



Nicolas Facincani

lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Voillat Facincani Sutter + Partner, Zürich
www.vfs-partner.ch

Arbeitsrecht

Homeoffice: Rechtliche Aspekte

Homeoffice bleibt auch nach dem Ende der Pandemie ein wichtiger Bestandteil der gelebten Arbeitswelt. Im nachfolgenden Beitrag beleuchtet der Autor die wichtigsten rechtlichen Fragen, die sich aus der Arbeit im Homeoffice ergeben, insbesondere die arbeitsrechtlichen Regelungen zu Arbeits- und Ruhezeiten sowie zu Arbeitsgeräten, Material und Auslagen. Zudem werden auch der Datenschutz, der Gesundheitsschutz sowie gewisse Haftungsfragen im Homeoffice erörtert.

Der Begriff des Homeoffice ist in aller Munde. Im Grunde wird von Homeoffice gesprochen, wenn die Arbeit auf Distanz erfolgt, aber in der Regel auch in den Büroräumlichkeiten erledigt werden könnte.¹ Der Arbeitsort wird beim Homeoffice mindestens teilweise nach Hause verlegt. Das SECO definiert Homeoffice wie folgt: «Unter dem Begriff Homeoffice wird [vorliegend] jene Arbeit verstanden, die Arbeitnehmende ganz oder teilweise, regelmässig oder unregelmässig von zu Hause aus

verrichten. [...]»² Homeoffice ist somit nicht in allen Branchen möglich.³ Auch beim Homeoffice handelt es sich aber um einen Einzelarbeitsvertrag⁴ oder ein öffentliches Dienstverhältnis⁵ und es kommen weiterhin dessen Regeln zur Anwendung. Insbesondere ist neben Art. 319ff. OR auch das Arbeitsgesetz anwendbar. Nachfolgend sollen insbesondere Rechtsfragen im Zusammenhang mit den privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen erörtert werden.⁶

besonderen Konstellationen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz, bejaht werden, ist im Allgemeinen aber zu verneinen.⁹

Möglich wäre, dass der Arbeitsvertrag oder ein GAV bereits Regelungen vorsieht, welche dem Arbeitnehmer ein Recht auf Homeoffice eingestehen.

1.2 Homeoffice auf Weisung

Aus dem Unterordnungsverhältnis, das eines der Wesensmerkmale des Arbeitsvertrags ist, ergeben sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers (Art. 321d Abs. 1 OR) und die Pflicht zur Befolgung von Weisungen. Weisungen dienen der Konkretisierung des Arbeitsverhältnisses und werden einseitig durch den Arbeitgeber erlassen.

Es wird davon ausgegangen, dass dem Arbeitgeber kein allgemeines Weisungsrecht zur Anordnung von Homeoffice zusteht. Aufgrund der Treupflicht des Arbeitnehmers kann dieser allerdings in gewissen Situationen verpflichtet sein, einer Homeoffice-Aufforderung Folge zu leisten, etwa bei erkälteten, aber arbeitsfähigen Arbeitnehmern.¹⁰ Möglich wäre unter Umständen die Einführung von Homeoffice durch den Arbeitgeber mittels Änderungskündigungen.¹¹

Möglich sind in der Regel zudem sogenannte Mobilitätsklauseln in den Arbeitsverträgen, welche dem Arbeitgeber das Recht einräumen, das Homeoffice einseitig anzuordnen. Ordnet der Arbeitgeber, gestützt auf eine solche Mobilitätsklausel, das Homeoffice an, so ist der Arbeit-

1. Zustandekommen des Homeoffice

Die Parteien eines Arbeitsvertrags können das Homeoffice grundsätzlich frei vereinbaren. Schriftform ist nicht notwendig. In der juristischen Literatur wird empfohlen, insbesondere zu den nachfolgenden Punkten eine schriftliche Regelung zu treffen, da in diesen Bereichen die meisten Unklarheiten und Fragen auftauchen:⁷

- Umfang des Homeoffice
- Ausstattung und Finanzierung
- Regelung der Arbeitszeiten sowie Erreichbarkeit
- Arbeitszeiterfassung
- Gesundheitsschutz
- Regelung der Geheimhaltung und des Datenschutzes
- Versicherungsfragen
- Haftung des Arbeitnehmers

