

02

24

## legalis brief

# Fachdienst Arbeitsrecht

### Leitartikel

## «Remote work» aus dem Ausland

Zu dieser Jahreszeit wünscht sich so mancher Arbeitnehmer, den kalten Temperaturen zu entfliehen und seinen Arbeitsplatz temporär in tropische Gefilde zu verlegen. Seit der Covid-19-Pandemie boomen alternative Arbeitsmodelle, und so manche Arbeitgeberin realisierte, dass die dauerhafte physische Anwesenheit des Arbeitnehmers für die Arbeitserfüllung nicht zwingend erforderlich ist. Obwohl flexibles Arbeiten für beide Parteien Vorteile bringt, hält es auch Stolperfallen bereit, welche insbesondere die Arbeitgeberin teuer zu stehen kommen können. Im Folgenden werden mögliche Stolperfallen im Einzelnen erläutert.[1]

### 1. Migrationsrecht

Reist ein Arbeitnehmer ins Ausland, um beispielsweise im Winter temporär aus dem Süden zu arbeiten, hat er sich zu vergewissern, dass sein Vorhaben im Einklang mit den örtlichen Einreisebestimmungen ist. Jedes Land hat seine eigenen Visavorgaben, wobei ein Touristenvisum stets von einem Arbeitsvisum zu unterscheiden ist. Typischerweise reisen Arbeitnehmer mit einem Touristenvisum ins Land oder geben als Grund für die Einreise «Urlaub» an. Wird allerdings am besagten Ort nicht nur Urlaub gemacht, sondern auch gearbeitet, kann dies einen Verstoß gegen die lokalen Einreisebestimmungen darstellen mit finanziellen Folgen bis hin zu Zwangsvollstreckungsmassnahmen (bspw. Ausweisung). Unterdessen haben diverse Staaten auf den Trend *digital nomad/remote work* reagiert: Neben typischen remote work-Destinationen wie Bali oder Dubai haben nun auch einzelne europäische Staaten (z.B. Griechenland und Kroatien) ein zeitlich begrenztes *digital nomad visa/temporary residency permit* etabliert.

Temporäre Auslandsaufenthalte und Abwesenheiten vom Schweizer Arbeits- und Wohnort können für Arbeitnehmer ohne Schweizer Staatsbürgerschaft erhebliche Konsequenzen haben, denn Aufenthalts- oder Niederlassungsbewilligung können bei langem ununterbrochenem Auslandsaufenthalt erlöschen.

Arbeitet jemand ausschliesslich von seinem ausländischen Homeoffice aus, ist dies im Vergleich zur obgenannten Konstellation grundsätzlich unproblematisch, sofern der Arbeitnehmer über die Staatsangehörigkeit oder eine dauerhafte Aufenthalts-/Niederlassungsbewilligung in dem Land verfügt, in welchem er arbeitet. Muss er doch zeitweise für physische Termine zur Arbeitgeberin in die Schweiz reisen, kommen EU/EFTA-Bürger basierend auf dem Freizügigkeitsabkommen für Aufenthalte bis zu 90 Tage pro Kalenderjahr in den Genuss eines benutzerfreundlich gestalteten Meldeverfahrens. Handelt es sich jedoch beim Arbeitnehmer um einen Drittstaatsangehörigen, sind die ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren ab Tag eins zu beachten.

### 2. Steuerliche Konsequenzen

#### a. Für den Arbeitnehmer

Auch bei der steuerlichen Analyse gilt es zwei Sachverhaltsvarianten auseinanderzuhalten:  
(i) Der Arbeitnehmer arbeitet ausschliesslich im Homeoffice im Ausland und kommt nur sehr vereinzelt in die Schweiz, oder (ii) der Arbeitnehmer arbeitet nur temporär im Ausland.

#### **(i) Permanente Arbeit im Homeoffice und vereinzelte Arbeitstage in der Schweiz**

Arbeitet ein Arbeitnehmer grundsätzlich aus dem Homeoffice in seinem Wohnsitzland im Ausland und kommt er pro Jahr nur wenige Tage in die Schweiz, um physisch vor Ort bei seiner Arbeitgeberin zu arbeiten, ist der Arbeitnehmer für diese Tage in der Schweiz grundsätzlich beschränkt steuerpflichtig und unterliegt der Besteuerung im Quellensteuerverfahren. Die Versteuerung des restlichen während des Jahres generierten Einkommens sowie des übrigen Einkommens und Vermögens richtet sich nach dem Recht des Wohnsitzstaates resp. dem anwendbaren Doppelbesteuerungsabkommen zwischen der Schweiz und dem Wohnsitzstaat.

