

Luca Cirigliano / Nic Frei

Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice

Die Arbeitsform des Homeoffices gewinnt kontinuierlich an Bedeutung. Zusätzlichen Schub erhielt es durch die Covid-Pandemie. Im vorliegenden Beitrag werden die zwingenden Arbeitgeberpflichten in Sachen Homeoffice dargestellt. Insbesondere wird ein Augenmerk auf die Arbeitgeberpflichten zur Einrichtung eines ergonomischen Homeoffices gemäss Arbeitsgesetz gelegt sowie weitere zwingende Vorgaben zum Gesundheitsschutz. Kurz gestreift werden u.a. weitere Fragen der allgemeinen Kostentragung sowie der Rolle des Homeoffices als Gesundheitsmassnahme in Pandemien.

Beitragsart: Beiträge
Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Luca Cirigliano / Nic Frei, Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice, in: Jusletter 7. März 2022

Inhaltsübersicht

1. Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice
 - 1.1. Einleitung
 - 1.2. Homeoffice
 - 1.2.1. Definition und Abgrenzungen
 - 1.2.2. Verbreitung
 - 1.2.3. Rechtsgrundlage und Anordnung
 - 1.2.4. Spezialfall: Homeoffice als Gesundheits- und Präventionsmassnahme und bei Quarantäne
 - 1.2.5. Kostentragung im Homeoffice
 - 1.3. Ergonomie
 - 1.3.1. Definition und Rechtsgrundlagen
 - 1.3.2. Risikofaktoren für Arbeitnehmende im Homeoffice
 - 1.3.3. Konkrete Ausgestaltung des Arbeitsplatzes
 - 1.3.3.1. Angepasste Bildschirmgrösse
 - 1.3.3.2. Geeignete Ausrüstung, Beleuchtung, Mobiliar und weiteres
 - 1.3.3.3. Vermeidung der Vermischung von Arbeitszeit und Freizeit
 - 1.3.3.4. Vermeidung psychosozialer Risiken
 - 1.4. Kontrolle
 - 1.5. Konsequenzen bei Verletzung
 - 1.6. Fazit

1. Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice

1.1. Einleitung

[1] Das Homeoffice erhielt durch die Covid-19-Pandemie einen «Booster».¹ Trotz Aufhebung der Homeoffice-Empfehlung und -pflicht verzeichnen Unternehmen nur eine schleppende Rückkehr ihrer Mitarbeitenden in die von der Arbeitgeberin bereitgestellten Büro-Räumlichkeiten. Vermehrte Anfragen nach Homeoffice-Genehmigungen belegen das Wohlbefinden am heimischen Arbeitsplatz, ermöglicht durch die fortschreitende Digitalisierung in vielen Branchen und die Verfügbarkeit des Internets sowie digitaler Endgeräte.

[2] Die Vorteile für Arbeitnehmende (etwa für Pendler) liegen auf der Hand.² Doch stehen dem Wohlbefinden beachtenswerte Risiken gegenüber, wie etwa die Vermischung von Arbeits- und Privatleben oder gesundheitliche Beschwerden aufgrund von Homeoffice-Arbeitsplätzen, welche nicht den ergonomischen Vorgaben entsprechen.³ Insgesamt ergibt sich ein ganzes Bündel an Problemfeldern und Fragestellungen, die unter anderem die Kostenentschädigung für Arbeitsmittel, Fragen der Arbeitszeiterfassung und der ergonomischen Arbeitsplatzgestaltung sowie die Kon-

¹ Zur Verbreitung von Homeoffice und der Skepsis vieler Arbeitgeberinnen vor der Pandemie siehe: LUCA CIRIGLIANO/JENS NIEMEYER, Homeoffice: rechtliche Regelungen sowie Mustervertrag für die Praxis, in: Jusletter vom 30. November 2020 (zit. CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter, S.), S. 4.

² So gaben etwa in einer Umfrage des Instituts gfs.bern im Jahr 2020 70–80% der Befragten an, dass sie die durch den wegfallenden Arbeitsweg gewonnene Zeit sinnvoll nutzen könnten; vgl. <https://cockpit.gfsbern.ch/de/cockpit/homeoffice-barometer-2020/> (zuletzt besucht am 16. Februar 2022).

³ Durch die Zunahme von Homeoffice akzentuieren sich auch Risiken im Bereich der Überwachung der Arbeitnehmenden. Diese Problemfelder liegen indessen nicht im Fokus des vorliegenden Beitrags. Vgl. hierzu etwa: LUCA CIRIGLIANO/JENS NIEMEYER, Datenschutz und Überwachung im Homeoffice – Zu den rechtlichen Grenzen der technischen Möglichkeiten, in: Thomas Geiser/Martin Hilb/Kurt Pärli/Manuel Stengel/Andreas Wittmer (Hrsg.), Ein Kunstflug durch das Recht und die Governance Festschrift zum 65. Geburtstag von Roland Müller, S. 51 – 78, (zit. CIRIGLIANO/NIEMEYER, FS Müller, S.), S. 71 ff.

trolle der letztgenannten Punkte betreffen. Die Risiken betreffen ebenso die Arbeitgeberin – auch darauf wird im vorliegenden Beitrag eingegangen. Evtl. verstossen viele Arbeitgeberinnen gegen gesetzliche Vorschriften – sei es willentlich oder aus Rechtsunkenntnis. Dieses Thema ist brisant, denn dadurch drohen etwa Verwaltungsstrafen durch die Arbeitsinspektorate wegen Verletzung der ArG-Bestimmungen, Haftungsfälle bei Krankheiten sowie eine Abwälzung der Kosten durch Versicherungen und darüber hinaus ein Imageschaden.

1.2. Homeoffice

1.2.1. Definition und Abgrenzungen

[3] Die Tätigkeit des Arbeitens von zuhause aus wird zwar in den meisten Fällen als Homeoffice bezeichnet, teils jedoch auch als remote work, E-Working, telecommuting oder teleworking betitelt oder aber Heim- oder Telearbeit genannt. Der Begriff des Homeoffice ist gesetzlich nicht geregelt, auch höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Thema ist noch wenig ergangen.⁴ Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) definiert Homeoffice als «jene Arbeit, die Arbeitnehmende ganz oder teilweise, regelmässig oder unregelmässig von zu Hause aus verrichten.»⁵ Dabei ist der Arbeitsplatz zu Hause in der Regel durch elektronische Kommunikationsmittel mit dem betrieblichen Arbeitsplatz verbunden.⁶

[4] Selbstredend ist Homeoffice nicht in allen Branchen und Berufen implementierbar: Für Arbeitnehmende in Berufen mit physischem Kontakt zu anderen Menschen (Gesundheits- und Sozialwesen, Gastgewerbe etc.) und das produzierende Gewerbe (z.B. Baugewerbe oder Industrie) ist die Arbeit von zu Hause aus in der Regel unmöglich.

1.2.2. Verbreitung

[5] Der Anteil der gelegentlich Homeoffice-Arbeit leistenden Erwerbstätigen ist bereits vor der Coronakrise beständig angestiegen. Im Vergleich zu 2019 war es 2001 noch kaum jede zehnte Person.⁷ Mittlerweile betrifft Homeoffice etwa ein Viertel aller Erwerbstätigen in der Schweiz.⁸

[6] Männer arbeiteten etwas häufiger gelegentlich zu Hause als Frauen (35,4 % bzw. 31,8 %). Sie arbeiteten aber seltener hauptsächlich oder regelmässig im Homeoffice (18,2 % bzw. 19,7 %). Im Unterrichtswesen arbeiteten 66,9 % zu Hause (hauptsächlich oder regelmässig: 48,5 %), in der Information und Kommunikation 63,8 % (hauptsächlich oder regelmässig: 32,3 %).⁹

⁴ Ausführlich zur Definition und Abgrenzung siehe: CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter (FN 1), S. 3 f. m.w.H. sowie SABINE STEIGER-SACKMANN, Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, in: ARV 2020, S. 300 ff., (zit.: STEIGER-SACKMANN, Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, S.) S. 301.

⁵ Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Arbeiten zu Hause – Homeoffice, Bern 2019, S. 4 (zit. SECO, Arbeiten zu Hause 2019), (<https://bit.ly/3GfrREo>, zuletzt abgerufen am 31. Januar 2022).

⁶ Ebenda.