1.1 Homeoffice auf Wunsch des Arbeitnehmers

Viele Arbeitsverträge sehen allerdings (noch) keine Regelungen zum Homeoffice vor. Somit stellt sich die Frage, ob sich ein Arbeitnehmer auch auf seinen alleinigen Wunsch hin ins Homeoffice begeben darf. In solchen Fällen steht es grundsätzlich im Ermessen des Arbeitgebers, ob er die Arbeit im Homeoffice bewilligen will. Es besteht kein Anspruch auf Homeoffice.⁸ Allerdings kann das Gewähren von Homeoffice unter dem Aspekt des Gesundheitsschutzes geboten sein. Im Zusammenhang mit der Coronapandemie galt zudem für besonders gefährdete Arbeitnehmer, dass diese ihre Arbeit von zu Hause aus erledigen durften. Die Frage, ob dieser Kategorie von Arbeitnehmern dieses Recht auch nach Beendigung der Pandemie, gestützt auf die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, zukommen soll, kann höchstens in

nehmer im Allgemeinen zur Leistung der Arbeit im Homeoffice verpflichtet.¹²

2. Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes (ArG)

In sachlicher Hinsicht gilt das ArG für alle privaten und öffentlich-rechtlichen Betriebe (Art. 1 ArG), auch wenn die Arbeit von zu Hause aus erfolgt. Das ArG sieht nur wenige Ausnahmen vor.

Die Anwendbarkeit des Homeoffice hat zur Folge, dass insbesondere die Arbeits- und Ruhezeitsvorschriften des Arbeitsgesetzes zur Anwendung gelangen. Somit dürfen die Höchstarbeitszeiten (45 oder 50 Stunden pro Woche) nicht überschritten werden. Als Arbeitszeit gilt gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 diejenige Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers hält. Für das Homeoffice bedeutet dies, dass auch die Zeit, in welcher sich der Arbeitnehmer bloss zur Verfügung des Arbeitgebers hält, als (in der Regel bezahlte) Arbeitszeit gilt.¹³ Überzeit ist eingeschränkt zulässig. Beginn und Ende der täglichen Arbeit müssen innerhalb von 14 Stunden liegen (Art. 10 Abs. 3 ArG). Der Arbeitgeber ist für die Einhaltung der Arbeitszeitsvorschriften verantwortlich.

Aufgrund der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes auch für Arbeitnehmer,¹⁴ welche ihre Arbeit im Homeoffice verrichten, gilt die Pflicht,¹⁵ regelmässige Pausen wie folgt einzuschalten:¹⁶

- 15 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 5,5 Stunden;
- 30 Minuten bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 7 Stunden;
- 1 Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als 9 Stunden;
- Pausen müssen um die Mitte der Arbeitszeit angesetzt werden; bei mehr als 5,5 Stunden Arbeitszeit ohne Pause sind zusätzlich 15 Minuten Pause zu geben (Art. 18 ArGV 1).

Sodann gilt auch im Homeoffice das Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot. Das heisst, dass zwischen 23 Uhr und 5 Uhr sowie am Sonntag grundsätzlich nicht gearbeitet werden darf, unter Vorbehalt der Ausnahmen des ArG.

Der Arbeitgeber ist dafür verantwortlich, dass die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes eingehalten werden. So muss er insbesondere eingreifen, wenn in der Nacht oder am Sonntag etwa E-Mails verschickt werden.¹⁷

3. Arbeitszeiterfassung

Auch im Homeoffice gilt die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nach Art. 46 ArG. Der Arbeitgeber muss auch im Zusammenhang mit der Homeoffice-Arbeit in der Lage sein, den Behörden die

entsprechende Dokumentation zur Verfügung stellen zu können.¹⁸ Somit ist der Arbeitgeber primär verantwortlich, dafür zu sorgen, dass die Arbeitszeiten von den Arbeitnehmern, auch im Homeoffice, erfasst werden. Es empfiehlt sich für die Arbeitgeber, via Arbeitsvertrag oder Weisung festzuhalten, dass die Arbeitnehmer zur Erfassung ihrer Arbeitszeiten verpflichtet sind. Grundsätzlich gilt die Regelung, dass die Dauer und die Lage der geleisteten Arbeitszeit, die Pausen von einer halben Stunde und mehr sowie die Ruhetage lückenlos erfasst werden müssen (Art. 73 ArGV 1).¹⁹