#### **(ii) Temporäre Arbeit im Ausland**

Hat der Arbeitnehmer seinen Lebensmittelpunkt und Wohnsitz in der Schweiz und ist er bei einem in der Schweiz ansässigen Unternehmen beschäftigt, ist sein steuerlicher Wohnsitz in der Schweiz und er ist entsprechend hier unbeschränkt steuerpflichtig für sein weltweites Einkommen und Vermögen. Verlässt er die Schweiz nur wenige Wochen pro Jahr für Arbeitszwecke, so kann dies eine (beschränkte) Steuerpflicht im anderen Staat auslösen, denn es gibt Staaten, die bereits nach einem physischen Aufenthalt von wenigen Tagen besteuern. Unter Anwendung des jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommens zwischen der Schweiz und dem Tätigkeitsstaat versteuert der Arbeitnehmer in der Regel weiterhin sein Einkommen in der Schweiz, solange er sich weniger als 183 Tage pro Jahr im entsprechenden Staat aufhält.

### **b. Für die Arbeitgeberin**

Für die Schweizer Arbeitgeberin ist relevant, ob der ausländische Arbeitsort eine Betriebsstätte begründet, welche zur Teilbesteuerung der Arbeitgeberin (als Gesellschaft) im Ausland führen kann, womit diese allenfalls einen Teil ihres steuerbaren Gewinnes (und Kapitals) im Ausland versteuern müsste. Hierbei gilt folgender Grundsatz: Ob eine Betriebsstätte vorliegt, definiert jedes Land primär nach seinem lokalen Recht resp. unter Anwendung des entsprechenden Doppelbesteuerungsabkommens. Allerdings haben sich in der Praxis Grundsatzregeln etabliert, inwieweit man dieses Risiko minimieren kann. Dazu gehört, dass man keine Termine mit lokalen Behörden wahrnimmt oder sonstige physische Meetings abhält, keine Verträge aus dem ausländischen Homeoffice unterschreibt, das ausländische Homeoffice nicht in der Geschäftskorrespondenz erwähnt sowie seitens der Arbeitgeberin keine Homeoffice-Entschädigung bezahlt wird. Ferner ist für die Annahme einer Betriebsstätte erforderlich, dass die Arbeitgeberin eine ständige Verfügungsmacht über das Homeoffice hat. Wie diese Verfügungsmacht genau aussehen soll, ist nicht geklärt und wird in der Praxis wohl nicht leicht zu bejahen sein.

## **3. Sozialversicherungsrecht**

Bei der internationalen Sozialversicherungsunterstellung sind verschiedene Elemente wie die Staatsangehörigkeit der betreffenden Person, das Zielland und die Dauer der Tätigkeit im Ausland zu berücksichtigen.

Anhand dieser Kriterien ist in jedem Einzelfall zu prüfen, welche Rechtsgrundlagen anwendbar sind. Zur Auswahl stehen aktuell 52 bilaterale Sozialversicherungsabkommen, im EU/EFTA-Raum die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 samt Durchführungsverordnung (EG) 987/2009 (aktualisiert per 1. Januar 2015) sowie das schweizerische Recht für den Fall, dass kein Abkommen zur Anwendung kommt oder die betreffende Konstellation nicht oder nicht umfassend regelt. Die Regelungen mit den EU- und EFTA-Staaten sowie mit dem Vereinigten Königreich basieren auf dem Prinzip, dass für jede Person ein einziger Staat für die Sozialversicherungsunterstellung zuständig ist, auch wenn Tätigkeiten in mehreren

Staaten ausgeführt werden. Die anderen bilateralen Abkommen folgen in aller Regel dem Erwerbsortprinzip, bei welchem jeder Staat für die auf seinem Staatsgebiet erzielten Einkommen eine Unterstellung vorsieht. Viele Abkommen enthalten sodann Regeln für den Fall der Entsendung, bei welcher trotz temporärer Arbeit im anderen Vertragsstaat die ursprüngliche Unterstellung bestehen bleibt. Ohne Abkommen kann unter bestimmten Voraussetzungen die schweizerische Sozialversicherung bei einer Tätigkeit im Ausland weitergeführt werden. Eine Koordination mit den anwendbaren ausländischen Normen findet in diesem Fall nicht bzw. höchstens gestützt auf nationales Recht statt, womit eine Doppelbelastung mit Beiträgen oder ein Verlust von Leistungsansprüchen möglich ist.

