

Employment News Nr.

64

Auslagenersatz bei Home Office Pflicht

Zur Reduktion der derzeit hohen COVID-19 Fallzahlen wurde in der Schweiz am 20. Dezember 2021 wieder die Home Office Pflicht eingeführt. Obwohl die Home Office Pflicht als Massnahme zur Bekämpfung der Pandemie nicht neu ist, stellt sich infolge geänderter gesetzlicher Grundlagen erneut die Frage, ob die Arbeitgeberin für die mit dem Home Office zusammenhängenden Auslagen (Anteil Miete, Internet, Strom etc.) aufkommen muss oder nicht.

Hat die Arbeitgeberin für die Auslagen im Home Office aufzukommen?



Von **Ueli Sommer**
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com



und **Angelina Pellegrini**
MLaw, Rechtsanwältin
Associate
Telefon +41 58 658 58 68
angelina.pellegrini@walderwyss.com

Die aktuelle Fassung der COVID-19 Verordnung besondere Lage schweigt über das Thema Auslagenersatz während der Home Office Pflicht. Dies im Gegensatz zu den früheren Fassungen, welche explizit festhielten, dass die Arbeitgeberin die Auslagen der Arbeitnehmenden im Home Office nicht zu finanzieren hat. Diese Änderung gibt Anlass für juristische Diskussionen. Was gilt nun?

Wann muss die Arbeitgeberin Auslagenersatz leisten?

Das Schweizerische Obligationenrecht sieht vor, dass die Arbeitgeberin den Arbeitnehmenden alle durch die Ausführung notwendig entstehende Auslagen (Spesen) zu ersetzen hat (Art. 327a Abs. 1 OR). Dabei handelt es sich um eine relativ zwingende Norm, d.h. mittels Parteiabrede darf nicht zuungunsten der Arbeitnehmenden von dieser gesetzlichen Regelung abgewichen werden. Der Auslagenersatz darf hingegen pauschalisiert abgegolten werden (z.B. mittels Pauschalspesen). Abreden, dass Arbeitnehmende die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise selbst zu tragen haben, sind nichtig (Art. 327a Abs. 3 OR). Insgesamt besteht also beim Auslagenersatz eine sehr eingeschränkte Vertragsfreiheit. Im Zusammenhang mit Home Office ist dies relevant, da dort ebenfalls Auslagen anfallen: So wird im Home Office beispielsweise eine Internetverbindung benötigt und es fallen höhere Strom- und Wasserkosten an. Weiter ist auch Fläche in der Wohnung für das Home Office erforderlich, was sich als Anteil an der Miete beziffern lässt. Ob nun diese Auslagen von der Arbeitgeberin zu tragen sind, hängt davon ab, ob diese Auslagen auch tatsächlich *notwendig* sind. Die Auslagen sind von den Arbeitsgeräten und dem Material (z.B. Laptop, Drucker, Papier) abzugrenzen, da der Gesetzgeber für Arbeitsgeräte und Material keine Einschränkungen der Vertragsfreiheit vorgesehen hat (Art. 327 OR). So können die Parteien beispielsweise vereinbaren,

dass Arbeitnehmende die Arbeitsgeräte und das Material selbst zur Verfügung stellen und hierfür entschädigt werden (Stichwort: «Bring Your Own Device») oder gar keine gesonderte Entschädigung erhalten. Wenn keine Vereinbarung über die Arbeitsgeräte und das Material getroffen wurde und nichts anderes branchenüblich ist, so hat die Arbeitgeberin die Arbeitnehmenden mit den Geräten und dem Material auszurüsten, welche diese zur Arbeit benötigen (Art. 327 Abs. 1 OR).

Wann sind Auslagen im Home Office notwendig?

Stellt die Arbeitgeberin einen permanenten und geeigneten Arbeitsplatz, üblicherweise in deren Büroräumlichkeiten, zur Verfügung, handelt es sich bei den Home Office Auslagen um keine notwendigen Auslagen. Denn Arbeitnehmende haben die Möglichkeit, ins Büro zu kommen und dort zu arbeiten. Home Office stellt in einer solchen Konstellation häufig mehr ein Anreiz für erhöhte Flexibilität und Vereinbarkeit von Beruf und Familie der Arbeitnehmenden dar. Anders sieht es aus, wenn die Parteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmende nur von zu Hause aus arbeitet und die Arbeitgeberin keinen Arbeitsplatz vorsieht. Dann muss die Arbeitgeberin diese Auslagen entschädigen, da diese notwendigerweise im Zusammenhang mit der Verrichtung der Arbeit entstehen. Diese Auslagen (Anteil Miete, Strom, Internetkosten etc.) können durch eine angemessene Home Office Pauschale abgegolten werden. Jedoch braucht es

für die Pauschalabgeltung der Auslagen eine schriftliche Abrede (d.h. unterschriebene Vereinbarung wie z.B. ein Einzelarbeitsvertrag) oder die Möglichkeit zur Pauschalabgeltung ist in einem Gesamtarbeitsvertrag geregelt (Art. 327a Abs. 2 OR).

