

Kurt Pärli / Jonas Eggmann

Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice

Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie und darüber hinaus

Erstmals hat der Bundesrat im Januar eine befristete Homeoffice-Pflicht für alle Arbeitnehmenden angeordnet, wo dies betrieblich möglich ist. Es stellt sich somit die Frage, ob die mit Corona verbundene starke Zunahme des Homeoffice zur neuen Normalität wird. Der Beitrag widmet sich deshalb vorab den Veränderungen in der Arbeitswelt durch Homeoffice. Er stellt ausführlich die arbeitsrechtlichen Regelungen der Arbeits- und Ruhezeiten sowie zu Arbeitsgeräten, Material und Auslagen im Homeoffice dar. Berücksichtigt werden dabei auch Fragen zur Durchsetzung des Arbeitsgesetzes, zum Datenschutz, zur Unfallversicherung sowie zum Steuerrecht.

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Kurt Pärli / Jonas Eggmann, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, in: Jusletter 22. Februar 2021

Inhaltsübersicht

1. Ausgangslage
2. Veränderungen in der Arbeitswelt durch Homeoffice
3. Grundsätzliche arbeitsrechtliche Einordnung des Homeoffice
 - 3.1. Definition von Homeoffice und Abgrenzungen
 - 3.2. Anknüpfungen
 - 3.2.1. Gesetzliche Regelungen zum Arbeitsort
 - 3.2.1.1. Arbeitsort als Erfüllungsort der Arbeitsleistung
 - 3.2.1.2. Arbeitsort als Anknüpfung für Gerichtsstand und anwendbares Recht
 - 3.2.2. Regelungen zur Arbeits- und Ruhezeit
 - 3.2.2.1. Anwendbarkeit des ArG bei Homeoffice
 - 3.2.2.2. Geltung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften sowie Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot
 - 3.2.2.3. Pflicht zur Arbeitszeiterfassung
 - 3.2.3. Regelungen zu Arbeitsgeräten, Material, Auslagen
 - 3.2.3.1. Allgemeines
 - 3.2.3.2. PC, Drucker, Mobiltelefon (Art. 327 OR)
 - 3.2.3.3. Notwendige Auslagen (Art. 327a OR)
 - 3.2.3.4. Kostenübernahme während «Corona-Homeoffice»
 - 3.2.3.5. Exkurs: Betriebsstörung im Homeoffice
 - 3.2.3.6. Steuerliche Folgen des Homeoffice
 - 3.3. Zustandekommen von Homeoffice
 - 3.3.1. Abrede
 - 3.3.2. Auf Wunsch des Arbeitnehmers
 - 3.3.3. Auf Weisung der Arbeitgeberin
 - 3.3.4. Im Zusammenhang mit einer behördlichen Anordnung
4. Weitere ausgewählte Praxisfragen des Homeoffice
 - 4.1. Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse
 - 4.2. Datenschutz und Privatsphäre
 - 4.2.1. Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre des Arbeitnehmers
 - 4.2.2. Datensicherheit – Pflichten der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden
 - 4.3. Gesundheitsschutz im Homeoffice
 - 4.3.1. Allgemeines
 - 4.3.2. Kontrolle und Durchsetzung des Gesundheitsschutzes im Homeoffice
 - 4.4. Unfallversicherungsschutz
 - 4.5. Homeoffice im Ausland
 - 4.6. Homeoffice und betriebliche Mitwirkung
5. Zusammenfassung und Handlungsmöglichkeiten
 - 5.1. Zentrale Erkenntnisse
 - 5.2. Sensibilisierung der Arbeitnehmervertretungen (Personalkommissionen)
 - 5.3. Regelungsmöglichkeiten in GAV und Konkretisierung in den Einzelarbeitsverträgen

1. Ausgangslage¹

[1] Seit genau fünf Wochen gilt die vom Bundesrat vorläufig bis Ende Februar verordnete Homeoffice-Pflicht: «Wo dies aufgrund der Art der Aktivität möglich und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar ist, sorgen die Arbeitgeber dafür, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus erfüllen», hält Art. 10 Abs. 3 der Covid-19-

¹ Der Artikel basiert auf einem Gutachten zuhanden der Gewerkschaft Syndicom.