Hiervon gibt es die folgenden Ausnahmen: Gemäss Art. 73a ArGV 1 ist es möglich, auf der Grundlage eines Gesamtarbeitsvertrags und mit der schriftlichen Zustimmung des betreffenden Arbeitnehmers von der Erfassung der Arbeitszeit für diesen Arbeitnehmer ganz abzusehen, wobei diese Regelung nur für Mitarbeitende zur Anwendung gelangen kann, sofern die entsprechenden Arbeitnehmer über ein Bruttojahreseinkommen (inklusive Boni) vom mehr als 120 000 Franken verfügen und bei ihrer Arbeit über eine grosse Gestaltungs- und Zeitautonomie verfügen. Mit Art. 73b ArGV wurde die Möglichkeit einer stark vereinfachten Arbeitszeiterfassung eingeführt. Für die Anwendbarkeit dieser Vereinfachung braucht es eine kollektive Vereinbarung mit der Arbeitnehmervertretung. Sofern keine solche besteht, hat die Mehrheit der Arbeitnehmer der Einführung der Erleichterung zuzustimmen. Bei Betrieben mit weniger als 50 Mitarbeitenden kann dies auch auf individueller Grundlage eingeführt werden.

Unabhängig davon, ob der Arbeitgeber die entsprechende Pflicht an Dritte – insbesondere an die Arbeitnehmer – überträgt oder ob er selbst der Arbeitszeiterfassung nachkommt, verbleibt die Verantwortung für die korrekte Erfassung der Arbeitszeit beim Arbeitgeber, welcher auch zu prüfen hat, ob die entsprechenden Dritten ihrer Verpflichtung nachkommen.²⁰

4. Grössere Flexibilität bei der Arbeit?

Die Arbeit im Homeoffice würde es einem Arbeitnehmer grundsätzlich erlauben, seine Arbeitszeit frei einzuteilen, unter Vorbehalt der zwingenden Vorschriften des Arbeitsgesetzes. Doch ist hier zu beachten, dass die zeitliche Flexibilität nicht zwingend ist. Auch im Rahmen des Homeoffice ist es somit möglich, dass die Arbeitszeiten fest vorgeschrieben sind, es ist der jeweilige Arbeitsvertrag massgebend. Dies steht zwar im Widerspruch zu den Wunschvorstellungen des Homeoffice, doch kann es gerade aufgrund der Arbeitsorganisation geboten sein, auch für Arbeitnehmer im Homeoffice die Arbeitszeit rela-

tiv starr festzulegen. Will der Arbeitgeber sicherstellen, dass er eine vereinbarte Struktur des Homeoffice auch wieder ändern kann, muss er die entsprechenden Modalitäten vertraglich als Weisung deklarieren. Wird die Struktur des Homeoffice hingegen mit dem Arbeitnehmer vereinbart, kann sie nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers wieder angepasst werden.

In jedem Fall ist darauf zu achten, dass die Arbeitszeit und die Freizeit nicht vermischt werden.

5. Entschädigung von Arbeitsgeräten und Material

Gerade im Zusammenhang mit dem immer mehr verbreiteten Homeoffice stellt sich die Frage, welche Auslagen und Arbeitsgeräte einem Arbeitnehmer zu ersetzen sind, die bei ihm anfallen. Hier sind die Bestimmungen des Einzelarbeitsvertrags einschlägig, nämlich Art. 327 OR (Arbeitsgeräte und Material) sowie Art. 327a OR (Auslagen).

5.1 Entschädigung von Auslagen

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen (Spesen) zu ersetzen. Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann als Auslagenersatz eine feste Entschädigung, wie namentlich ein Taggeld oder eine pauschale Wochen- oder Monatsvergütung, festgesetzt werden, durch die jedoch alle notwendig entstehenden Auslagen gedeckt werden müssen. Hingegen ist es unzulässig, die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise durch den Arbeitnehmer tragen zu lassen.²¹

Grundsätzlich gilt somit vollständiger Spesenersatz, wobei auch Pauschallösungen zulässig sind. Unzulässig sind Abreden, wonach der Arbeitnehmer die notwendigen Auslagen ganz oder teilweise selber zu tragen hat.

Diese Regelung gilt auch für das Homeoffice; auch hier hat der Arbeitgeber alle anfallenden Kosten zu tragen, etwa für Strom, Internet, Telefon usw., sofern diese notwendig sind. Nutzt der Arbeitnehmer freiwillig private Geräte (etwa ein Notebook), obgleich ihm solche auch vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wurden, sind Reparaturkosten dieser Geräte nicht vom Arbeitgeber zu tragen.²²