⁷ Bundesamt für Statistik (BFS), Teleheimarbeit in der Schweiz, 2001 – 2015, Bern 2016 (zit. BFS, Teleheimarbeit 2016) (<https://bit.ly/32hlHIZ>, zuletzt abgerufen am 31. Januar 2022).

⁸ Siehe Bundesamt für Statistik (BFS), dargestellter Datenzeitraum 2001–2020, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport/informationsgesellschaft/gesamtindikatoren/volkswirtschaft/teleheimarbeit.html> (zuletzt besucht am 16. Februar 2022).

⁹ Medienmitteilung des BFS vom 17. April 2020, Schweizerische Arbeitskräfteerhebung 2019 (zit. BFS, Schweizerische Arbeitskräfteerhebung 2019), (<https://bit.ly/3l76N9F>, zuletzt abgerufen am 31. Januar 2022).

[7] Beim üblichen Arbeitsort der Erwerbstätigen zeigt sich insgesamt nur eine schleichende Veränderung. Der Anteil der Erwerbstätigen, die hauptsächlich an einem festen Arbeitsplatz in der Firma arbeiten, ist von 81,4 % (2010) auf 80,6 % (2019) nur leicht gesunken. Der Anteil der hauptsächlich (über 50 % der Arbeitszeit) im Homeoffice Arbeitenden ist von 4,8 % unwesentlich auf 4,9 % gestiegen. Ein deutlicher Aufwärtstrend ist dagegen bei Personen erkennbar, die nur gelegentlich oder regelmässig unter 50 % der Arbeitszeit zu Hause arbeiten.¹⁰ Wirtschaftsabschnitt und Bildungsstufe der Erwerbstätigen haben grossen Einfluss auf den Anteil der Teleheimarbeit und variieren stark.¹¹ Sowohl 2010 als auch 2019 leisteten weniger als 5% der Erwerbstätigen normalerweise (über 50% der Arbeitszeit) Heimarbeit, egal, ob mit oder ohne Telearbeit. 2020 waren es 6%. Die Privatwohnung gewinnt also vor allem als zweiter Arbeitsort an Bedeutung.¹²

[8] Gemäss einer Studie der fhnw¹³ und zhaw¹⁴ fühlt sich die Mehrheit (70 %) der Befragten im Homeoffice wohl und möchte diese Arbeitsorganisation auch nach der Covid-19-Pandemie beibehalten.¹⁵ Eine Studie des Instituts gfs.bern im Jahr 2020 ergab ebenfalls, dass die überwiegende Mehrheit der Befragten grundsätzlich positive Erfahrungen mit Homeoffice machte.¹⁶ Es ist insgesamt davon auszugehen, dass Homeoffice sich dauerhaft bei den betroffenen Berufsgruppen etablieren und zukünftig noch an Bedeutung gewinnen wird.¹⁷

[9] Dabei ist zu unterscheiden zwischen klar strukturierten Routinetätigkeiten, welche sich zu Hause unter Umständen produktiver erledigen lassen und kreativer, kollaborativer Teamarbeit, welche im Homeoffice oftmals leidet.¹⁸ Nicht ausser Acht zu lassen ist ausserdem, dass für die Mehrheit der Arbeitnehmenden die beruflichen zwischenmenschlichen Beziehungen und ein zwangloser informeller Austausch (etwa in der Kaffeepause) einen hohen Stellenwert geniessen. Diesem Umstand sollte Rechnung getragen werden, etwa durch ein paar Tage im Betrieb mit den Kolleginnen und Kollegen, woraufhin eine Periode des Homeoffice folgt.¹⁹ Ein «Recht auf Rückkehr» dient sicher auch dem Wohlbefinden des Arbeitnehmenden. Ohne diesen würde es sich auch um eine angeordnete Form des Homeoffices handeln, mit den entsprechenden Folgen für den Arbeitgeber (siehe folgende Kapitel).

1.2.3. Rechtsgrundlage und Anordnung

[10] Die Homeoffice-Arbeit findet keine spezifische gesetzliche Verankerung. Entscheidend ist, dass für die Homeoffice-Tätigkeit ein Arbeitsverhältnis i.S.v. Art. 319 ff. OR bzw. ein öffentliches Dienstverhältnis vorliegt. Damit besteht ein Subordinationsverhältnis, in dem Arbeit gegen Ent-

¹⁰ BFS, Teleheimarbeit 2016 (FN 7).

¹¹ Ebenda.

¹² Siehe Bundesamt für Statistik (BFS), dargestellter Datenzeitraum 2001–2020, (FN 8).

¹³ Fachhochschule Nordwestschweiz.

¹⁴ Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften.

¹⁵ VOLKER SCHULTE/CHRISTOPH STEINEBACH/ARIE VERKULI/SUSANNE HÜBENTHAL, Studie zur Umstellung auf Homeoffice in der Schweiz während der Covid19 Krise, S. 23 (<https://bit.ly/38iGb1z>, zuletzt abgerufen am 31. Januar 2022).

¹⁶ Studie des Instituts gfs.bern aus dem Jahr 2020, vgl. <https://cockpit.gfsbern.ch/de/cockpit/homeoffice-barometer-2020/> (zuletzt besucht am 16. Februar 2022).

¹⁷ Anstelle vieler: BORIS ETTER/JOHANNES SOKOLL, Gesundheitsschutz im Homeoffice, in: SZS 116/2020, S. 695 ff., S. 695.

¹⁸ Vgl. CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter (FN 1), S. 6.

¹⁹ CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter (FN 1), S. 7.

gelt geleistet wird. Aufgrund des Arbeitsvertragsverhältnisses findet das private und öffentliche Arbeitsrecht (soweit keine Ausnahmebestimmungen gem. Art. 2 und 3 ArG Anwendung finden) vollumfänglich auf die Homeoffice-Tätigkeit Anwendung.²⁰

[11] Der Arbeitsort unterliegt der Vertragsfreiheit bzw. der Inhaltsfreiheit und kann nicht einseitig geändert werden. Er ist wesentlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages gem. Art. 319 OR, weshalb normalerweise Homeoffice entweder vertraglich von Anfang an vorgesehen werden muss oder nur im Einverständnis mit dem Arbeitnehmenden von der Arbeitgeberin angeordnet werden kann.²¹ In der Regel kann also die Arbeitgeberin die Arbeitnehmenden trotz ihres Weisungsrechts nicht einseitig ins Homeoffice schicken.²² Einerseits schränkt das Prinzip der schonenden Rechtsausübung das Weisungsrecht ein und andererseits hat die Arbeitgeberin keine Verfügungsgewalt über die privaten Wohnräumlichkeiten der Arbeitnehmenden.

[12] Ohne vertragliche Rechtsgrundlage könnte Homeoffice-Arbeit mithilfe einer Änderungskündigung von der Arbeitgeberin durchgesetzt werden. Änderungskündigungen sind ein Druckmittel gegenüber Arbeitnehmenden, ihr Einverständnis zur Vertragsänderung zu geben, da der ursprüngliche Arbeitsvertrag gekündigt wurde und die Fortführung des Arbeitsverhältnisses von der Zustimmung zu den neuen Bedingungen abhängt.²³ Das Bundesgericht fordert, dass die Änderung aus sachlichen, betrieblichen oder marktbedingten Gründen gerechtfertigt sein muss und dass sie nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist erfolgt.²⁴ Da die Rechtfertigungsgründe nur in absoluten Ausnahmefällen erfüllt sein dürften, ist die Einführung von Homeoffice ohne eigentliche Zustimmung der Arbeitnehmenden unseres Erachtens nicht möglich bzw. nur dann möglich, wenn der Arbeitsvertrag dies von Anfang an zulässt und die Homeoffice-Tätigkeit zumutbar ist, oder ein epidemiologischer Spezialfall gemäss nachfolgendem Absatz vorliegt.

[13] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine Anordnung von Homeoffice ohne Zustimmung des Arbeitnehmenden nicht möglich ist. E contrario haben auch Arbeitnehmende kein Recht auf Homeoffice.²⁵

1.2.4. Spezialfall: Homeoffice als Gesundheits- und Präventionsmassnahme und bei Quarantäne

[14] Als Ausnahme des soeben beschriebenen Grundsatzes kann gestützt auf das Epidemien-gesetz (EpG) eine einseitige Anordnung von Homeoffice erfolgen. Das EpG verpflichtet im Falle einer besonderen Lage gem. Art. 6 EpG oder der ausserordentlichen Lage gem. Art. 7 EpG Betriebe zu einem aktiven Beitrag zur Eindämmung der Epidemie.