Verordnung besondere Lage fest.² Bereits davor wurde Homeoffice von den Behörden (in unterschiedlicher Intensität) empfohlen. Für Arbeitnehmende, bei denen die Infizierung mit dem Corona-Virus aufgrund einer Vorerkrankung besonders gefährlich wäre, bestand bis zum letzten Sommer der Grundsatz «Homeoffice first».³ Zudem untersagten die Behörden im letzten Frühling sowie seit dem Herbst wieder in grösserem Ausmass zahlreichen Betrieben die Weiterführung ihrer Geschäftstätigkeit.

[2] «Halten Sie Abstand und befolgen Sie die Hygiene-Massnahmen (v.a. Händewaschen)», lautet(e) eine andere zentrale Botschaft der Behörden an die Bevölkerung. Im Kontext der Arbeitswelt trugen und tragen die Arbeitgebenden gestützt auf Art. 328 OR und auf Art. 6 des Arbeitsgesetzes (ArG) in Verbindung mit der Verordnung 3 zum ArG (ArGV 3) die Verantwortung, die Gesundheit aller Arbeitnehmenden vor einer Ansteckung zu schützen. Zahlreiche Unternehmen und weite Teile der öffentlichen Verwaltung gingen bereits vor der eigentlichen Homeoffice-Pflicht dazu über, Arbeitnehmende, auch solche, die gemäss der einschlägigen Covid-19-Verordnung nicht zur Gruppe der besonders gefährdeten Personen zu zählen sind, ins Homeoffice zu schicken. Zudem wurden Besprechungen und Schulungen mit technischen Hilfsmitteln wie der Software «Zoom» (und ähnlichen Tools) virtuell durchgeführt. Während in einigen Betrieben Homeoffice bereits etabliert war (oft einen bis maximal zwei Arbeitstag(e) pro Woche), betraten andere Unternehmen eigentliches Neuland.

[3] Es stellt sich die Frage, ob die mit Corona verbundene starke Zunahme des Homeoffice zur neuen Normalität wird.

[4] Im Zusammenhang mit den aktuellen Regelungen und Entwicklungen analysiert und beantwortet dieser Artikel folgende Fragen: Zu welchen Veränderungen in der Arbeitswelt führt es, wenn Homeoffice von einer Randerscheinung zum Normalfall wird? Welche tatsächlichen und juristischen Probleme bringt dies mit sich? Welcher Regelungsbedarf bezüglich Homeoffice ergibt sich in Gesamtarbeitsverträgen und (allfällig) im Gesetz? Berücksichtigt werden dabei auch Fragen zur Durchsetzung des Arbeitsgesetzes, zum Datenschutz, zur Unfallversicherung sowie zum Steuerrecht.

[5] Aufgrund dieser Ausgangslage und der aufgeworfenen Fragen bietet sich folgendes Vorgehen an: In einem ersten Schritt (2.) werden anhand einer Auswertung von bestehenden Untersuchungen und eigenen Analysen die Veränderungen in der Arbeitswelt als Folge der Verbreitung von Homeoffice skizziert. Danach wird (3.) das Phänomen «Homeoffice» arbeitsrechtlich grundsätzlich eingeordnet. Die zentralen Fragen «Arbeitsort», «Arbeitszeit» und «Entschädigung für Arbeitsgeräte und Auslagen» werden hier bearbeitet. Auch werden Fallkonstellationen «Homeoffice vereinbart», «auf Wunsch Arbeitgebenden», «auf Wunsch Arbeitnehmenden» und «nach behördlicher Anordnung» aufgegriffen. Danach (4.) wird aus Sonderproblemen wie Datenschutz, Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz sowie Homeoffice im Ausland eingegangen. An dieser Stelle soll vor allem aufgezeigt werden, wie der durch Homeoffice entstehende Verlust an (analogen) sozialen Beziehungen kompensiert werden kann. Schliesslich werden die wichtigsten Erkenntnisse zusammengefasst und Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt (5.).