Im Entscheid BGer 4A_533/2018 vom 23.4.2019 hielt das Bundesgericht zudem fest, dass auch Mietkosten bei der Arbeit im Homeoffice zu entschädigen seien. So wurde ein Arbeitgeber verpflichtet, sich an den Mietkosten eines Arbeitnehmers zu beteiligen, dies ohne Berücksichtigung der Frage, ob die für das Homeoffice benutzten Zimmer auch ohne das Homeoffice gemietet worden wären. Für den Ersatz gewisser Mietkosten war für das Bundesgericht allerdings von Bedeutung, ob der Arbeitgeber dem Arbeitneh-

mer einen dauernden und geeigneten Arbeitsplatz zur Verfügung stellt oder nicht. Steht dem Arbeitnehmer ein Arbeitsplatz zur Verfügung, so ist keine Entschädigung für die Miete geschuldet. Eine Entschädigung für die Miete scheidet in der Regel auch in denjenigen Fällen aus, wo der Wunsch zum Homeoffice vom Arbeitnehmer ausgeht oder dieser nach dem Ende der pandemiebedingten behördlichen Anordnung des Homeoffice nicht mehr an den Arbeitsplatz zurückkehren will.

Aus steuerlicher Sicht ist das Folgende zu beachten: Sofern ein steuerpflichtiger Arbeitnehmer regelmässig einen wesentlichen Teil seiner beruflichen Tätigkeit (ca. zwei volle Tage pro Woche im Durchschnitt) zu Hause erledigen muss, weil der Arbeitgeber kein geeignetes Arbeitszimmer zur Verfügung stellt und ein Raum hierfür ausgeschrieben wird, der zur Hauptsache beruflichen und nicht privaten Zwecken dient, darf der steuerpflichtige Arbeitnehmer die Kosten für dieses Zimmer steuerlich in Anschlag bringen (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. c DBG). Wird ein Arbeitszimmer hauptsächlich, aber nicht ausschliesslich für berufliche Zwecke verwendet, so ist der für die private Nutzung anfallende Kostenanteil den Lebenshaltungskosten zuzurechnen. Mithin ist also nur ein Teil der auf dieses Zimmer entfallenden Kosten steuerlich abzugsfähig.

5.2 Arbeitsgeräte

Das Arbeitsrecht sieht vor, dass, sofern im Arbeitsvertrag nichts anderes vereinbart ist, der Arbeitgeber die Geräte und das Material für den Arbeitseinsatz bereitstellen muss (Art. 327 Abs. 1 OR). Kommt der Arbeitgeber dieser Verpflichtung nicht nach und kann der Arbeitnehmer daher seine Arbeitsleistung nicht erbringen, bleibt der Lohn geschuldet (Art. 324 OR).²³

Stellt der Arbeitnehmer im Einverständnis mit dem Arbeitgeber das Material und die Geräte selber zur Verfügung, so hat er hierfür Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 327 Abs. 2 OR), namentlich auf die Amortisations- und Wartungskosten. Zu beachten ist, dass auch die Arbeitsplatzeinrichtung wie etwa das Pult und der Stuhl zu den Arbeitsgeräten gehören.²⁴

Arbeitet der Arbeitnehmer aber vorwiegend im Betrieb und hat er lediglich die Möglichkeit, von zu Hause aus zu arbeiten, so wird in der Praxis angenommen, dass der Arbeitgeber seinen Pflichten zur Bereitstellung eines Arbeitsplatzes nachgekommen ist und somit grundsätzlich keine weiteren Kosten zu übernehmen sind. Beim Desk-Sharing-Modell ist dies in der Regel nicht der Fall. Hier steht dem Arbeitnehmer an gewissen Tagen kein Arbeitsplatz zur Verfügung, womit der Arbeitgeber die Arbeitsgeräte zu Hause bereitstellen muss.²⁵

Für das Homeoffice ist sodann stets zu prüfen, ob die im Büro zur Verfügung stehenden Mittel

wie PC, Telefon usw. auch im Homeoffice benützt werden können oder nicht. Nur wenn keine Geräte des Arbeitgebers für das Homeoffice zur Verfügung stehen, besteht ein Anspruch auf Entschädigung. Wenn allerdings die eigenen Geräte des Arbeitnehmers benützt werden, so sind die Reparatur- und Wartungskosten wiederum als Auslagen durch den Arbeitgeber zu tragen.

Im Rahmen der Arbeitsgeräte grundsätzlich zulässig ist, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine andere Regelung treffen, wonach auch bei Beschaffung der Arbeitsgeräte durch den Arbeitnehmer keine Entschädigung geschuldet ist.

6. Überwachung im Homeoffice

Aufgrund der räumlichen Distanz sind Arbeitgeber vermehrt versucht, ihre Arbeitnehmer im Homeoffice mittels technischer Hilfsmittel zu überwachen. Die technische Überwachung von Arbeitnehmern, insbesondere auch Homeoffice, unterliegt jedoch verschiedenen rechtlichen Schranken.

