Juni 2022

Employment News Nr. 66

Home Office im Ausland: Was Arbeitgeberinnen wissen müssen

Aktuell ist geplant, dass die meisten Sonderbestimmungen, welche im Bereich des Sozialversicherungsrechts zwischen der Schweiz und ihren Nachbarländern eingeführt wurden, um Home Office zu Pandemiezeiten für grenzüberschreitende Sachverhalte zu vereinfachen, per 31. Dezember 2022 aufgehoben werden. Über kurz oder lang wird es entsprechend zu einer Rückkehr der regulären Bestimmungen, welche Home Office für Arbeitnehmende im Ausland – so insbesondere für Grenzgängerinnen – wesentlich einschränken, kommen. Ein guter Zeitpunkt, um sich in Erinnerung zu rufen, was generell zu beachten ist, wenn Arbeitnehmende im Ausland arbeiten. Wir zeigen auf, was Arbeitgeberinnen wissen müssen.

walderwyss rechtsanwälte

Wenn flexible Arbeitsformen auf unflexible Rechtsordnungen stossen

Von Simone Wetzstein
lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin
Fachanwältin SAV Arbeitsrecht
Partnerin
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com

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

Die COVID-19 Pandemie hat gezeigt, dass viele Arbeitnehmende ganz oder teilweise von zu Hause aus arbeiten können. Nachdem nun das pandemiebedingte Home Office in den Hintergrund gerückt ist, ermöglichen viele Arbeitgeberinnen ihren Arbeitnehmenden weiterhin, ihre Arbeitsleistung (ganz oder teilweise) von zu Hause aus zu erbringen. Denn Arbeitnehmende schätzen die Möglichkeit von Home Office, offeriert diese doch beispielsweise mehr Flexibilität im Privatleben und bessere Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Arbeitgeberinnen steigern mit dem Angebot von Home Office häufig auch ihre Attraktivität für (potentielle) Arbeitnehmende. Gewisse Arbeitgeberinnen gehen noch weiter als das «klassische» Home Office und erlauben auch Home Office für eine gewisse Zeitpanne von beliebigen (Ferien-) Destinationen. Ohne vorgängige, vertiefte Abklärungen können Arbeitgeberinnen bei Gewährung von Home Office im Ausland aber mit unerwünschten Folgen konfrontiert werden: Es drohen sozialversicherungs-, steuer- und arbeitsrechtliche Stolpersteine. Unsere Employment News zeigen auf, worauf bei Home Office zu achten ist, damit es weder für Arbeitgeberinnen noch für Arbeitnehmende ein böses Erwachen gibt.

Was gilt für Arbeitnehmende mit Grenzgängerstatus?

Sozialversicherungsrecht

Bis vor wenigen Tagen war davon auszugehen, dass die flexiblen Unterstellungsregeln, welche aufgrund der COVID-19 Pandemie eingeführt wurden, nur noch bis zum 30. Juni 2022 gelten. Aufgrund dieser Sondervorschriften hat es grundsätzlich keine sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen, wenn Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung die Mehrheit ihrer Arbeitszeit in ihrem Wohnsitzstaat im Home Office arbeiten. Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung bleiben am ursprünglichen Arbeitsort in der Schweiz sozialversicherungspflichtig. Ohne diese Sondervorschriften gelten grundsätzlich die Verordnung (EG) Nr. 883 / 2004 und die dazugehörige Durchführungsverordnung (EG) Nr 987 / 2009, welche die Schweiz im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens mit der EU/EFTA übernommen hat. Unter anderem bezwecken die Verordnungen, dass die verschiedenen Sozialversicherungssysteme untereinander koordiniert werden, sodass auch bei Mehrfachtätigkeit in verschiedenen Ländern innerhalb des EU/EFTA Raumes und der Schweiz nur immer ein Sozialversicherungssystem Anwendung findet und nur einmal Sozialversicherungsabgaben bezahlt werden müssen. Diese Verordnungen besagen prinzipiell, dass bei Mehrfachtätigkeit in verschiedenen Staaten massgebend ist, wo ein wesentlicher Teil der Tätigkeit ausgeübt wird. Und an diesem Ort findet dann die sozialversicherungsrechtliche Unterstellung statt. In diesem Kontext kommt die **25%-Regel** zum Zug: Vereinfacht gesagt besagt diese, dass wenn Arbeitnehmende 25% oder mehr in ihrem Wohnsitzstaat arbeiten, dies als Anzeichen gewertet werden kann, dass dort ein wesentlicher Teil gearbeitet wird und im entsprechenden Staat Sozialversicherungsbeiträge geleistet werden müssen. Für Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung hat dies die praktische Auswirkung, dass wenn diese bei einem 100%-Pensum beispielsweise zwei Tage

im Home Office in Deutschland arbeiten, die sozialversicherungsrechtliche Unterstellung in der Regel in Deutschland liegt und die (Schweizer) Arbeitgeberin entsprechende Sozialversicherungsabgaben in Deutschland für den Arbeitnehmenden zu bezahlen hat und in der Regel - und je nach lokalem Recht - auf dafür haftbar ist.

