgesetzen und den allgemein verbindlich erklärten Gesamtarbeits- und Normalarbeitsverträgen vorgeschrieben sind.

Zu den zu garantierenden Arbeits- und Lohnbedingungen gehören demnach:

- die minimale Entlohnung inklusive Zuschläge
- die Arbeits- und Ruhezeiten
- die Mindestdauer der Ferien
- die Arbeitssicherheit und der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz
- der Schutz von Schwangeren, Kindern und Jugendlichen
- die Nichtdiskriminierung, namentlich die Gleichbehandlung von Frau und Mann

Aufgrund der Entsendung, welche lediglich vorübergehender Natur ist und nicht am gewöhnlichen Arbeitsort des Arbeitnehmers erfolgt, muss der Arbeitgeber dem entsandten Arbeitnehmer zudem eine Unterkunft garantieren, die dem üblichen Standard bezüglich Hygiene und Komfort genügt.

### Was müssen der ausländische Arbeitgeber und der Schweizer Gastbetrieb berücksichtigen?

Wie eingangs erwähnt, besteht eine Entsendung darin, dass ein ausländischer Arbeitnehmer bei einem Kunden seines Arbeitgebers oder einer Konzerngesellschaft (nachfolgend Gastbetrieb genannt) für eine bestimmte Tätigkeit eingesetzt wird, aber ohne dass zwischen dem Gastbetrieb und dem Arbeitnehmer ein Vertragsverhältnis besteht. Der Arbeitseinsatz ist daher auch im Verhältnis zwischen dem ausländischen Arbeitgeber und dem Schweizer Gastbetrieb vertraglich zu regeln. Üblicherweise erfolgt dies mittels eines sogenannten Intercompany Agreement.

Diese Vereinbarung ist mit der Entsendevereinbarung insofern abzustimmen, dass diese Vereinbarung nach Beendigung der Entsendung ebenfalls automatisch aufgehoben wird. Gegenstand dieser Vereinbarung ist die Vergütung und Kostenverteilung zwischen dem ausländischen Arbeitgeber, welcher nach wie vor den Lohn des Arbeitnehmers in der Schweiz zahlt, und dem Gastbetrieb, welcher von der Arbeitsleistung profitiert.

## PRAXISTIPP



Zur Vermeidung von Risiken und drohenden Mehrkosten ist darauf zu achten, dass einerseits zwischen dem ausländischen Arbeitgeber und dem Gastbetrieb die Intercompany-Vereinbarung und andererseits zwischen dem ausländischen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer der ausländische Arbeitsvertrag anwendbar ist. Werden diese Strukturen missachtet, z.B. indem der Gastbetrieb Verträge mit dem Arbeitnehmer mitunterzeichnet, obwohl er nicht dessen Arbeitgeber ist, besteht das Risiko, dass der Schweizer Gastbetrieb plötzlich als Arbeitgeber qualifiziert werden könnte, welcher den Lohn inkl. Sozialabgaben und allfälliger Quellensteuern des Arbeitnehmers zahlen muss. Zur Vermeidung von Doppelzahlungen empfiehlt es sich, dass der Gastbetrieb und der ausländische Arbeitnehmer gemeinsam schriftlich festhalten, dass zwischen den beiden Parteien kein Arbeitsverhältnis begründet werden soll.

## Wann braucht es eine Arbeitsbewilligung?

Für grenzüberschreitende Dienstleistungen, welche sich auf 90 Tage im Kalenderjahr beschränken, benötigen entsandte Arbeitnehmer eines Unternehmens mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU/EFTA keine Bewilligung. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer des Unternehmens mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU/EFTA Staatsangehöriger der EU/EFTA oder eines Drittstaats ist. Vorausgesetzt wird allerdings, dass der Arbeitnehmer bereits dauerhaft auf dem regulären Arbeitsmarkt eines EU-/EFTA-Mitgliedstaats zugelassen ist.

Für Arbeitseinsätze, die 90 Tage pro Kalenderjahr überschreiten, ist hingegen für den in der Schweiz tätigen Arbeitnehmer eine Kurzaufenthalts- oder Aufenthaltsbewilligung mit Erwerbstätigkeit bei der zuständigen kantonalen Arbeitsmarktbehörde zu beantragen.

**Praxishinweis:** Um zu verhindern, dass die ab dem 90. Tag geltende Bewilligungspflicht durch Rotation von Mitarbeitern umgangen wird, werden die 90 Tage unternehmens- und mitarbeiterbezogen berechnet. Das heisst, je-

des Unternehmen verfügt über ein jährliches Kontingent von lediglich 90 Tagen, während welchem deren Mitarbeiter in der Schweiz ohne Bewilligung tätig sein dürfen.