Die Überwachung des Arbeitnehmers im Homeoffice stellt eine Datenerhebung dar. Deshalb sind die entsprechenden datenschutzrechtlichen Einschränkungen zu beachten. Die rechtlichen Grundlagen für die Einschränkungen der Überwachung sind:²⁶

- Art. 328b OR: Der Arbeitgeber darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz. Somit darf ein Arbeitgeber Angaben zur Person des Arbeitnehmers, Unterlagen zur Aus- und Weiterbildung sowie zur beruflichen Erfahrung nur verwenden und aufbewahren, wenn diese einen engen Zusammenhang zum betreffenden Arbeitsverhältnis aufweisen.
- Art. 4 DSGVO: Das Datenschutzgesetz verlangt die Verhältnis- und Zweckmässigkeit sowie die Transparenz von Datenbearbeitungen. Verhältnismässigkeit verlangt insbesondere, dass Überwachungsmaßnahmen nur so weit gehen, als sie dem vorbestimmten Zweck dienen, und dass der Zweck nicht auf anderen Wegen mit milderem Mitteln erreicht werden kann. Transparenz bedeutet, dass der Arbeitnehmer – mindestens in allgemeiner Form – vorgängig über die Kontrolle informiert wird. Hier empfiehlt sich allenfalls ein Überwachungsreglement. Dass Überwachungsmaßnahmen nicht gegen geltendes Recht verstossen dürfen, versteht sich von selbst. Unzulässig ist daher die permanente Überwachung der Benutzung des Internets, des E-Mail-Verkehrs und des Telefons.²⁷

Sodann dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten von Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen, nicht eingesetzt werden (Art. 26 ArGV3). Sofern solche Systeme aus anderen Gründen erforderlich sind, sind diese so zu gestalten bzw. anzuordnen, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmer dadurch nicht beeinträchtigt werden. Auf die Verwendung der ermittelten Daten ist sodann das Datenschutzgesetz anwendbar.²⁸

Der technischen Überwachung im Homeoffice sind daher erhebliche Schranken gesetzt.²⁹

7. Mögliche Haftung des Arbeitnehmers bei Cyberattacken

Cyberangriffe sind immer mehr verbreitet. Gerade im Homeoffice scheinen die Arbeitnehmer einem erhöhten Risiko ausgesetzt. Im Zusammenhang mit der Datensicherheit und dem Schutz vor Cyberattacken werden verschiedene Schutzmassnahmen postuliert (insbesondere von den kantonalen Datenschutzbeauftragten), welche es Cyberhackern erschweren sollen, unberechtigt Zugriff auf fremde Daten zu erlangen, was oft in Erpressungsversuchen mündet, sofern es diesen Cyberhackern gelingt, die Daten bzw. den Zugang zu diesen durch den Berechtigten zu blockieren.

In der Praxis kommen vor allem die nachfolgenden Schutzmassnahmen in Betracht, welche auch von einzelnen Arbeitnehmern umgesetzt werden können:

- Updates: Es ist darauf zu achten, dass regelmässig Updates installiert werden. Dadurch können in der Regel Softwareschwachstellen eliminiert werden.
- Passwörter: Es sind sogenannte starke Passwörter zu verwenden. Zudem sollten nicht für alle Services die gleichen Passwörter verwendet werden. Die Passwörter sollten nicht weitergegeben werden. Dies kann sich insbesondere dann als schwierig erweisen, wenn der Geschäftscomputer auch noch für andere Zwecke verwendet wird.
- Schutz von Personendaten und Informationen: Die Daten sind auch zu Hause vertraulich zu behandeln und es sollte darauf geachtet werden, dass diese auch vor Familienmitgliedern verborgen bleiben. Geschäftliche Daten sind zu verschlüsseln, Privates ist von Geschäftlichem zu trennen, auch bei der Ablage.
- Einsatz von E-Mails: Es wird dringend davon abgeraten, den geschäftlichen E-Mail-Account auch für private Zwecke zu verwenden.
- Schutz vor Phishing: Verdächtige bzw. unbekannte E-Mails, insbesondere deren Anhänge, sollten auf keinen Fall geöffnet werden. Ebenso sollten keine unbekanntenen Links geöffnet werden.

- Datenverlust: Unbeabsichtigter Datenverlust ist den Datenverantwortlichen sofort zu melden, damit adäquate Schutzmassnahmen ergriffen werden können.