[15] Diese Bestimmung fand in der Covid-Pandemie seit 2019 diverse Auswirkungen im Bereich auch des Homeoffice, das als Gesundheitsmassnahme nach «STOP»-Prinzip gilt: Der Arbeitgeber

²⁰ Vgl. zur Anwendung des ArG im Homeoffice: ISABELLE WILDHABER/THOMAS PIETRUSZAK, § 3 Gesundheitsschutz und Arbeitszeitvorschriften im Homeoffice, in: Handbuch Homeoffice, 2021, S. 46 – 74 (zit.: WILDHABER/PIETRUSZAK, Handbuch Homeoffice, S.), S. 50 f.

²¹ Vgl. Art. 74 Abs. 1 OR.

²² ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art., Rz.) Art. 321d, Rz. 3.

²³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 22), Art. 320, Rz. 4.

²⁴ BGE 123 III 246 E. 3b und 4a.

²⁵ Zur Diskussion um das Recht auf Homeoffice, etwa gestützt auf die Fürsorgepflicht, siehe STEIGER-SACKMANN, Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit (FN 4), S 311.

ist verpflichtet, den Schutz der Gesundheit seiner Mitarbeitenden und die Präventionsmassnahmen gegen COVID-19 am Arbeitsplatz sicherzustellen- und zwar gemäss Artikel 6 ArG.

[16] Die Massnahmen erfolgen nach dem STOP-Prinzip:²⁶

- S Substitution,
- T technische Massnahmen,
- O organisatorische Massnahmen,
- P persönliche Schutzausrüstung.

[17] Homeoffice kann hier je nach Leseart als Substitution oder als organisatorische Massnahmen im Bereich des Gesundheitsschutzes verstanden werden.

[18] Die Arbeitgeberinnen waren und sind ausserdem verpflichtet, besonders gefährdeten Arbeitnehmenden die Arbeit im Homeoffice zu ermöglichen.²⁷ Diese Massnahme, die für besonders vulnerable Arbeitnehmende frühzeitig eingeführt wurde, war in Europa einzigartig und schützte diese Kategorie von Personen wirksam, ohne die gesamte Wirtschaft lahmlegen zu müssen.

[19] Immer wieder wurde die Homeoffice-Pflicht eingeführt bzw. vom Bundesrat empfohlen und entwickelte sich so in Zeiten der Pandemie als mehr oder weniger probates bzw. modulares Mittel des Gesundheitsschutzes: Zuletzt im Dezember 2021 wurde aufgrund steigender Fallzahlen und Hospitalisationen im Zusammenhang mit der Covid-Pandemie beschlossen, zur Homeoffice-Pflicht zurückzukehren. Mittels dieser Massnahme soll verhindert werden, dass Ansteckungen am Arbeitsplatz erfolgen oder sich wegen eines einzelnen Covid-Falls ganze Arbeitsteams in Quarantäne begeben müssen und Ansteckungsketten sollen nach Möglichkeit unterbrochen werden. Die Arbeitgeberinnen sind verpflichtet sicherzustellen, dass die Arbeitnehmenden ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus erfüllen, wo dies aufgrund der Art der Aktivität möglich und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar ist.²⁸ Diese Massnahmen gehen über die nach ArG, OR und UVG bestehenden Verpflichtungen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden hinaus. In diesem Fall ist kein Einverständnis des Arbeitnehmenden erforderlich, vielmehr kann die Verlegung des Arbeitsplatzes in die eigenen vier Wände einseitig angeordnet werden. Per 17. Februar 2022 wurde die Homeoffice-Empfehlung zusammen mit einem Grossteil aller anderen Massnahmen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie abgeschafft.²⁹

[20] Die Pflicht zur Isolation hingegen gilt vorerst (Stand 17. Februar 2022) weiterhin. Personen, die positiv auf eine Infektion mit dem Coronavirus getestet wurden, müssen für mindestens fünf

²⁶ Siehe zu STOP-Massnahmen die Information des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/covid-19/pflichten_arbeitgeber_covid19.html (zuletzt besucht am 19. Februar 2022).

²⁷ Art. 27a Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung 3) vom 19. Juni 2020. Vgl. weiter: BETTINA MÜLLER, Rechte und Pflichten von Arbeitgebern im Hinblick auf das Epidemienengesetz, in: Roland Müller/Thomas Geiser/Kurt Pärli (Hrsg.), Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, Band Nr. 45, 2021, S. 125 f.

²⁸ Art. 25 Abs. 5 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 23. Juni 2021.

²⁹ Vgl. Medienmitteilung des Bundesamts für Gesundheit (BAG) vom 16. Februar 2022 «Coronavirus: Bundesrat hebt Massnahmen auf – einzig Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen sowie Isolation bleiben noch bis Ende März» (<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-87216.html>, zuletzt besucht am 22. Februar 2022).

Tage in Isolation.³⁰ Es reicht für die volle Arbeitsunfähigkeit meistens aus, dass Arbeitnehmende Symptome einer Ansteckung mit dem Coronavirus aufweisen, auch wenn diese noch nicht so gravierend sind, dass sie sich in ärztliche Behandlung begeben müssen. In diesem Fall ist keine Arbeitsleistung geschuldet und die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin gem. Art. 324a OR oder subsidiär³¹ bis zu 10 Krankentaggelder gemäss der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall³². Zu beachten ist, dass Mitarbeitende sich zwar gestützt auf eine kantonale Anordnung in Isolation befinden können, jedoch mangels Symptomen grundsätzlich arbeitsfähig sein können. Lässt sich die Arbeit im Homeoffice verrichten, müssen diese Arbeitnehmenden ihre Arbeitspflicht erfüllen und erhalten Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR während mindestens drei Wochen.³³

[21] Abgeschafft wurde zwischenzeitlich auch die Homeoffice-relevante Quarantäne-Regel: Personen, welche sich aufgrund behördlicher Anweisung (etwa nach Kontakt mit einer infizierten Person) in Quarantäne begeben mussten und deren Arbeit sich nicht im Homeoffice erledigen liess (z.B. Baugewerbe), hatten ebenfalls Anspruch auf Entschädigung.

[22] Wie im Falle einer zukünftigen ähnlichen Pandemie das Homeoffice als Gesundheitsschutzmittel allgemeiner Natur, in Betrieben mit erhöhten Infektionsrisiko oder für die betreffende Krankheit besonders vulnerable Arbeitnehmende weiter eingesetzt wird und wie die bisherigen Erfahrungen waren, wird ein wichtiger Teil der Aufarbeitung der Covid-Zeit sein.³⁴

1.2.5. Kostentragung im Homeoffice

[23] Im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses schuldet die Arbeitgeberin der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer für die Zurverfügungstellung seiner Dienste eine Vergütung (Art. 319 Abs. 1 OR). Werden von Homeoffice-Mitarbeitenden spezielle Arbeits- und Präsenzzeiten verlangt, entsteht auch hierbei ein zuschlagspflichtiger Lohn (Überstunden, Überzeit, Nacht- und Sonntagsarbeit etc.). Die Homeoffice-spezifischen Unterschiede betreffen vor allem die Infrastrukturbereitstellung durch die arbeitnehmende Person und ihre Aufwendungen für die Arbeitgeberin (BYOD³⁵, Büromaterial, Auslagenersatz).

[24] Grundsätzlich hat die Arbeitgeberin die Arbeitnehmenden mit den Arbeitsgeräten und Materialien auszurüsten, die zur Verrichtung der Arbeit benötigt werden (Art. 327 Abs. 1 OR). Zu den Arbeitsgeräten und dem Material gehören das übliche Büromaterial (Papier, Schreibwaren), aber auch die IT-Infrastruktur (Computer, Maus, Drucker) und die Arbeitsplatzeinrichtung (Pult,

³⁰ Art. 9 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage) vom 23. Juni 2021.

³¹ Gem. Art. 2 Abs. 4 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall (Verordnung über die Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020, SR 830.31).

³² Gem. Art. 2 Abs. 1 lit. d und Abs. 1 bis lit. a Ziff. 2 i.V.m. Art. 3 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Die Entschädigung beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen, vor Beginn des Anspruchs erzielten Erwerbseinkommens und wird in Form von Taggeldern von maximal CHF 196 brutto ausbezahlt (Art. 5 Abs. 1 und 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).