## Ab wann besteht eine Meldepflicht?

Gewisse Branchen sind anfälliger für Lohndumping als andere. Um zu verhindern, dass die Mindestlohnvorschriften auf Kosten der Arbeitnehmer umgangen werden, gilt eine Meldepflicht, welche vom ersten Tag der Tätigkeit in der Schweiz und ungeachtet der Dauer des Arbeitseinsatzes an zu befolgen ist:

- Bauhauptgewerbe (Hoch- und Tiefbau) und Baunebengewerbe
- Garten- und Landschaftsbau
- Hotel- und Gastgewerbe
- Reinigungsgewerbe in Industrie oder Privathaushalten
- Überwachungs- und Sicherheitsdienst
- Erotikgewerbe
- Reisengewerbe

Mit Ausnahme der vorstehenden Branchen und Tätigkeiten müssen entsandte Arbeitnehmer erst dann angemeldet werden, wenn sie innerhalb eines Kalenderjahrs mehr als acht Tage in der Schweiz einer meldepflichtigen Tätigkeit nachgegangen sind. Es gilt der Grundsatz, dass alle grenzüberschreitenden Dienstleistungen, die länger als acht Tage pro Kalenderjahr dauern, meldepflichtig sind. Nicht meldepflichtig sind «unproduktive Tätigkeiten», wobei die Unterscheidung von den «produktiven Tätigkeiten» Schwierigkeiten bereitet und daher sorgfältig geprüft werden sollte.

## Meldung

Damit die Behörden in der Lage sind, ihre Kontrollfunktion wahrnehmen zu können, ob die in der Schweiz geltenden Sozial- und Lohnvorschriften durch ausländische Unternehmen eingehalten werden, sind diese verpflichtet, die Behörden zu informieren, indem sie vor Beginn des Arbeitseinsatzes ihre zukünftig in der Schweiz tätigen Angestellten melden.

Die Anmeldung hat acht Tage vor dem geplanten Arbeitseinsatz beim Staatssekretariat für Migration über das Online-Meldeportal zu erfolgen. Lediglich in Notfällen, welche die Einhaltung der achttägigen Frist verunmöglichen, ist es erlaubt, dass die Meldung erst bei Beginn der Erwerbstätigkeit erfolgt.

## Vorsicht vor Ausnahmen

Die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Arbeitsvermittlung und Arbeitsverleih durch ausländische Unternehmen mit Sitz in einem Mitgliedstaat der EU sowie die Erbringung von in der Schweiz bewilligungspflichtigen Dienstleistungen im Finanzbereich sind von der Personenfreizügigkeit ausgenommen. Für diese Tätigkeiten muss vor Aufnahme der Erwerbstätigkeit eine Arbeits- und Aufenthaltsbewilligung beantragt werden. Der Unterschied zwischen Entsendung und Personalverleih besteht darin, dass bei der Entsendung das bestehende Arbeitsverhältnis inkl. die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers weiterhin Geltung haben, während beim Personalverleih die Arbeitnehmer einem fremden Betrieb zur Verfügung gestellt werden, auf welchen die Weisungsbefugnis übergeht.

## Sanktionen

Arbeitgeber, die gegen das Entsendegesetz verstossen, werden bestraft. Verletzungen der Arbeits- und Lohnbedingungen gelten als schwerwiegend und werden mit Busse bis zu CHF 30 000.– bestraft. Dem bestrafte Arbeitgeber kann kumulativ fünf Jahre lang verboten werden, seine Dienste in der Schweiz anzubieten. Überdies werden schwere Verstösse im Internet auf einer öffentlichen Liste publiziert. Bei leichten Verstössen wie beispielsweise der Nichteinhaltung der achttägigen Voranmeldedfrist, werden Arbeitgeber verwarnt oder mit einer Administrativbusse bis zu maximal CHF 5000.– sanktioniert.

## Empfehlungen

Ausländische Arbeitgeber, deren Arbeitnehmer in der Schweiz eingesetzt werden, sollten genau abklären, ob für die jeweilige Dienstleistung eine Melde- oder gar eine Bewilligungspflicht besteht. Falls dies der Fall ist, müssen die jeweiligen Dienstleistungen koordiniert und mit der Anmeldefrist von acht Tagen abgeglichen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass meldepflichtige Arbeiten das 90-tägige Kontingent belasten.



## AUTOR

**Dominique Anderes** ist Rechtsanwalt und Partner bei Bruppacher Hug & Partner. Die Kanzlei ist auf die Beratung von KMU aus dem In- und Ausland spezialisiert.