Im Rahmen des Arbeitsvertragsrechts haftet grundsätzlich jede Partei der anderen für Schäden, welche sie durch Vertragsverletzung verursacht. Das Prinzip ist das gleiche wie im übrigen Vertragsrecht. Als Vertragsverletzung kommt insbesondere die Verletzung der Arbeitspflicht, der Treuepflicht und der Sorgfaltspflicht infrage. Gemäss Art. 321e Abs. 1 OR ist ein Arbeitnehmer für Schäden verantwortlich, die er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügt. Allerdings hat der Arbeitnehmer nur für das in Art. 321e Abs. 2 OR vorgegebene Sorgfaltsmass einzustehen. Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrads oder der Fachkenntnisse, die für die Ausführung der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen. Es gibt somit keine allgemein gültige Regel. Es wird also auf einen sogenannten individuellen Sorgfaltsmassstab abgestellt.³⁰

Daraus folgt etwa, dass der nicht ausgebildete Hilfsarbeiter für den gleichen Fehler nicht im gleichen Mass haftbar ist wie der langjährige, bestens qualifizierte Mitarbeiter. Auf der anderen Seite ist die Überwachungspflicht des Arbeitgebers entsprechend grösser, wenn er mit unqualifizierten Arbeitnehmern zu tun hat.

Hält der Arbeitnehmer die vorgenannten Schutzmassnahmen im Zusammenhang mit der Datensicherheit nicht ein und kommt es zu einem Cyberangriff, welcher nachweislich auf die Unterlassung des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, so ist der Arbeitnehmer grundsätzlich haftbar. In der Regel muss er aber nur bei Vorsatz den vollen Schaden ersetzen.³¹ Zu prüfen ist allerdings stets, ob es dem Arbeitnehmer möglich ist, die Abwehrmassnahmen selbst, ohne Mitwirkung des Arbeitgebers, zu ergreifen. Insbesondere im Zusammenhang mit notwendigen Updates liegt die primäre Verantwortung klar beim Arbeitgeber.

8. Gesundheitsschutz

Auch im Homeoffice ist der Arbeitgeber für den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer verantwortlich. Es ist nämlich in Bezug auf den Gesundheitsschutz irrelevant, ob die Arbeit beim Arbeitnehmer zu Hause oder im Büro erledigt wird, allerdings kann es sich für einen Arbeitgeber als schwierig erweisen, entsprechende Weisungen zu kontrollieren.³²

Der Arbeitgeber hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs oder Haushalts angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann (Art. 6 ArG und Art. 328 OR).

Aus dieser Pflicht wird auch abgeleitet, dass der Arbeitgeber für ergonomisch und hygienisch gute Arbeitsbedingungen zu sorgen und für einen einwandfreien Arbeitsplatz zu sorgen hat.³³ Um dies zu gewährleisten, muss der Arbeitgeber den Arbeitsplatz im Homeoffice beurteilen, bevor die Homeoffice-Arbeit bewilligt oder vereinbart wird. Nur so kann der Arbeitgeber seinen Pflichten in Bezug auf den Gesundheitsschutz nachkommen.³⁴

Auch im Homeoffice sind die folgenden Anforderungen an den Arbeitsplatz zu erfüllen.

8.1 Anforderungen an den Raum

Es muss so viel Raum vorhanden sein, dass sich der Arbeitnehmer bei seiner Tätigkeit ungehindert bewegen kann (Art. 24 Abs. 1 ArGV3). Der Raum muss zudem natürlich oder künstlich beleuchtet sein. In den Arbeitsräumen soll Tageslicht vorhanden sein, welches der Art und den Anforderungen der Arbeit angepasste Sehverhältnisse gewährleistet (Art. 15 ArGV3). Überdies soll der Raum natürlich oder künstlich belüftet sein (Art. 16 und Art. 17 ArGV3). Bei natürlicher Belüftung sollen folglich Dachlichter und Fassadenfenster, bei künstlicher Belüftung diese der Art des Betriebs angepasst werden. Jeglicher Lärm oder Vibrationen sind zu vermeiden, wobei der Arbeitgeber gehalten ist, Vorkehrungen zu treffen.

8.2 Anforderungen an den Arbeitsplatz

Der Arbeitsstuhl muss individuell verstellbar sein und darf die optimale Sitzhaltung nicht verhindern. Die Arbeitsfläche sollte bei Bildschirmarbeit eine Mindestdiefe von 80 cm und eine Mindestbreite von 120 cm aufweisen, wobei sie nicht blenden darf (Reflexionsgrad < 50%), die Körperwärme nicht ableiten darf und die Kanten abgerundet sind. Bezüglich Höhe der Arbeitsfläche wird differenziert, ob die Arbeit sitzend oder stehend verrichtet wird. Bei stehender Arbeit ist die Ellenbogenhöhe massgebend. Muss eine feine Arbeit, beispielsweise Zeichnen, verrichtet werden, so beträgt die Arbeitshöhe 5–10 cm über der Ellenbogenhöhe, wobei eine Abstützung der Unterarme notwendig ist. Wird eine Arbeit manuell verrichtet, so beträgt die Arbeitshöhe 5–10 cm unter der Ellenbogenhöhe. Bei sitzender Arbeit ist die Arbeitshöhe 5–10 cm über der Ellenbogenhöhe für