Nun hat das Bundesamt für Sozialversicherungen bekannt gegeben, dass die flexiblen Unterstellungsregeln nochmals bis zum **31. Dezember 2022** verlängert werden. Vermehrtes Home Office von Arbeitnehmenden mit Grenzgängerstatus führt demnach bis zum 31. Dezember 2022 nicht zu einem Wechsel des Sozialversicherungssystems, auch wenn die 25% Schwelle überschritten wird.

Die noch bis zum 31. Dezember 2022 ausser Kraft gesetzten regulären Unterstellungsregeln entsprechen nicht mehr den heutigen Bedürfnissen nach flexiblem und ortsunabhängigem Arbeiten. Der entsprechende Handlungsbedarf auf europäischer Ebene wurde grundsätzlich erkannt. So ist geplant, dass langfristig die Unterstellungsregeln so angepasst werden, dass die Möglichkeit von Home Office im (grenznahen) Ausland und innerhalb der EU/EFTA sowie der Schweiz ohne Auswirkungen auf die sozialversicherungsrechtliche Stellung ausgeweitet wird. Denkbar ist, dass beispielsweise die Schwelle von 25% erhöht wird.

Steuerrecht

Im Gegensatz zum Sozialversicherungsrecht treten die vereinbarten Sonderbestimmungen im Bereich der Steuern per 30. Juni 2022 für die meisten Nachbarstaaten der Schweiz ausser Kraft, sodass die regulären Bestimmungen ab dem 1. Juli 2022 wieder Geltung erlangen. Das heisst konkret, dass die Abführung von Quellensteuern für Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung davon abhängt, ob ein nationales oder kantonales Doppelbesteuerungs- bzw. Steuerabkommen mit dem betreffenden Staat existiert, das Regelungen für Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung beinhaltet. Diese Bestimmungen sollten – auch mit Bezug auf den Grenzgängerstatus – eingehalten werden.

Welches sind die typischen Risiken, wenn Arbeitnehmende im Ausland arbeiten?

Aber nicht nur bei Arbeitnehmenden mit Grenzgängerstatus müssen besondere Vorschriften beachtet werden. Generell bestehen bei Arbeitnehmenden, welche im Ausland arbeiten, typischerweise in den folgenden Bereichen Risken und entsprechender vorgängiger Abklärungsbedarf:

Arbeitsbewilligung

Die meisten Länder verlangen für ausländische Staatsangehörige, welche im Land eine Arbeitstätigkeit ausüben, eine Arbeitsbewilligung. Diese Vorgaben richten sich nach lokalem Recht (also dort, wo tatsächlich gearbeitet wird) oder nach allfälligen zwischenstaatlichen Abkommen. Während mit dem Freizügigkeitsabkommen mit Bezug auf Staatsangehörige der EU/EFTA die Hürden abgebaut worden sind, um in anderen EU/EFTA Staaten zu arbeiten, ist in anderen Staaten, resp. für andere Staatsangehörige die Erteilung einer Arbeitsbewilligung von diversen Zulassungsvoraussetzungen abhängig. Je nach einschlägigem Recht ist eine Arbeitsbewilligung ab dem ersten Tag erforderlich. Arbeiten ohne entsprechende Arbeitsbewilligung kann straf- oder verwaltungsrechtliche Sanktionen im jeweiligen Staat zur Folge haben. Sanktionen können von hohen Bussen bis zu allfälligen Einreiseverboten reichen und richten sich häufig gleichermassen an Arbeitgeberin und Arbeitnehmende. Mittlerweile haben aber diverse Staaten den Handlungsbedarf resp. die Marktlücke erkannt und bieten «Remote Work Visa», d.h. spezifisch fürs ausländische Home Office geschaffene Arbeitsbewilligungen, an. Dazu zählen beispielsweise einige Karibikstaaten (so Barbados, Cayman Island), Mauritius, die Vereinigten Arabischen Emirate und neu auch Brasilien. Auf jeden Fall empfehlen wir, allfällige Bewilligungsvorgaben in jedem Staat vorab abzuklären.