Vor diesem Hintergrund sind folgende praxisrelevante Beispiele näher zu beleuchten (aus Sicht eines Unternehmens mit Sitz in der Schweiz):

### **a. Temporäre Arbeit im EU/EFTA-Raum**

Handelt es sich beim Arbeitnehmer um einen Schweizer Staatsbürger oder im Verhältnis zu einem EU- oder EFTA-Staat (Island, Liechtenstein, Norwegen) um einen EU-Bürger resp. einen Staatsangehörigen eines EFTA-Staates, sind die EG-Verordnungen anwendbar. Eine vorübergehende Tätigkeit im Ausland zur Ausführung eines Auftrags für Rechnung des Arbeitgebers fällt unter die Bestimmungen zur Entsendung. Damit bleibt die betreffende Person vollumfänglich den schweizerischen Sozialversicherungen unterstellt.

Die Vertragsstaaten haben sich nun darauf verständigt, dass die Entsendebestimmung von Art. 12 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 auch bei temporärer Telearbeit eines Arbeitnehmers im EU/EFTA-Raum anwendbar ist. Dabei kommt es nicht darauf an, auf wessen Initiative die Tätigkeit im Ausland erbracht wird und ob der Aufenthalt einen geschäftlichen oder privaten Grund hat. Die Anwendung ist aber eingeschränkt auf Telearbeit (d.h. die ortsunabhängige Arbeit mittels Verbindung durch Informationstechnologien mit der Arbeitgeberin und dem Arbeitsumfeld), die temporär mit dem ganzen Pensum im Ausland ausgeführt wird. Ist ein Arbeitnehmer dauerhaft während eines Teils seines Pensums bei der Arbeitgeberin in der Schweiz tätig und während eines Teils im Homeoffice im Ausland, fällt er nicht unter diese Auslegung der Entsendungsnorm, sondern wird gemäss den normalen Bestimmungen der EG-Verordnung unterstellt (vgl. dazu aber nachstehend Kapitel 3.c.).

Die temporäre Telearbeit im EU- oder EFTA-Raum ist gemäss der neuen Verständigung für eine Dauer von bis zu 24 Monaten zulässig. Erforderlich ist lediglich eine Bescheinigung A1, die bei der zuständigen SVA beantragt werden kann und im Bedarfsfall den ausländischen Behörden vorzulegen ist als Beweis der vorhandenen Versicherung.

### **b. Temporäre Arbeit in Vertragsstaaten (andere als EU/EFTA)**

Die soeben dargestellte Rechtslage gilt gemäss dem neuen Sozialversicherungsabkommen auch im Verhältnis zum Vereinigten Königreich für Arbeitnehmer, welche Staatsbürger eines der beiden Staaten sind.

Das Bundesamt für Sozialversicherungen hält auf seiner Webseite fest, dass die dargestellte weite Auslegung der Entsendungsbestimmungen im Verhältnis zu anderen Staaten, mit welchen bilaterale Abkommen bestehen, nicht gelte. Wenn also Arbeitnehmer in einem anderen als den vorstehend aufgeführten Staaten (oder in einem solchen, aber mit anderer Staatsangehörigkeit) temporär arbeiten wollen, sei es im Anschluss an einen Ferienaufenthalt oder um kranke Angehörige zu pflegen, besteht das Risiko, dass sie und /oder ihre Arbeitgeberin für diese Zeit dort beitragspflichtig werden, zumindest für gewisse Sozialversicherungszweige.

### **c. Dauerhafte Telearbeit im EU/EFTA-Raum**

Die Schweiz und u.a. ihre Nachbarländer haben in Anwendung von Art. 16 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 eine Rahmenvereinbarung getroffen, wonach Personen, welche aufgrund

dauerhafter Telearbeit von mehr als 25 %, aber weniger als 50 % ihres Pensums im Wohnsitzstaat den Vorschriften des Wohnsitzstaates unterstellt würden, weiterhin den Sozialversicherungen im Staat der Arbeitgeberin unterstellt bleiben können. Dies ist eine Ausnahme zur 25 %-Wesentlichkeitsregel der EG-Verordnung und erlaubt neuerdings insbesondere Grenzgängern, dauerhaft z.B. zwei Tage pro Woche im Homeoffice zu arbeiten, ohne dass die Unterstellung ändern würde. Sie gilt nur bei ausschliesslicher Telearbeit im Wohnsitzstaat (d.h. keine Kundenbesuche o.ä.) und auch nur, wenn die Person nicht noch in einem dritten Staat tätig ist. Erforderlich ist ein gemeinsamer Antrag von Arbeitgeberin und Arbeitnehmer an die zuständige SVA, welche gestützt auf die Rahmenvereinbarung eine Bescheinigung A1 ausstellt. Bereits 20 Länder haben die Rahmenvereinbarung unterzeichnet. Mit dieser Regelung kann Arbeitnehmern erlaubt werden, bis zu knapp 6 Monaten pro Jahr im EU- oder EFTA-Raum tätig zu sein, ohne dass sich an der Beitragszahlung an die schweizerischen Sozialversicherungen etwas ändern würde.