² Siehe unten Rz. 75 sowie ausführlich zu den Covid-19-Verordnungen KURT PÄRLI/JONAS EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt: Bestandsaufnahme und Würdigung der aktuellen Rechtslage, in: Jusletter 8. Februar 2021, Rz. 11 ff.

³ PÄRLI/EGGMANN (Fn. 2), Rz. 4, 11 ff. m.w.H. zur geltenden Regelung.

2. Veränderungen in der Arbeitswelt durch Homeoffice

[6] Homeoffice ist weit verbreitet. Im Jahre 2019 arbeiten gemäss Angaben des Bundesamtes für Statistik (BFS) 1'000'000 Arbeitnehmer zumindest teilweise im Homeoffice.⁴ Während der Corona-Krise hat sich dieser Anteil massiv erhöht.⁵ Wie lange diese Erhöhung andauert, ist ungewiss. Gemäss einer Untersuchung in Deutschland möchte rund ein Drittel aller Befragten nach dem Ende der Corona-Krise wieder dauerhaft zurück ins Büro. Eine Mehrheit wünscht sich eine Kombination, d.h. entweder mindestens einen Tag in der Woche im Homeoffice tätig sein oder flexibel entscheiden können, ob sie von zu Hause oder im Büro arbeiten.⁶

[7] Homeoffice bringt für die Beschäftigten und die Unternehmen Vorteile, es zeigen sich allerdings auch Probleme. Mehrere Untersuchungen stellen fest, dass die *Arbeitszufriedenheit* bei (teilweisem) Homeoffice *gross* ist. Im Rahmen einer Studie der Fachhochschule Nordwestschweiz (FHNW) und Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften (ZHAW) wurden über 333 Personen befragt. Mehr als 70% fühlen sich im Homeoffice wohl oder sehr wohl und möchten diese Art der Arbeitsorganisation nach der Corona-Krise beibehalten. Die Studie zeigt die Notwendigkeit einer *guten* (digitalen) *Führung* auf. Dazu gehöre der Einsatz von geeigneten Softwaretools und die Implementierung von grundlegenden Führungsprinzipien. Besonders wichtig sei dabei eine gute Empathie der Führungspersonen.⁷ Die positive Wahrnehmung des Homeoffice zeigt sich auch in Untersuchungen vor Corona. So bringt eine Studie aus dem Jahre 2017 zu Tage, dass der *Gewinn an Autonomie* besonders geschätzt wird. Interessant ist auch, dass die Befragten keine stärkere Regulierung wünschen.⁸

[8] Zu den problematischen Seiten des Homeoffice (vor und während Corona) gehören die nicht immer geklärte Frage der *Kostenübernahme* (Raummiete, Internetanschluss, Strom, Papier usw.).⁹ Während der Corona-Krise führte die *Gleichzeitigkeit von Homeoffice und Homeschooling* zu teilweise kaum lösbaren Problemen.¹⁰ Nicht unerwartet wird insbesondere von Seiten der IT-Fachleute auf *Sicherheitsprobleme* beim Homeoffice aufmerksam gemacht.¹¹ Gewarnt wird auch vor sog. «Social Engineering-Angriffen» auf Unternehmungen.¹² Beim mobilen Arbeiten und im Ho-

⁴ Quelle: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kultur-medien-informationsgesellschaft-sport/informationsgesellschaft/gesamtindikatoren/volkswirtschaft/teleheimarbeit.html> (erfasst ist Homeoffice unter dem Begriff «Teleheimarbeit») (alle Websites zuletzt besucht am 1. Februar 2021).