³³ Vgl. Information des Bundesamts für Gesundheit (BAG) <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/isolation-und-quarantaene.html> (zuletzt besucht am 17. Februar 2022).

³⁴ Vgl. dazu statt vieler REINHARD BARBARA/HOFFMANN-REMY TILL: Entsendung ins Homeoffice und mobiles Arbeiten; in: Holger Dahl, Burkard Göpfert, Rüdiger Helm (Hrsg.), Arbeitsrechtlicher Umgang mit Pandemien, Frankfurt a.M. 2020, S. 55 ff.

³⁵ Bring your own device, vgl. auch BGE 139 II 7, E. 5.5.

Stuhl). Wenn die arbeitnehmende Person im Einverständnis mit der Arbeitgeberin ihre privaten Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit verwendet, so ist sie dafür angemessen zu entschädigen, sofern nichts Abweichendes verabredet wurde bzw. üblich ist (Art. 327 Abs. 2 OR).

[25] Dies gilt auch, wenn die arbeitnehmende Person nur einige Tage pro Woche/Monat im Homeoffice arbeitet und der Arbeitsplatz im Unternehmen während dessen Abwesenheit von anderen Arbeitnehmenden genutzt wird (sog. desk sharing Modell). Viele Arbeitgeberinnen versuchen durch desk sharing die Bürofläche klein zu halten und Kosten einzusparen. Diesbezüglich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Kostentragung durch die Arbeitgeberin für Material und Geräte im Homeoffice voll durchgreift, da die Arbeitserfüllung ohne das Homeoffice für die Arbeitnehmenden nicht möglich wäre, unabhängig einer allfälligen Abrede.

[26] Kompliziert gestaltet sich dagegen die Kostenfrage im Homeoffice bezüglich Auslagen und Spesen.³⁶ Abhängig davon, wenn Homeoffice auf expliziten Wunsch des Mitarbeitenden erfolgt, ob der Arbeitgeber diese Möglichkeit einräumt oder ob besondere Umstände (Pandemie) vorliegen, ergeben sich unterschiedliche Antworten.

[27] Auslagen im Sinne von Art. 327a OR sind von der Arbeitgeberin zwingend zu erstatten, wenn sie berufsnötig sind (Art. 362 OR). Die Norm stellt eine relativ zwingende Bestimmung dar, sodass Abweichungen nur zugunsten der Arbeitnehmenden getroffen werden dürfen. Unter den Begriff Auslagen können Kosten für Strom, Internetanschluss, Heizung, Miete, Wasser etc. fallen. Findet die Homeoffice-Arbeit im Arbeitgeberinteresse statt, da ein Arbeitsplatz im Büro (teilweise) fehlt (bzw. in Analogie das Homeoffice als Gesundheitsschutzmassnahme angeordnet wurde) trifft die Arbeitgeberin gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die volle Ersatzpflicht.³⁷ In vorgenanntem, viel beachtetem Entscheid stand dem Arbeitnehmer bei der Arbeitgeberin kein geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung und das Bundesgericht sprach dem Arbeitnehmer gestützt auf Art. 327a Abs. 1 OR einen Anspruch auf Kostenbeteiligung durch die Arbeitgeberin an der Büroraummiete zu Hause zu, obschon dieser das Zimmer nicht speziell für die Nutzung als Homeoffice gemietet hatte und die Kosten daher so oder so entstanden wären. Zu beachten gilt, dass der Arbeitnehmer das Zimmer nicht nur als Arbeitszimmer, sondern auch als Archiv beruflich genutzt hatte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf vom Arbeitnehmer mit Bezug auf die Höhe der Auslagen kein strenger Beweis verlangt werden und effektiv gehabte Auslagen, die ziffernmässig nicht mehr beweisbar sind, sind vom Richter in analoger Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen.

[28] Das Bundesgericht sowie der Gesetzgeber sind bzgl. Auslagen und Spesen je nach Lesart sehr arbeitgeberfreundlich. Betreiben Arbeitnehmende Homeoffice-Arbeit auf eigenen Wunsch, obwohl ihnen die Arbeitgeberin uneingeschränkt einen vollwertigen Arbeitsplatz im Unternehmen zur Verfügung stellt, fehlt es an der Notwendigkeit der Auslagen. Die Arbeitgeberin kann in diesem Fall die Kostenübernahme verweigern, auch wenn sie zur Erfüllung der Arbeit angefallen ist. So wird Homeoffice für die Arbeitgeberin eine attraktive Sparmassnahme. Mittlerweile zahlen erste Unternehmen Pauschalen, wie die Axa-Versicherung in Höhe von CHF 200 pro Jahr, obwohl

³⁶ Zur Unterscheidung von Arbeitsgeräten und Auslagen vgl. auch STEIGER-SACKMANN, Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit (FN 4), S. 313.

³⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2018 vom 23. April 2019, E. 6.2.

den Arbeitnehmenden jederzeit ein vollwertiger Arbeitsplatz im Unternehmen zur Verfügung steht.³⁸

[29] Die Axa-Pauschale scheint für alle Arbeitnehmenden zu gelten, unabhängig von der Zeit, die im Unternehmen verbracht wird. Sollte der betriebliche Arbeitsplatz aber einmal nicht mehr uneingeschränkt zur Verfügung stehen und die Homeoffice-Arbeit angeordnet werden, würde eine Pauschale am Beispiel der Axa, welche nicht die tatsächlich anfallenden Kosten für Spesen und Auslagen abdeckt, ihre Gültigkeit verlieren und die Arbeitgeberin hätte die Kosten in voller Höhe zu entrichten, vgl. Art. 327a Abs. 1 OR.³⁹

[30] Trotz Verbot der Auslagenüberwälzung gemäss Art. 327a Abs. 3 OR bestätigen Umfragen, dass die meisten grossen Detailhändler wie Coop, die Schweizerische Post oder auch die Swisscom für Auslagen im Homeoffice generell keine Kosten ersetzen.⁴⁰ Eine Umfrage des Instituts gfs.bern im Jahr 2020 ergab, dass erst ein kleiner Teil der Unternehmen die vollen Kosten für das Homeoffice übernimmt. Dabei zeigte sich, dass dieser Umstand auch Einfluss auf die Gesundheit der Arbeitnehmenden entfaltet: Befragte Personen, deren Arbeitgeberinnen keine Kosten übernehmen, beklagten häufig eine mangelhafte Arbeitsergonomie.⁴¹

[31] Falls im Zusammenhang mit der Verlegung ins Homeoffice und der ergonomischen Ausgestaltung des Arbeitsplatzes Kosten entstehen, ist die Rechtslage nämlich grundsätzlich klar: Die Arbeitgeberin hat die Kosten zu tragen. Falls die Arbeitgeberin aber einen vollwertigen Arbeitsplatz uneingeschränkt zur Verfügung stellt und die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer auf eigenen Wunsch im Homeoffice arbeitet, können nur diejenigen Kosten geltend gemacht werden, welche die Arbeitgeberin immer tragen muss, da sie nicht vertraglich abgewälzt werden dürfen.

[32] In Fall der nicht erfolgten Übernahme von Kosten aus Ergonomie gemäss ArG verstossen so Arbeitgeber mit der Bezahlung einer Pauschale gegen zwingendes Recht, wie unten noch gezeigt werden wird.

1.3. Ergonomie

1.3.1. Definition und Rechtsgrundlagen

[33] Ergonomie ist die «Wissenschaft [...] von der optimalen wechselseitigen Anpassung zwischen dem Menschen und seinen Arbeitsbedingungen.»⁴² Ein ergonomisch ausgestalteter Arbeitsplatz soll – und muss – dafür sorgen, dass die Gesundheit der Arbeitnehmenden langfristig weder gefährdet noch geschädigt wird. Die Pflicht zur ergonomischen Ausgestaltung des Arbeitsplatzes ergibt sich aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin, welche ihrerseits auf verschiedenen Rechtsgrundlagen (Art. 328 OR, Art. 82 UVG und Art. 6 ArG) beruht. Es ist unbestritten, dass die Arbeitgeberin gestützt auf die Fürsorgepflicht verpflichtet ist, für ergonomisch und hygie-

³⁸ Vgl. Artikel der Handelszeitung vom 7. Oktober 2020, <https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/axa-schweiz-zahlt-mitarbeitenden-200-franken-furs-home-office-pro-jahr>, Website zuletzt besucht am 31. Januar 2022.