Diese Regelung gilt im Verhältnis zum Vereinigten Königreich nicht. Das Abkommen hat aber die Wesentlichkeitsregel der EG-Verordnung übernommen, so dass bei Arbeitnehmern bis zu einer Tätigkeit von 25 % des Gesamtpensums im Wohnsitzstaat weiterhin der Tätigkeitsstaat die Beiträge einzieht.

#### **d. Exkurs: Krankentaggeldversicherung**

Die kollektive Krankentaggeldversicherung ist zwar keine Sozialversicherung, hat aber doch grosse Bedeutung für die soziale Absicherung und kann für Arbeitnehmer wie Arbeitgeberin grosse finanzielle Konsequenzen haben, wenn sie keine Deckung gewährt. Es ist deshalb wichtig, abzuklären, ob die kollektive Krankentaggeldversicherung auch im Ausland gilt. Die Allgemeinen Bedingungen der Versicherer sind diesbezüglich nicht einheitlich. Es gibt z.B. Versicherungen mit vorbehaltloser weltweiter Deckung, solche mit Einschränkung der Deckung auf Personen in der Schweiz und aus der Schweiz Entsandte oder solche mit Einschränkung auf Personen, die gemäss schweizerischer AHV-Gesetzgebung versichert sind oder infolge Anwendung der Abkommen mit den EU- und EFTA-Staaten nicht in der Schweiz versichert sind. Massgebend sind hier jeweils die konkreten Versicherungsbedingungen.

## **4. Anwendbares Recht**

Bei internationalen Sachverhalten ist schliesslich auch zu bestimmen, welches Recht auf das jeweilige Vertragsverhältnis Anwendung findet und welche Gerichte für Streitigkeiten zuständig sind. Arbeitet jemand gestützt auf einen Arbeitsvertrag nach Schweizer Recht üblicherweise in der Schweiz und nur für wenige Wochen im Ausland, dürfte in der Regel kein ausländischer Gerichtsstand entstehen (und der Arbeitnehmer auch kein Bedürfnis haben, im Ausland Ansprüche einzuklagen). Es bleibt in diesem Fall Schweizer Recht anwendbar. Allerdings sind ausländische Normen zu beachten, welche nach dem internationalen Recht des betreffenden Staates zwingend Anwendung erfordern. Primär ist dabei an öffentlich-rechtliche Schutzbestimmungen zu denken, so etwa bezüglich Arbeitszeiten oder Mindestlöhne, die allenfalls von lokalen Behörden eingefordert oder kontrolliert werden könnten. Arbeitet jemand jedoch längere Zeit im Ausland, so dass zum Beispiel im Geltungsbereich des LugÜ von einem «gewöhnlichen» Arbeitsort im Ausland auszugehen ist (Faustregel: 60 % der Arbeitsleistung an diesem Ort; grundsätzliche Referenzperiode: die gesamte Dauer des Arbeitsverhältnisses[2]), ist die Arbeitgeberin zusätzlich mit dem Risiko konfrontiert, dass der Arbeitnehmer gegen sie im Ausland klagen kann. Das Gericht würde diesfalls in einem ersten Schritt nach seinen Normen analysieren, ob eine Rechtswahl besteht und ob sie gültig ist. Selbst wenn eine Wahl zugunsten des Schweizer Rechts angenommen würde, bestünde dennoch die Gefahr, dass das ausländische Gericht zum Schluss kommen würde, dass gewisse zwingende lokale Bestimmungen auf das Rechtsverhältnis Anwendung finden. Gerade bei Zuständigkeit eines Gerichts im EU-Raum ist stets das Günstigkeitsprinzip gemäss **Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO** zu beachten, wonach von zwingenden Vorschriften derjenigen Rechtsordnung, welche ohne

Rechtswahl anzuwenden wäre, nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf. Zu denken ist hierbei beispielsweise im Fall von Deutschland an die strengeren Kündigungsschutzbestimmungen, die Gültigkeit des nachvertraglichen Konkurrenzverbots nur mit Karenzentschädigung oder die anders geregelte Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

Eine Checkliste der sozialversicherungsrechtlich relevanten Elemente sowie weiterer Punkte, die bei einem Set-up für *remote work* im Ausland zu beachten sind, finden Sie hier: *Céline Schmid/Karin Friedli, Checkliste – Was gilt es bei «remote work» im Ausland zu beachten?, legalis brief ArbR 07.03.2023.*

[1] Weiterführende Literatur: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, 1. Auflage, Zürich 2021.