Auslagenersatz bei pandemiebedingter Home Office Pflicht?

Da sich Home Office als geeignete Massnahme zur Bekämpfung des Virus abzeichnete, war der Auslagenersatz Gegenstand juristischer aber auch politischer Diskussionen. Zusammenfassend wurde argumentiert, dass «Corona Home Office» nur situativ bedingt sowie nur vorübergehend sei und deswegen die Arbeitgeberin diese Home Office Auslagen nicht zu finanzieren habe, auch wenn den Arbeitnehmenden de facto Mehrkosten entstehen. In die Vorgängerversion der COVID-19-Verordnung besondere Lage (bis 26. Juni 2021) wurde sodann in Art. 10 Abs. 3 den expliziten Hinweis aufgenommen, dass die Arbeitgeberin den Arbeitnehmenden infolge der angeordneten Home Office Pflicht keine Auslagenentschädigung zu bezahlen hat. Die Regelung über die Auslagenentschädigung war erstmals in der Fassung vom 18. Januar 2021 auffindbar, also gleichzeitig mit der Anordnung der letzten staatlich angeordneten Home Office Pflicht. Mit dieser Klarstellung sollte die Rechtsunsicherheit über den Auslagenersatz beseitigt werden, welche sich seit Beginn der Pandemie abzeichnete.

Überraschenderweise schweigt die COVID-19-Verordnung besondere Lage seit dem 26. Juni 2021 über das Thema Auslagenentschädigung, dies sogar obwohl per 20. Dezember 2021 die Home Office Pflicht wieder eingeführt wurde und eine explizite Regelung mit Blick auf Art. 327a OR angezeigt gewesen wäre. Der damalige Satz betreffend Auslagenentschädigung entfiel ersatzlos.

Demgegenüber steht die Regelung bei Home Office für besonders gefährdete

Arbeitnehmende: Bei dieser Gruppe von Personen ist das Thema Auslagenentschädigung in Art. 27a Abs. 1 COVID-19-Verordnung 3 aufgegriffen worden mit dem Hinweis verbunden, dass keine Auslagenentschädigung durch die Arbeitgeberin zu leisten ist, wenn Arbeitnehmende infolge medizinisch angezeigter Gründe nicht vor Ort zur Arbeit erscheinen sollen.

Redaktionsfehler oder bewusste Änderung?

Gegenstand juristischer Diskussionen ist nun, ob es sich beim fehlenden Hinweis über die Auslagenentschädigung in der derzeit geltenden Fassung um ein redaktionelles Versehen handelt oder ob das Stillschweigen im Umkehrschluss so zu interpretieren ist, dass die Arbeitgeberin Auslagenersatz zu bezahlen hat. Die Problematik akzentuiert sich weiter darin, dass der Ordnungsgeber für besonders gefährdete Arbeitnehmende den Auslagenersatz verneint und dies in den Wortlaut der Norm aufgenommen hat. Gewisse Stimmen stellen sich nun auf den Standpunkt, dass sich die derzeitige Home Office Pflicht von früheren Home Office Episoden unterscheidet, da mittlerweile die Home Office Pflicht zu einem Risiko zählt, mit welchem Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmende rechnen müssen und Arbeitnehmende auch entsprechende Vorkehrungen treffen. Dies zeige sich beispielsweise darin, dass Arbeitnehmende grössere Wohnungen mieten. Da also die Home Office Pflicht nicht mehr ein unvorhersehbares Ereignis sei, gäbe es gute Argumente dafür, dass der Ordnungsgeber die Auslagen der Arbeitgeberin überbinden wollte. Die Autoren dieses Beitrags sind hingegen der Ansicht, dass die Streichung der Regelung über den Auslagenersatz wahrscheinlich voreilig und ohne Evaluation der Konsequenzen erfolgte. So wurde der Hinweis im Juni 2021 zu einem Zeitpunkt gestrichen, als keine Home Office Pflicht mehr bestand und die Arbeit im Büro unter angemessener Schutzmassnahmen möglich war. Mit