³⁹ WOLFGANG PORTMANN/ISABELLE WILDHABER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2020 (zit. PORTMANN/WILDHABER, Rz.), Rz. 531.

⁴⁰ Vgl. Artikel der Handelszeitung vom 29. Mai 2020, <https://www.handelszeitung.ch/unternehmen/zuschuss-ans-home-office-post-coop-oder-swisscom-winken-noch-ab>, Website zuletzt besucht am 31. Januar 2022.

⁴¹ Studie des Instituts gfs.bern aus dem Jahr 2020, vgl. <https://cockpit.gfsbern.ch/de/cockpit/homeoffice-barometer-2020/> (zuletzt besucht am 16. Februar 2022).

⁴² www.duden.de.

nisch gute Arbeitsbedingungen zu sorgen, indem sie den Arbeitnehmenden einen einwandfreien Arbeitsplatz zur Verfügung stellt, der die Gesundheit nicht gefährdet (siehe Konkretisierung in Art. 11 ff. ArGV 3).⁴³ Dieser Schutzbereich ist räumlich keinesfalls auf das Bürogebäude des Betriebsinhabers beschränkt, sondern umfasst die gesamte Arbeitsorganisation, in die sich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer eingliedert und damit ebenfalls das Homeoffice. Dies sowohl bei Formen von «freiwilligem» wie vertraglich oder faktisch verordnetem Homeoffice.

1.3.2. Risikofaktoren für Arbeitnehmende im Homeoffice

[34] Insbesondere im Zusammenhang mit Homeoffice ergeben sich verschiedene Risikofaktoren. Erstens kann langanhaltende Bildschirmarbeit mit ungünstiger Körperhaltung, ungeeigneten Bildschirmen oder schlechter Beleuchtung zum Beispiel Augenbeschwerden, Konzentrationschwierigkeiten, Kopfschmerzen, Schmerzen im Bewegungs- und Stützapparat und Entzündungen von Nerven, Sehnen und Gelenken in der Hand und im Arm verursachen.⁴⁴ Zweitens kann das Arbeiten von zu Hause aus dazu führen, dass Arbeitszeit und Freizeit nicht klar getrennt werden, was zum Gefühl der ständigen Erreichbarkeit und erhöhtem Stress beiträgt.⁴⁵ Drittens ist schliesslich zu bedenken, dass der fehlende Austausch mit Arbeitskolleginnen und -kollegen belastende Auswirkungen auf die psychische Gesundheit haben kann.⁴⁶

[35] Diese Gesundheitsrisiken können zu verminderter Produktivität oder sogar Arbeitsausfällen führen, welche wiederum den Betrieb belasten. Im Folgenden wird aufgezeigt, wie sich diese Szenarien verhindern liessen.

1.3.3. Konkrete Ausgestaltung des Arbeitsplatzes

[36] Zusammenhänge zwischen körperlichen Beschwerden und der Bildschirmarbeit wurden bereits in diversen Studien belegt.⁴⁷ Eine sitzende Tätigkeit am Computer führt zu bis zu 2'000 Stunden Dauerbelastung pro Jahr.⁴⁸ Arbeitnehmende brauchen eine angemessene, ihren individuellen Bedürfnissen angepasste Ausstattung. In den meisten privaten Haushalten ist zwar das für Büroarbeiten erforderliche Mobiliar vorhanden, jedoch entspricht dieses selten den ergonomischen Mindestanforderungen. Deshalb soll für die Arbeit im Betrieb und für die Arbeit im Homeoffice derselbe Grundsatz gelten; Je besser der Arbeitsplatz eingerichtet ist, desto kleiner ist das Risiko gesundheitlicher Beschwerden.⁴⁹

⁴³ BGE 132 III 257 E. 5.2.

⁴⁴ SECO, Arbeiten zu Hause – Homeoffice, Bern 2019 (FN 5), S. 9.

⁴⁵ STEIGER-SACKMANN, Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit (FN 4), S. 305 f.

⁴⁶ SECO, Arbeiten zu Hause – Homeoffice, Bern 2019 (FN 5), S. 9 f.

⁴⁷ SYLVIE MONTREUIL/KATHERINE LIPPEL, Telework and occupational health: a Quebec empirical study and regulatory implications, in: Safety Science 41, 2003, S. 339–358, S. 343 ff.; SUSAN HARRINGTON/BONNIE WALKER, The effects of ergonomics training on the knowledge, attitudes, and practices of teleworkers, Journal of safety Research, 35(1), 2004, S. 13–22, S. 14 f.

⁴⁸ Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS), Ergonomie am Arbeitsplatz – darauf sollten sie achten, vom 23. August 2018 (<https://bit.ly/3l7KwII>, zuletzt besucht am 31. Januar 2022).

⁴⁹ Zu den Anforderungen an Arbeitsräume im Homeoffice vgl. WILDHABER/PIETRUSZAK, Handbuch Homeoffice (FN 20), S. 56 f.

[37] Ein gut eingerichteter Arbeitsplatz verfügt im Idealfall – unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsprinzips – über die sogleich aufgezeigten Elemente.⁵⁰

1.3.3.1. Angepasste Bildschirmgrösse

[38] Insgesamt finden sich zwar spezifische Vorgaben bzgl. der Einrichtung eines ergonomischen Arbeitsplatzes. Die Anforderungen an Bildschirme, welche bei einigen Arbeitnehmenden besonders gefragt sind, sind jedoch kaum bzw. nur sehr rudimentär geregelt. Einige Arbeitgeberinnen stellen nicht einmal externe Bildschirme für das Homeoffice zur Verfügung, sondern verleihen lediglich ihren Arbeitslaptop an die Arbeitnehmenden. Aus diesem Grund ist es wichtig, nachfolgend die Anforderungen an die Bildschirmgrösse zusammenzutragen.

[39] Grundsätzlich bestehen in der Schweiz keine konkreten Angaben über die Mindestgrösse von Bildschirmen. Auch die EU stellt zwar detaillierte Anforderungen an die Ergonomie (Richtlinie 89/391/EWG – Sicherheit und Gesundheitsschutz in der Arbeitsstätte, ergänzt durch die Richtlinie 89/654/EWG – Mindestvorschriften für Sicherheit und Gesundheitsschutz in Arbeitsstätten), macht hinsichtlich der konkreten Bildschirmgrösse jedoch keine Vorgaben. Deutschland hat die Inhalte der Richtlinien in die nationale Arbeitsstättenverordnung umgesetzt, welche im Anhang 6.2 allgemeine Anforderungen an Bildschirme und Bildschirmgeräte enthält und in Absatz 4 die pauschale Vorgabe setzt, dass die Bildschirmgrösse und -form der Arbeitsaufgabe angemessen sein muss. Die neuere RL 2007/30/EG bringt ebenfalls keine Erkenntnisse in dieser Hinsicht.

[40] Die vorgenannten Ausführungen und bestehenden Bestimmungen zeigen, dass für konkrete Vorgaben an die Bildschirmgrösse in der Praxis kein Handlungsbedarf besteht. Konkrete Angaben scheinen auch oftmals nicht sinnvoll, da die Grösse der Bildschirme stark von der Art der individuellen Arbeitstätigkeit abhängt. Für die reine Textverarbeitung sind weniger grosse Bildschirme notwendig als beispielsweise für die Grafikbearbeitung. Die Suva nennt in dieser Hinsicht einige Richtwerte, welche mittlerweile jedoch in die Jahre gekommen sind und dem Fortschritt der Technik entsprechend nach oben angepasst werden sollten.⁵¹

[41] Grundsätzlich sollten stets externe Bildschirme verwendet werden, da Laptops aufgrund ihrer kompakten Bauweise primär für kurzzeitige Tätigkeiten oder unterwegs geeignet sind. Eine aufrechte und entspannte Körperhaltung ist vor einem Notebook nicht möglich. Zudem tragen die kleinen Bildschirme zu einer schnelleren Ermüdung der Augen bei.⁵²

1.3.3.2. Geeignete Ausrüstung, Beleuchtung, Mobiliar und weiteres

[42] Die gesamte Einrichtung des Arbeitsplatzes sollte so gestaltet sein, dass auch längere Tätigkeiten nicht zu Beschwerden führen.