[2] BSK LugÜ-Stojiljković, Art. 19 N 12f.

*Céline Schmid / Karin Friedli*

## legalis brief Fachdienst **Arbeitsrecht** Praktisches

### Checkliste – Was gilt es bei «remote work» im Ausland zu beachten?

In Ergänzung zum zeitgleich erschienenen Artikel der beiden Autorinnen (Céline Schmid /Karin Friedli, «Remote work» aus dem Ausland, *legalis brief ArbR* 07.03.2024) werden hier die wichtigsten Punkte aufgelistet, die bei einem Set-up für *remote work* im Ausland zu beachten sind.

### Sozialversicherungsrechtliche Einordnung

Für die korrekte Einordnung der Arbeit im Ausland sollten für jeden Einzelfall die folgenden Sachverhaltselemente eruiert werden:

- Wohnsitzland der Arbeitnehmerin bisher und künftig;
- Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmerin;
- Sitzland der Arbeitgeberin;
- Zielland der Tätigkeit;
- allfällige weitere Tätigkeiten, deren Ausübungsort und deren Qualifikation (selbständigerwerbend oder unselbständigerwerbend);
- Dauer, Umfang und Art der Tätigkeit im Ausland;
- vorherige Tätigkeitsdauer im Inland;
- Begleitung durch Familienangehörige und entsprechende Prüfung von deren Unterstellung.

### Weitere Punkte

Aus Sicht der Arbeitgeberin:

- *Remote work* von der vorgängigen Zustimmung durch die Arbeitgeberin im Einzelfall abhängig machen, Rahmenbedingungen (max. Dauer, mögliche Zielländer) in einer Weisung festhalten und den Einzelfall wo nötig in einer separaten Vereinbarung regeln.
- Insbesondere bei dauerhafter Arbeit aus dem Homeoffice im Ausland lokale Experten beiziehen für Entscheid, ob ausländisches Recht für den Vertrag (v.a. bei ohnehin zwingendem ausländischem Gerichtsstand) zu empfehlen wäre.
- Abklärung der Abwicklung der Sozialversicherungsbeiträge im Ausland (Serviceprovider /accounting firm) und Definition im Arbeitsvertrag, wer welche Pflichten gegenüber den ausländischen Behörden trägt.
- Durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen dafür sorgen, dass keine Datenbekanntgabe im Ausland erfolgt. Dies kann neben technischen (VPN, keine

offenen Verbindungen) und organisatorischen Massnahmen auch mittels einschlägiger Informationen und/oder Weisungen an den Mitarbeiter gewährleistet werden. Denn unabhängig, von wo der Arbeitnehmer arbeitet, ist stets die Arbeitgeberin in der Pflicht, für die angemessenen technischen und organisatorischen Massnahmen zum Schutz und zur Sicherheit der ihr anvertrauten Daten zu sorgen. Je nach Set-up empfiehlt sich auch eine Prüfung, ob ausländische Datenschutzbestimmungen zur Anwendung kommen können.

- Jeweilige Kundenverträge analysieren, was hinsichtlich der Datensicherheit zugesichert wurde, um zu vermeiden, dass man eine Vertragsverletzung begeht.

Aus Sicht des Arbeitnehmers:

- Welche Leistungen gibt es bei Krankheit oder Unfall im Ausland?
- Nützen Beitragsleistungen in verschiedenen Ländern etwas, wenn das versicherte Risiko (Krankheit, Unfall, Invalidität, Alter) eintritt, oder entstehen Lücken in der Vorsorge durch die Zeiten im Ausland?
- Datenschutzrechtliche Richtlinien und Vorgaben beachten, da je nach Konstellation und Verletzung der Datenschutzgesetzgebung auch eine Sanktion (Busse) gegenüber dem Arbeitnehmer denkbar wäre.

*Céline Schmid / Karin Friedli*