(Sozial)-Versicherungen

Das Arbeiten in einem Staat, welcher vom üblichen Beschäftigungsstaat abweicht, richtet sich entweder nach inter- oder multinationalen Übereinkommen (vgl. oben für EU/EFTA Staaten) oder es ist lokalem Recht überlassen, ob Staaten für Tätigkeiten auf ihrem Hoheitsgebiet Sozialversicherungsabgaben erheben, unabhängig davon, ob dieser Lohn schon in einem anderen Staat sozialversicherungspflichtig ist. Viele Staaten kennen zudem auch die Haftung der Arbeitgeberin für solche Sozialversicherungsabgaben, teilweise bis und mit einer subsidiären persönlichen Haftung der Organe der Arbeitgeberin. Es ist also möglich, dass die Arbeitgeberin doppelt Sozialversicherungsabgaben bezahlt, da nicht nur in der Schweiz Abgaben geleistet werden, sondern auch im Ausland (allenfalls auch rückwirkend und mit Zinsen) Sozialversicherungsbeiträge fällig werden. Entsprechend empfehlen sich vor jeder Tätigkeit im Ausland detaillierte sozialversicherungsrechtliche Abklärungen, um einen allfälligen Wechsel des anwendbaren Sozialversicherungsrechts (welcher dann unbemerkt ggf. zu Versicherungslücken führen könnte, die im Leistungsfall mitunter durch die Arbeitgeberin zu decken sind), resp. Doppelzahlungen zu vermeiden.

Weiter besteht zumindest bei längerfristigen Aufenthalten zu Arbeitszwecken im Ausland das Risiko, dass allfällige Versicherungen (insbesondere Unfallversicherung oder Krankentaggeldversicherung) im Leistungsfall keine oder bloss gekürzte Versicherungsleistungen erbringen, da die allgemeinen Versiche-

rungsbedingungen entsprechende Ausschlüsse enthalten. Je nach Ausgestaltung des Arbeitsvertrages kann dies zu einem Gewährleistungsfall für die Arbeitgeberin führen. Es empfiehlt sich daher, die Versicherungskonditionen entsprechend zu prüfen, resp. allfällige Versicherungszusagen vor einer Tätigkeit im Ausland anzupassen.

Steuerrechtliche Aspekte

Bei Home Office ist aus Perspektive der Arbeitgeberin auch jeweils das steuerrechtliche Betriebsstättenrisiko im Ausland im Auge zu behalten. Denn wenn Arbeitnehmende beispielsweise regelmässig in ihrem ausländischen Home Office arbeiten, besteht das Risiko, dass das Home Office als Betriebsstätte der Arbeitgeberin betrachtet werden kann und damit Steuerfolgen für die Arbeitgeberin im Tätigkeitsland einhergehen. Je nach Tätigkeitsland lässt sich dieses Risiko durch konkrete Vorgaben, welchen Tätigkeiten Arbeitnehmende im Ausland nachgehen dürfen, im Zaum halten.

Aus dem Blickwinkel der Arbeitnehmenden kann sich durch eine Tätigkeit im Ausland auch eine (beschränkte) Einkommenssteuerpflicht am Tätigkeitsort ergeben. Je nach Tätigkeitsstaat kann dies sogar zu einer doppelten Besteuerung des Einkommens führen. Je nach Konstellation, warum Arbeitnehmende im Ausland arbeiten, empfiehlt es sich in dieser Hinsicht vor dem Hintergrund der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflicht mindestens, Arbeitnehmende in dokumentierter Form auf allfällige steuerrechtliche Konsequenzen bei einer Tätigkeit im Ausland hinzuweisen.

Anwendung von ausländischem (zwingendem) Arbeitsrecht

In vielen Jurisdiktionen ist das Arbeitsrecht geprägt von zwingendem lokalem Recht, d.h. abweichende Parteivereinbarungen im Arbeitsvertrag entfalten keine Wirkung. Entsprechend ist es möglich, dass ausländisches Recht arbeitnehmerfreundlichere Regelungen kennt, die nicht abweichend geregelt werden dürfen und den vor Ort tätigen Arbeitnehmenden entsprechende Ansprüche zustehen. So kennen beispielsweise viele Staaten eine zwingend auszurichtende Home Office Pauschale, wenn Arbeitnehmende von ihrem Wohnsitz aus arbeiten. Zudem kann Home Office im Ausland auch einen neuen Gerichtsstand begründen, was im ungünstigsten Fall bedeuten könnte, dass die Arbeitgeberin vor einem Gericht im Ausland verklagt werden kann und für sie ungünstigeres zwingendes Arbeitsrecht des jeweiligen Staates zur Anwendung gelangt.