Präzisionsarbeiten mit kurzer Sehdistanz vorgesehen (beispielsweise der Uhrmacher, welcher die Uhr unter der Lupe montiert). Diesem sind auch eine Abstützung der Vorderarme bzw. Handballen zu gewährleisten. Wird hingegen Bildschirm-, Schreib- oder Lesearbeit verrichtet, so entspricht die Arbeitshöhe der Ellenbogenhöhe. Zur Einrichtung der Arbeitsfläche gehört zudem – bei einem Bildschirmarbeitsplatz – das Vorhandensein einer externen Maus und Tastatur, Bewegungsraum um die Arbeitsfläche, gute Arbeitsplatzbeleuchtung und eine Sicht ins Freie bei ständigen Arbeitsplätzen.³⁵

8.3 Psychische Belastungen im Homeoffice

In der Literatur³⁶ werden verschiedene Ursachen genannt, welche zu einer psychischen Belastung beim Arbeitnehmer im Homeoffice führen können, insbesondere:

- Fehlender Austausch mit Kollegen
- Zu wenig klare Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit
- Arbeiten zu unüblichen Zeiten (Abend)
- Grundspannung der ständigen Erreichbarkeit
- Unzureichende Arbeitsausstattung, beispielsweise schlechte Internetverbindung
- Störungen und Ablenkungen durch den Alltag

Auch diese Ursachen sollen sachgerecht behoben werden, sodass psychische Belastungen vermieden werden können. So ist es empfehlenswert, arbeitsorganisatorische Vorkehrungen zu treffen, welche festlegen, wann ein Arbeitnehmer erreichbar sein muss. Er ist auch auf die Arbeits- und Ruhezeiten aufmerksam zu machen, sodass eine Trennung von Arbeit und Freizeit auch im Homeoffice möglich wird. Mittels Mitarbeitergesprächen – auch online – kann das physische und psychische Befinden des Arbeitnehmers periodisch abgeholt werden. Dies soll regelmässig gemacht werden, um frühzeitig reagieren zu können. ■

¹ Philippe Nordmann/Frédéric Barth, Grundlagen der Homeoffice-Arbeit, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, S. 4.

² JAR, 2019, Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2019, S. 46.

³ Luca Cirigliano/Nic Frei, Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice, Jusletter, 7. März 2022, N 4.

⁴ Zu den Qualifikationsmerkmalen des Arbeitsvertrags siehe Christian Gersbach/Marcel Gross, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Art. 319 N 2 ff., Bern 2021.

⁵ In beiden Fällen besteht ein Subordinationsverhältnis des Arbeitnehmers.

⁶ Das Homeoffice ist vom sog. Heimarbeitsvertrag zu unterscheiden. Hier kommen Art. 351 ff. OR sowie das Heimarbeitsgesetz sowie die Heimarbeitsverordnung zur Anwendung; siehe Monika Bachmann Dietz, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Art. 351 ff. OR.

⁷ SECO, Arbeiten zu Hause – Homeoffice, 2019, S. 12; Kurt Pärli/Jonas Eggmann, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in: Jusletter 22. Februar 2021, N 64;