⁵⁰ Die folgenden Ausführungen basieren wesentlich auf den folgenden Unterlagen: Suva, Ergonomie am Bildschirmarbeitsplatz: Homeoffice (<https://bit.ly/3l2p9Zc>), Eidgenössische Koordinationskommission für Arbeitssicherheit EKAS, Ergonomie am Arbeitsplatz – darauf sollten sie achten, vom 23. August 2018 (<https://bit.ly/3l7KwII>) sowie SECO, Arbeiten zu Hause – Homeoffice, Bern 2019 (<https://bit.ly/3GfrREo>) und SECO, Hilfe, Tipps und Tricks für das Homeoffice in Pandemiezeiten, vom 2. März 2021 (<https://bit.ly/3G9AerH>), alle Links zuletzt besucht am 31. Januar 2022.

⁵¹ SuvaPro, Arbeiten am Bildschirm – Ausführliche Informationen für Fachleute und Interessierte, 13. Aufl. 2003, S. 28.

⁵² SINA KUBEL, Home-Office: Chancen und Gefahren aus Sicht des Gesundheitsschutzes, in: SSI-Bulletin 2/2014, S. 1 ff., S. 4.

[43] Dazu gehört neben der soeben beschriebenen ausreichenden Bildschirmgrösse unter Umständen auch zusätzliches Equipment wie eine externe Maus und Tastatur. Es empfiehlt sich, bei der Verwendung des Laptops eine Notebookstütze zu verwenden oder mithilfe zum Beispiel eines Buches den Laptop auf eine entspannte Arbeitshöhe anzuheben. Die Distanz zwischen den Augen und dem Bildschirm sollte etwa eine Armlänge betragen, bei grösseren Bildschirmen etwas mehr. Bei der Platzierung des Bildschirms sollte darauf geachtet werden, dass Blendungen durch Tageslicht, Kunstlicht oder Reflexionen vermieden werden. Optimaler Weise befindet sich ein Tageslichtfenster seitlich zum Arbeitsplatz und die Blickrichtung zum Monitor verläuft parallel zu diesem. Der obere Bildschirmrand sollte sich etwa auf der Höhe der Augen oder leicht darunter befinden, damit keine Nackenverspannungen entstehen, welche auch die Durchblutung der Augen behindern.

[44] Der Arbeitsplatz sollte wenn möglich in einem ungestörten Bereich der Wohnung oder einem separaten Zimmer eingerichtet werden; selbstverständlich ist dies bei der Wohnsituation einiger Arbeitnehmender illusorisch. Die Arbeitsfläche muss genügend gross sein (ideale Arbeitsfläche eines Tisches: 160 x 80 cm). Praktisch unverzichtbar ist ein höhenverstellbarer Stuhl. Der Stuhl und der Tisch sollten so eingestellt werden können, dass die Füsse fest auf dem Boden stehen und die Tastatur mit locker hängenden Schultern bedient werden kann. Für kleingewachsenere Personen empfiehlt sich eine Fussstütze, damit die Füsse nicht in der Luft baumeln.

[45] Schliesslich ist darauf zu achten, dass um die Arbeitsfläche herum genügend Bewegungsraum vorhanden ist und keine Stolperfallen wie Kabel oder ähnliches im Weg sind.

[46] Eine Sicht ins Freie durch ein Fenster bietet einerseits Entspannung für die Augen, die ansonsten dauerhaft auf kurze Distanzen fokussiert sind, und andererseits eine natürliche Lichtquelle. Eine den Umständen angepasste künstliche Beleuchtung hilft zusätzlich, Ermüdungserscheinungen der Augen zu verhindern. Aus dem gleichen Grund sollte der Arbeitsplatz so angeordnet sein, dass direkte und indirekte Blendungen verhindert werden.

1.3.3.3. Vermeidung der Vermischung von Arbeitszeit und Freizeit

[47] In der Praxis wird das Homeoffice oft mit einer erhöhten zeitlichen Flexibilität für Arbeitnehmende angepriesen. Zahlreiche Studien suggerieren, dass Mitarbeitende im Homeoffice dank flexibler Gestaltung der Arbeitszeiten ihr Privatleben besser mit dem Beruf vereinbaren können.⁵³ Besonders für Eltern war dieser Umstand während der Covid-19-Krise ein grosser Vorteil, auch wenn Homeoffice parallel, z.B. zur gleichzeitigen Care-Arbeit, auf Dauer nur bedingt harmonisiert. Auf der anderen Seite hat die flexible Arbeitszeit auch ihre Schattenseiten, da die dauerhafte Erreichbarkeit durch die voranschreitende Digitalisierung die Aufrechterhaltung einer Grundspannung fördert.⁵⁴ Arbeitszeit ist die Zeit, während der sich die Arbeitnehmenden zur Verfügung der Arbeitgeberin zu halten haben (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1). Wenn Arbeitnehmende im Homeoffice jederzeit mit einer leistungsabrufenden Kontaktaufnahme rechnen müssen, führt dies zu einer Verkürzung oder gar zum Verunmöglichen von Phasen vertiefter Entspannung und

⁵³ Unter anderem: Studie des Instituts gfs.bern, Homeoffice-Barometer 2020, verfügbar unter: <https://syndicom.ch/themen/dossiers/homeoffice-barometer2020/> (zuletzt besucht am 31. Januar 2022).

⁵⁴ Bericht des Bundesrates vom 16. November 2016, Rechtliche Folgen der Telearbeit, zum Postulat 12.3166 Meier-Schatz, (zit. BR, Rechtliche Folgen der Telearbeit) S. 42 f.

Erholung, insbesondere auch seelischer Erholung.⁵⁵ Der Vorteil der besseren Vereinbarkeit von Privat- und Berufsleben verbirgt somit gleichzeitig den Nachteil der Vermischung selbiger. Die Aufhebung klarer Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit kann schlimmstenfalls sogar bis hin zu einem Gefühl der umfassenden Lebenskontrolle durch die Arbeitgeberin führen. Die fremdbestimmte Zerstückelung jeder Ruhe-, Denk- und Tätigkeitsphase durch ständige Anrufe und andere Kontaktaufnahmen kann Konzentrationsschwächen, Nervosität und andere Störungen hervorrufen.⁵⁶

[48] Grundsätzlich gilt die Flexibilität nur innerhalb der Schranken des ArG und sofern nichts Gegenteiliges vereinbart oder angeordnet wurde. Zu beachten sind in jedem Fall die Vorschriften zu Arbeits- und Ruhezeiten.⁵⁷ Die Verantwortung zur Einhaltung dieser liegt klar bei der Arbeitgeberin.⁵⁸ Da weder die Arbeitgeberin noch Behörden die Arbeitnehmenden zu Hause unmittelbar kontrollieren können, ist eine hinreichende Aufklärung inkl. Anweisung zur Einhaltung der Vorschriften sowie eine lückenlose Arbeitszeiterfassung unerlässlich. Nacht- und Sonntagsarbeit sind ohne entsprechende Bewilligung auch im Homeoffice verboten.

1.3.3.4. Vermeidung psychosozialer Risiken

[49] Für die meisten Menschen im Erwerbsleben ist die Arbeit wohl nicht bloss eine Tätigkeit, um ein Einkommen zu generieren, sondern vielmehr auch eine Gelegenheit, soziale Kontakte (oder im Idealfall gar Freundschaften) zu knüpfen und zu pflegen. Schliesslich verbringt die Mehrheit aller Arbeitnehmenden einen grossen Teil der wöchentlich verfügbaren Zeit im Interesse der Arbeitgeberin. Die Wichtigkeit dieser sozialen Bindungen und dieser zwischenmenschlichen Kommunikation – wozu auch der Umgang mit Konflikten und unliebsamen Arbeitskolleginnen und -kollegen zählen – darf nicht unterschätzt werden. Im schlimmsten Fall kann ständiges Homeoffice zu Vereinsamung und damit verbundenen Gefühlen wie Stress führen und stellt somit ein psychosoziales Risiko dar.⁵⁹

[50] Unseres Erachtens ist es daher zentral, dass auch bei digitalisierter Arbeit ohne physischen Kontakt zu anderen Arbeitnehmenden ein Austausch stattfindet, welcher die Fäden des sozialen Gefüges zusammenhält. Denkbar sind etwa eine digitale Kaffeepause, die notorisch unbeliebten Zoom-Apéros oder eine andere Form des informellen Austauschs.