Wiedereinführung der Home Office Pflicht per 20. Dezember 2021 ging der Hinweis womöglich vergessen, obwohl der Hinweis in der Verordnung über die Finanzierung der Auslagen wieder wünschenswert gewesen wäre. Doch auch das Schweigen des Ordnungsgebers ändert nach der hier vertretenen Ansicht nichts an der rechtlichen Beurteilung: So bleibt der vertragliche Arbeitsort auch während der temporären Home Office Pflicht grundsätzlich unverändert (z.B. am Sitz der Arbeitgeberin) und die Arbeitgeberin stellt auch einen Arbeitsplatz zur Verfügung. Auslagenersatz ist nur dann geschuldet, wenn die Parteien beispielsweise vereinbaren, dass der Arbeitsort im Home Office am Wohnsitz der Arbeitnehmenden liegt und es sich damit für die Arbeitgeberin erübrigt, einen Arbeitsplatz im Büro einzurichten. Zwar können Arbeitnehmende diesen aktuell nicht nutzen, aber die angeordnete Home Office Pflicht ist eine vorübergehende staatliche Massnahme, die Abseits der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien steht. Die fehlende Möglichkeit den Arbeitsplatz zu nutzen ist auf objektive Gründe zurückzuführen, welche weder die Arbeitgeberin noch die Arbeitnehmenden verursacht haben. Die mit dem Home Office einhergehenden finanziellen Folgen sollten daher nicht auf die Arbeitgeberin überwältigt werden können, da die Home Office Pflicht nicht in die reine Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt. Eine ähnliche Regelung kennt das Schweizerische Arbeitsrecht im Rahmen der Lohnfortzahlung (Art. 324a OR). Wenn jede pandemiebedingte Massnahme, die Arbeitnehmende wegen eines staatlichen Aktes daran hindern den Arbeitsplatz tatsächlich zu nutzen, zu einem Auslagenersatz zu Lasten der Arbeitgeberin führt, müssten wohl konsequenterweise auch die Auslagen von Home Office für die Dauer der Isolation und Quarantäne entschädigt werden, was ebenfalls stossend wäre (natürlich unter der Voraussetzung, dass keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt und die Tätigkeit vollständig im Home Office ausge-

führt werden kann). Weiter macht es mit Blick auf die Regelung bei den besonders gefährdeten Personen wenig Sinn, wenn diese Personen keine Entschädigung erhalten, währenddessen den Personen ohne Risikoeigenschaften eine Entschädigung der Arbeitgeberin zusteht.

Fazit und Handlungsempfehlung

Schliesslich liegt es an einer gerichtlichen Beurteilung, wie das Schweigen des Verordnungsgebers über die Auslagenentschädigung zu werten ist. Es gibt jedoch sehr gute Argumente gegen eine Verpflichtung der Arbeitgeberin. Auf jeden Fall sollten Arbeitgeberinnen, unabhängig von der COVID-19 bedingten Situation, eine Home Office Weisung erlassen, damit Arbeitnehmende über ihre Pflichten im Home Office informiert sind. In einer Home Office Weisung sind sodann insbesondere Regelungen über die Arbeitszeit, Datenschutz und Vertraulichkeit sowie den Gesundheitsschutz aufzunehmen. Weiter müssen spezielle Risiken bei Grenzgänger evaluiert werden. Sollten Arbeitgeberinnen bei vermehrtem Home Office finanzielle Leistungen für ihre Arbeitnehmenden aussprechen wollen, ist überdies in der Home Office Weisung festzuhalten, dass es sich um freiwillige Leistungen und eben nicht um die Abgeltung einer vertraglichen Pflicht handelt.

Employment News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2022

Ansprechpartner



Ueli Sommer
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com



Philippe Nordmann
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com



Irène Suter-Sieber
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com



Davide Jermini
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 02
davide.jermini@walderwyss.com



Olivier Sigg
Partner, Genf
Telefon +41 58 658 30 20
olivier.sigg@walderwyss.com



Stefano Fornara
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 23
stefano.fornara@walderwyss.com



Daniel Staffelbach
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com



Maurice Courvoisier
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 52
maurice.courvoisier@walderwyss.com



Simone Wetzstein
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com



Davide Cerutti
Konsulent, Lugano
Telefon +41 58 658 44 22
davide.cerutti@walderwyss.com



Christoph Stutz
Konsulent, Zürich
Telefon +41 58 658 56 57
christoph.stutz@walderwyss.com



Laura Luongo
Konsulentin, Genf
Telefon +41 58 658 30 21
laura.luongo@walderwyss.com



Alex Domeniconi
Managing Associate, Lugano
Telefon +41 58 658 44 06
alex.domeniconi@walderwyss.com



Jonas Knechtli
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com



Fabian Looser
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com



Yannik A. Moser
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 85
yannik.moser@walderwyss.com

Ansprechpartner



Flora V. Palovics
Senior Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 83 79
flora.palovics@walderwyss.com



Christoph Burckhardt
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 34
christoph.burckhardt@walderwyss.com



Valentina Eichin
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 76
valentina.eichin@walderwyss.com



Gustaf Heintz
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 57 30
gustaf.heintz@walderwyss.com



Nadja D. Leuthardt
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 62
nadja.leuthardt@walderwyss.com



Angelina Pellegrini
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 58 68
angelina.pellegrini@walderwyss.com



Céline Squaratti
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 30 23
celine.squaratti@walderwyss.com



Stephanie Wichmann
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 42
stephanie.wichmann@walderwyss.com



Chiara Wirz
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 46
chiara.wirz@walderwyss.com