Muss die Arbeitgeberin also prüfen, von wo aus die Arbeitnehmenden arbeiten um diesen Risiken zu begegnen?

Angesichts der hohen Risiken, welchen die Arbeitgeberin ausgesetzt ist, wenn Arbeitnehmende im Ausland arbeiten, sind präventive Vorkehrungen und gewisse Überprüfungsmassnahmen angezeigt. So kann die Arbeitgeberin beispielsweise vorschreiben, dass Home Office nur innerhalb der Schweiz zulässig ist resp. für Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung – unter Berücksichtigung der derzeitigen sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Situation – spezielle Regeln vorsehen. Zudem ist es empfehlenswert, dass die Tage, an welchen die Arbeitnehmenden im Home Office arbeiten, dokumentiert sind. Dies kann praktisch so umgesetzt werden, dass im Rahmen der Zeiterfassung auch noch der Tätigkeitsort miterfasst und anschliessend die Dokumentation Ende Monat vom Vorgesetzten unterschriftlich bestätigt wird. Zudem können auch technische Überprüfungsmassnahmen zum Einsatz kommen (z.B. mittels IP Standortbestimmung), um stichprobenartig zu überprüfen, ob sich die Arbeitnehmenden an die Vorgaben halten. Eine solche stichprobenartige IP Standortbestimmung ist jedoch nicht grenzenlos möglich, denn bevor solche Massnahmen eingeführt werden, müssen die Arbeitnehmenden (dokumentiert) informiert und gegebenenfalls auch konsultiert werden. Zudem sollte nicht der genaue Standort erhoben werden, sondern nur die Region, von der aus Arbeitnehmende arbeiten. Falls dieser nämlich im Ausland liegt, können entsprechende Massnahmen ergriffen werden, um zu verhindern, dass sich allfällige Risiken realisieren.

Fazit und Handlungsempfehlung

Bietet eine Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmenden die Tätigkeit im Home Office an, ist eine Home Office Policy oder eine detaillierte Regelung der Home Office Tätigkeit im Arbeitsvertrag in jedem Fall zu empfehlen. Für die Home Office Tätigkeit in der Schweiz sollten diese Regelungen nebst allgemeinen Vorgaben (wozu z.B. unter anderem zählt, dass die Tätigkeit im Home Office freiwillig erfolgt und keine Entschädigung für die Auslagen bei Home Office entrichtet wird oder auch Regelungen zur Datensicherheit, Arbeitszeiten oder Gesundheitsschutz) auch besondere Grundsatzvorschriften mit Bezug auf Arbeitnehmende mit Grenzgängerbewilligung festhalten. Um die oben aufgelisteten Risiken zu minimieren, empfehlen wir im Rahmen der Home Office Policy darauf hinzuweisen, dass Home Office nur in der Schweiz zulässig ist. In besonderen oder komplexen Fällen (z.B. verschiedene selbständige/unselbständige Teilzeitbeschäftigungen) ist im Einzelfall zu prüfen, wo Arbeitnehmende sozialversicherungspflichtig sind.

Möchte man Arbeitnehmenden ermöglichen, dass diese für einen bestimmten Zeitraum aus dem Ausland arbeiten können, ist dringend zu empfehlen, vorab die Auswirkungen dieser Tätigkeit unter Berücksichtigung des lokalen Rechts am Ort der beabsichtigten Arbeitstätigkeit zu überprüfen, damit die Gewährung von flexiblem Arbeiten nicht zu unerwünschten Konsequenzen führt. Weiter ist auch zu evaluieren, ob Home Office im Ausland nicht anders realisiert werden kann, z.B. im Rahmen einer Entsendung, wofür wiederum andere rechtliche Vorgaben gelten.

Wir verfügen über ein grosses Netzwerk an Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen in aller Welt und sind Ihnen bei solchen Abklärungen, Rückfragen zu unseren Employment News sowie auch bei der Erstellung einer Home Office Policy gerne behilflich.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ansprechpartner

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

Martin Greuter
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 51 43
martin.greuter@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

Bojan Momic
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 47
bojan.momic@walderwyss.com

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

Michelle Sollberger
Associate, Bern
Telefon +41 58 658 29 23
michelle.sollberger@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