[51] Darüber hinaus sollte die Arbeitgeberin nach Möglichkeit die Anwesenheit ihrer Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz respektive den Rückzug ins Homeoffice so planen, dass nach einigen Tagen Homeoffice feste Anwesenheitstermine im Büro stattfinden. Ebenso sind regelmässige (digitale) Sitzungen mit Vorgesetzten ein geeignetes Mittel, Feedback einzuholen und allfällige Schwierigkeiten anzusprechen.⁶⁰

⁵⁵ ROGER RUDOLPH, Ständige Erreichbarkeit: Keine ruhige Minute mehr, weka 2020. Abrufbar unter: <https://www.weka.ch/themen/personal/arbeitszeit-und-absenzen/absenzen-und-ferien/article/staendige-erreichbarkeit-keine-ruhige-minute-mehr/> (Website zuletzt besucht am 21. Februar 2022).

⁵⁶ ADRIAN VON KAENEL, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, ARV 2009, S. 1 ff., S. 3.

⁵⁷ Vgl. Art. 9–28 ArG, Art. 13–42 ArGV 1, Art. 60 f. ArG und Art. 10–17 ArGV 5.

⁵⁸ Vgl. Art. 46 ArG.

⁵⁹ Vgl. auch SECO, Arbeiten zu Hause – Homeoffice, Bern 2019 (FN 5), S. 10 sowie WILDHABER/PIETRUSZAK, Handbuch Homeoffice (FN 20), S. 59 f.

⁶⁰ SECO, Hilfe, Tipps und Tricks für das Homeoffice in Pandemiezeiten (FN 50), vom 2. März 2021, S. 2.

1.4. Kontrolle

[52] Führt die arbeitnehmende Person in ihrer privaten Arbeitsumgebung berufliche Aufgaben aus, so ist die Arbeitgeberin in Punkto Gesundheitsschutz auf die aktive Beteiligung der Arbeitnehmenden angewiesen. Im Betrieb kann und muss die Arbeitgeberin überprüfen, inwiefern der zur Verfügung gestellte Arbeitsplatz den herrschenden Anforderungen des Gesundheitsschutzes Rechnung trägt und ob die entsprechenden Massnahmen korrekt umgesetzt werden (Art. 6 ArG und Art. 2 f. ArGV 3). Im Homeoffice dagegen entfällt die unmittelbare Aufsicht und Kontrollmöglichkeit. Mitarbeitende im Homeoffice sind dadurch einem erhöhten Risiko physischer Beschwerden ausgesetzt, ohne dass es ihnen oftmals bewusst ist.

[53] Detaillierte Hinweise, welche Vorkehrungen für die Leistungserbringung in den Geschäftsräumlichkeiten zu treffen sind, finden sich in der ArGV 3 respektive in der dazugehörigen Wegleitung des SECO. Sie beinhalten unter anderem Empfehlungen, wie Arbeitsplätze (Art. 23 ff. ArGV 3) und Räume (Art. 11 ff. ArGV 3) in geeigneter Weise zu konzipieren sind, um eine gesundheitsförderliche Arbeitsumgebung zu schaffen. Diese Vorgaben sind allerdings spezifisch auf die Büroräumlichkeiten bei der Arbeitgeberin ausgelegt. Konkrete arbeitsschutzrechtliche Richtlinien für berufliche Tätigkeiten im Privatbereich finden sich keine. Der Bundesrat erkennt zwar grundsätzlich die Bestimmungen des Obligationenrechts, des Arbeitsgesetzes und des Bundesgesetzes über die Unfallverhütung bzgl. Homeoffice-Arbeit für anwendbar.⁶¹ Dies treffe aber nicht auf die Kontrolle der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes sowie auf viele Detailbestimmungen in den Verordnungen zu, da diese nur auf eine klassische Arbeitsorganisation Anwendung finde, in welcher die Gestaltung der Arbeitsräume der Arbeitgeberin obliegt (z.B.: Ergonomie am Arbeitsplatz, Sicherheit von Geräten etc.).⁶²

[54] Es stellt sich die Frage, wie die Arbeitgeberin kontrollieren kann, dass die Arbeitnehmenden im Homeoffice über gesundheitstechnisch geeignete Infrastruktur für die Ausübung ihrer Tätigkeiten verfügen. Auch die Arbeitsinspektorate, denen an sich weitreichende Befugnisse zukommen, können ihrer Kontrollpflicht beim Homeoffice nicht nachkommen, da sich ihre Befugnis nur auf die Kontrolle in den Betrieben erstreckt (Art. 45 Abs. 2 ArG).⁶³ Mangels Zutrittsrecht zur privaten Wohnung ist es besonders wichtig, dass die Arbeitgeberin vor Arbeitsaufnahme auf allfällige Gesundheitsgefährdungen aufmerksam macht und den Arbeitnehmenden aufzeigt, wie sie sich vor diesen Gefahren schützen. Es empfiehlt sich, eine schriftliche Aufklärungs- und Bestandsliste zu unterzeichnen, welche die Aufklärung über die Vorschriften des Arbeits- und des Unfallversicherungsgesetzes inklusive Ausführungsbestimmungen durch die Arbeitgeberin bestätigt und dokumentiert, welche Materialien durch die Arbeitgeberin ausgehändigt bzw. welche von den Arbeitnehmenden selbst beigebracht wurden. Des weiteren könnte auch die Dokumentation des Homeoffice mit Fotos und Plänen die Einhaltung der Schutzbestimmungen für die Arbeitgeberin und Behörden erleichtern. Nach Weiterleitung an das zuständige Arbeitsinspektorat wäre die Arbeitgeberin ihrer Fürsorgepflicht gegenüber Mitarbeitenden im Homeoffice nachgekommen.

[55] Für die kantonalen Arbeitsinspektoren bedeutet die Kontrollpflicht des komplexen Sachverhaltes Homeoffice wohl eine Verschärfung der Problematik ihrer notorischen und gravieren-

⁶¹ BR, Rechtliche Folgen der Telearbeit (FN 54), S. 29 ff.

⁶² BR, Rechtliche Folgen der Telearbeit (FN 54), S. 39.

⁶³ WILDHABER/PIETRUSZAK, Handbuch Homeoffice (FN 20), S. 63.

den personellen Unterdotierung⁶⁴. Im Jahr 2018 beispielsweise beschäftigten kantonale Arbeitsinspektorate gesamthaft gerade einmal 221 Personen, von denen viele nicht in einem Vollzeitpensum angestellt sind.⁶⁵ Die personelle Unterbesetzung kam während der Corona-Krise besonders zum Vorschein, als der Bundesrat gem. Art. 7d Abs. 2 Covid-2-Verordnung⁶⁶ die SUVA für die Kontrollen der Präventionsmassnahmen auf Baustellen und in der Industrie beauftragte, obwohl nach der gesetzlichen Ordnung des ArG eigentlich die kantonalen Arbeitsinspektorate für diese Kontrolltätigkeit zuständig wären.⁶⁷ Die Ursache ist unseres Erachtens hauptsächlich darin zu sehen, dass das SECO als Oberaufsichtsbehörde über die kantonalen Arbeitsinspektorate sein Weisungsrecht gem. Art. 79 Abs. 3 ArGV 1 nicht ausreichend wahrnimmt und den Kantonen keine konkreten Vorgaben betreffend die Anzahl der zu beschäftigenden Arbeitsinspektoren macht.⁶⁸ Leider muss auch festgestellt werden, dass viele Kantone ihre Pflichten zur ausreichenden budgetären und personellen Ausstattung der Arbeitsinspektorate nicht wahrnehmen.

[56] Als weitere Option wäre zu denken, dass ein GAV den paritätischen Kommissionen und Organen (PK) eine Rolle in der Kontrolle der Homeoffice-Bestimmungen gibt, inklusive Beratungen und Überprüfungen im Homeoffice mit der Möglichkeit, auch die Behörden zu informieren.

[57] Wenn der Informationsfluss zwischen Behörden und Arbeitgeberinnen bei betrieblichen Inspektionen nicht immer gewährleistet ist, was die Arbeitnehmenden im Homeoffice angeht, sind die Verordnungen so zu ändern, dass den Arbeitsinspektoraten ein Verzeichnis mit allen Personen im Homeoffice ungefragt vorzulegen ist.