- Philippe Nordmann/Frédéric Barth, Grundlagen der Homeoffice-Arbeit, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, S. 21; vgl. auch den Mustervertrag zum Homeoffice von Luca Cirigliano/Jens Niemeyer, in: Jusletter 30. November 2020, N 86.
- ⁸ Isabelle Wildhaber, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, in: ZSR Sondernummer/2020, S. 174.
- ⁹ Kurt Pärli/Jonas Eggmann, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in: Jusletter 22. Februar 2021, N 71; Boris Etter/Johannes Sokoll, Gesundheitsschutz im Homeoffice, in: SJZ 2020, S. 697.
- ¹⁰ Kurt Pärli/Jonas Eggmann, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in: Jusletter 22. Februar 2021, N 73.
- ¹¹ Luca Cirigliano/Nic Frei, Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice, Jusletter, 7. März 2022, N 12. Hier sind allerdings bestimmte Voraussetzungen zu beachten, siehe insbesondere Nicolas Facincani/Nena Bazzell, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Art. 335 N 27 ff.
- ¹² Siehe hierzu auch Pascal Domenig, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, S. 70 ff.
- ¹³ So auch Kurt Pärli/Jonas Eggmann, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in: Jusletter 22. Februar 2021, N 33 f.
- ¹⁴ Es ist allerdings im Einzelfall zu prüfen, ob eine Ausnahme nach Art. 27 ArG und der ArGV 2 greift.
- ¹⁵ Art. 15 ArG; siehe hierzu Kurzkommentar ArG Arbeitsgesetz (KUKO ArG-), Balz Gross/Séverine Frunz/Pierre-Yves Marro, Art. 15 N 5 ff., Basel 2018.
- ¹⁶ Zudem sind die Ruhezeiten nach Art. 15a ArG einzuhalten. Es ist dem Arbeitnehmer zwischen zwei Arbeitstagen eine Ruhezeit von elf Stunden zu gewähren.
- ¹⁷ Isabelle Wildhaber/Thomas Pietruszak, Gesundheitsschutz und Arbeitszeitvorschriften im Homeoffice, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, S. 69.
- ¹⁸ Kurt Pärli/Jonas Eggmann, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in: Jusletter 22. Februar 2021, N 39.
- ¹⁹ KUKO ArG-Alfred Blesi, Art. 46 N 17 ff.
- ²⁰ Das ArG ist für Arbeitnehmende, die eine höhere leitende Tätigkeit ausüben, nicht anwendbar. Somit müssen diese die Arbeitszeit auch nicht erfassen. Art. 9 ArGV 1 definiert die höhere leitende Tätigkeit wie folgt: Eine höhere leitende Tätigkeit übt aus, wer aufgrund seiner Stellung und Verantwortung sowie in Abhängigkeit von der Grösse des Betriebs über weitreichende Entscheidungsbefugnisse verfügt oder Entscheide von grosser Tragweite massgeblich beeinflussen und dadurch auf die Struktur, den Geschäftsgang und die Entwicklung eines Betriebs oder Betriebsteils einen nachhaltigen Einfluss nehmen kann.
- ²¹ Dominik Probst, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Art. 327a N 16.
- ²² Kurt Pärli/Jonas Eggmann, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in: Jusletter 22. Februar 2021, N 49.
- ²³ Raffael Blattmann/Michèle Stutz, Kostentragung im Homeoffice, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, S. 27 f.
- ²⁴ Luca Cirigliano/Nic Frei, Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice, Jusletter, 7. März 2022, N 24.
- ²⁵ Luca Cirigliano/Nic Frei, Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice, Jusletter, 7. März 2022, N 25.
- ²⁶ Siehe hierzu auch Martina Arioli, Rechtlicher Rahmen der Datenbearbeitung im Homeoffice, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, S. 114 ff.
- ²⁷ Die Melde- und Analysestelle des Bundes (MELANI) hat hierzu Guidelines zusammengestellt. Diese sollen helfen, die Risiken im Zusammenhang mit Cyberangriffen zu minimieren; siehe hierzu auch Luca Cirigliano/Nic Frei, Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice, Jusletter, 7. März 2022, N 34 ff.
- ²⁸ Zum Ganzen: Clara-Ann Gordon/Eric Neuenschwander/Philippe Schmid, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Art. 328b N 33 ff.
- ²⁹ Zum Einsatz von Spyware siehe etwa Martina Arioli, Rechtlicher Rahmen der Datenbearbeitung im Homeoffice, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, S. 143 f.
- ³⁰ Dominik Milani, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Art. 321e N 21 ff.
- ³¹ Siehe hierzu auch etwa Simon Hampl, Haftung im Homeoffice, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, S. 90.
- ³² Boris Etter/Johannes Sokoll, Gesundheitsschutz im Homeoffice, in: SJZ 2020, S. 698 f.
- ³³ Vgl. auch Luca Cirigliano/Nic Frei, Zwingende Arbeitgeberpflichten bei Einrichtung von Homeoffice, Jusletter, 7. März 2022, N 33.
- ³⁴ Boris Etter/Johannes Sokoll, Gesundheitsschutz im Homeoffice, in: SJZ 2020, S. 699.
- ³⁵ Vgl. zum Ganzen: SECO, Prüfmittel Gesundheitsrisiken – Belastungen für Rücken, Muskeln und Sehnen bei der Arbeit, 2009 (überarbeitet 2016).
- ³⁶ Isabelle Wildhaber/Thomas Pietruszak, Gesundheitsschutz und Arbeitszeitvorschriften im Homeoffice, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, S. 59 ff.