[58] Die Arbeitgeberin ist grundsätzlich zur Erfassung und damit auch zur Kontrolle der Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmenden verpflichtet. Mittels digitaler Tools zur Eingabe der Login- und Logoutzeiten lässt sich relativ einfach ein Bild über die Arbeitszeiten machen. Darüber hinausgehende Tracking-Software könnten zwar ebenfalls mit guter Absicht eingesetzt werden, um Arbeitnehmende auf ihre ständige Erreichbarkeit oder zu hohe Bildschirmzeiten hinzuweisen. Hierbei ist aber zu beachten, dass die Grenze zur verbotenen, reinen Verhaltensüberwachung sehr schnell überschritten sein dürfte.⁶⁹

[59] Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Arbeitgeberin bei der Kontrolle der Einhaltung des Gesundheitsschutzes im Homeoffice auf die Mitwirkung der Arbeitnehmenden angewiesen ist. In puncto Erreichbarkeit sollten feste Zeitfenster für die Kontaktaufnahme vereinbart und auf die Verwendung von unzulässiger Überwachungssoftware verzichtet werden. Zusätzlich sind etwa Schulungen zur Vereinbarung von Arbeits- und Freizeit im Homeoffice denkbar.

⁶⁴ SECO, Bericht über die Arbeitsinspektion 2018, S. 10 ff. (<https://bit.ly/3hS7yCc>, zuletzt abgerufen am 31. Januar 2022).

⁶⁵ Ebenda.

⁶⁶ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 13. März 2020 (Covid-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) (ausser Kraft).

⁶⁷ LUCA CIRIGLIANO/LUKAS SCHAUB, Die Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Effektivität der kantonalen Arbeitsinspektorate: Analyse und Forderungen unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Konvention Nr. 81, ARV/DTA 2020, S. 183–200 (zit. CIRIGLIANO/SCHAUB, ARV/DTA 2020, S.), S. 197 f.

⁶⁸ SABINE STEIGER-SACKMANN, Defizite im ArG-Vollzug werden in Zeiten von Corona offensichtlich, iusNet AR-SVR vom 24. April 2020; CIRIGLIANO/SCHAUB, ARV/DTA 2020 (FN. 67), S. 199.

⁶⁹ Siehe zur unzulässigen Verhaltenskontrolle ausführlich: LUCA CIRIGLIANO/JENS NIEMEYER, Datenschutz und Überwachung im Homeoffice – Zu den rechtlichen Grenzen der technischen Möglichkeiten (FN 3), S. 71 ff.

1.5. Konsequenzen bei Verletzung

[60] Falls Bestimmungen des Gesundheitsschutzes verletzt werden, können Verwaltungsstrafen gemäss ArG durch die kantonalen Arbeitsinspektorate verhängt werden.⁷⁰ Hinzu tritt eine allfällige strafrechtliche Verantwortlichkeit.⁷¹

[61] Darüber hinaus drohen der Arbeitgeberin unter Umständen Reputationsschäden, falls die Öffentlichkeit davon Kenntnis erhält. Falls unergonomische Verhältnisse am Arbeitsplatz (zu Hause oder im Betrieb) kausal für gesundheitliche Beeinträchtigungen eines Arbeitnehmenden sind, kann die Arbeitgeberin wegen der Verletzung Ihrer Fürsorgepflicht haftbar gemacht werden. Schliesslich kann der Fall eintreten, dass Versicherungen, welche Leistungen im Zusammenhang mit Gesundheitsschädigungen erbringen, die Kosten unter Umständen auf die Arbeitgeberin überwälzen.

1.6. Fazit

[62] Diverse Studien zeigen, dass die Arbeitsform des Homeoffice kontinuierlich an Bedeutung gewinnt. Zusätzlichen Schub erhielt das Homeoffice durch die Covid-Pandemie. Insgesamt empfindet die Mehrheit der Arbeitnehmenden im Homeoffice diese Arbeitsform als positiv. Dabei muss aber beachtet werden, dass gemäss vieler befragter Personen sowohl bei der allgemeinen Kostentragung wie auch bei der Ergonomie grosser Verbesserungsbedarf besteht und Arbeitgeber sich bei Nicht-Einhaltung des ArG in der Illegalität befinden.

[63] Sowohl die privatrechtlichen als auch die zwingenden, öffentlich-rechtlichen Arbeitsrechtsnormen (insbesondere das ArG) gelten unabhängig vom Ort der Arbeitsleistung und damit uneingeschränkt im Homeoffice. Arbeitgeberinnen sind bei der Umsetzung – und bei der Kontrolle – eines effektiven Gesundheitsschutzes auch aus datenschutzrechtlichen Gründen auf die aktive Zusammenarbeit und Beteiligung durch die Arbeitnehmenden angewiesen. Beide Parteien müssen sich über die geltenden Rechte und Pflichten vor Einführung des Homeoffice informieren und die Einhaltung streng befolgen. Neben den kantonalen Arbeitsinspektoraten können und sollten auch die Sozialpartner aufgrund ihres Fachwissens unterstützend und beratend bei der Umsetzung hinzugezogen werden.

[64] Gesundheitsaspekte gerade aus dem Bereich der Ergonomie müssen präventiv in Form einer Homeoffice-Vereinbarung, durch Merkblätter oder in Gesamtarbeitsverträgen festgehalten und vor Augen geführt werden. Bei der wichtigen und verantwortungsvollen Thematik des Gesundheitsschutzes gilt ganz klar der Grundsatz «Prävention statt Reaktion», sodass sich betroffene Arbeitgeberinnen auch durch Schulungen hinsichtlich der Risiken und Gefahren sensibilisieren lassen sollten, bevor krankheitsbedingte Absenzen infolge Verstössen eintreten.

[65] Hinsichtlich der Kosten für die ergonomische Ausgestaltung des Arbeitsplatzes gem. ArG darf keine Überwälzung (auch teilweise) auf die Arbeitnehmenden stattfinden. Arbeitsgeräte und Arbeitsmaterial sind grundsätzlich von der Arbeitgeberin zu stellen. Stellen Arbeitnehmende diese im Einverständnis der Arbeitgeberin zu Verfügung, hat letztere eine anteilmässige Entschädigung zu leisten (sofern nicht anders verabredet oder üblich). Zudem hat die Arbeitgeberin

⁷⁰ Art. 59 ff. ArG i.V.m. Art. 6 VStrR (Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht).

⁷¹ Art. 62 ArG.

sämtliche durch die Ausführung der Arbeit entstehenden notwendigen Auslagen zu ersetzen. Die Notwendigkeit lässt sich grundsätzlich an der Freiwilligkeit bzw. dem Interesse der Arbeitgeberin an der Homeoffice-Tätigkeit bemessen. Für freiwillige Homeoffice-Tätigkeiten besteht grundsätzlich keine Pflicht zum Auslagenersatz. Wird den Mitarbeitenden jedoch vertraglich ein Recht auf Homeoffice-Arbeit zugestanden, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Auslagen.

[66] Noch einige Worte zur Situation de lege ferenda: Einzelne Präzisierungen und neue Bestimmungen im Arbeitsrecht würden für eine höhere Rechtssicherheit sorgen: Explizite Erwähnung der Freiwilligkeit sowie klare und spezifische Regeln zu Auslagen und Spesen; weiter die Bekräftigung, dass die ArG-Schutzbestimmungen zu Gunsten der Arbeitnehmenden auch im Homeoffice gelten; Definition von Arbeit im Homeoffice als «notwendig», wenn kein geeigneter Arbeitsplatz im Betrieb zur Verfügung steht. Im Mitwirkungsgesetz wäre eine Klarstellung zu begrüssen, dass Unternehmen verpflichtet sind, ihre elektronische Infrastruktur für die Ausübung der kollektiven Rechte in erforderlichem Umfang zur Verfügung zu stellen.

LUCA CIRIGLIANO, Dr. iur, Zentralsekretär Schweizerischer Gewerkschaftsbund SGB, Alt-Bezirksrichter.

MLaw NIC FREI ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Soziales Privatrecht der Universität Basel (Prof. Pärli) und betreibt ein Dissertationsprojekt zur Überwachung Arbeitnehmender im Zusammenhang mit der Digitalisierung.