⁵ Siehe die Ergebnisse der im Auftrag der Gewerkschaft Syndicom vom Forschungsinstitut GFS durchgeführten Umfrage. Die Untersuchung kommt zum Schluss, dass rund ein Drittel mehr Arbeitnehmende im Homeoffice tätig waren als vor Corona. Quelle: https://syndicom.ch/fileadmin/user_upload/Web/Website/Dossiers/Homeoffice-Barometer/203139_Homeoffice_Barometer_Kurzpraesi_ent.pdf.

⁶ Quelle: <https://www.security-insider.de/arbeit-nach-der-corona-krise-a-926627/>.

⁷ Die Studie kann hier heruntergeladen werden: <https://www.fhnw.ch/de/die-fhnw/hochschulen/hsw/media-newsroom/news/die-mehrheit-fuehlt-sich-wohl-im-homeoffice>.

⁸ Quelle: https://www.zhaw.ch/storage/psychologie/upload/iap/studie/IAP_STUDIE_2017_final.pdf.

⁹ Gemäss der GFS-Untersuchung (siehe Fn. 5) wurden die Kosten in 45% der Fälle nicht von der Arbeitgeberin übernommen.

¹⁰ Sehr gross wird das Potenzial von Homeoffice auch in einer von Deloitte in Zusammenarbeit mit den Universitäten Wien und Graz durchgeführten Untersuchung eingeschätzt. Homeoffice bildet dabei nur einen Aspekt einer grundsätzlicheren Flexibilisierungsstrategie. Quelle: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/human-capital/at-flexible-working-2019.pdf>.

¹¹ So zeigt eine Untersuchung (Quelle siehe Fn. 6), dass nur 27% der Befragten von ihrer Arbeitgeberin mit kompletter Technik und Verhaltensrichtlinien für die Arbeit im Homeoffice ausgestattet wurden.

¹² ANNE FISCHER/DENNIS SCHMIDT, Social Engineering im Zeitalter von COVID-19 und Home-Office, Compliance Berater, 2020, S. 200 ff. (unter social engineering verstehen die Autorinnen die via Phishing und Vhishing vorgenommene Manipulation von Mitarbeitenden eines Unternehmens).

meoffice sind die Risiken für solche Angriffe besonders gross und erfordern entsprechende Abwehrmassnahmen der Unternehmen und eine hohe Compliance der Mitarbeitenden.¹³ Datenschutzexperten*innen weisen zudem auf heikle *Datenschutzprobleme* hin. So kann der überraschende Nachbarschaftsbesuch im Homeoffice ungewollt Einblicke in sehr sensible Firmenunternehmen zur Folge haben. Auch können geheime Firmendokumente bei fehlender Sorgfalt in die Altpapiersammlung gelangen oder ein entspannt im Garten geführtes geschäftliches Telefongespräch kann von Unbefugten mitgehört werden.¹⁴

[9] Homeoffice muss als Teil eines *generellen Flexibilisierungstrends* gesehen werden. Denkbar sind Arbeitsformen, in denen ausschliesslich zu Hause gearbeitet wird. Solche Formen sind dann allerdings in der Nähe der klassischen Heimarbeit einzuordnen, was zur Anwendung anderer rechtlicher Bestimmungen führt. Auch kann angestrebt werden, Homeoffice im Rahmen eines Auftragsverhältnisses zu vereinbaren. Das kann zu unzulässigen Formen von Scheinselbständigkeit führen.

[10] Ganz generell wird in der betriebswirtschaftlichen Literatur von «nur Homeoffice» abgeraten; die nachteiligen Auswirkungen hinsichtlich sozialer Isolation und fehlender Eingebundenheit in die Arbeitsprozesse und in den Betrieb seien zu gross.¹⁵ Weit verbreitet sind *Mischformen*, wobei die Arbeitnehmenden teils im Homeoffice, teils im Betrieb arbeiten. Auch die mobile Arbeit beim Kunden oder unterwegs trägt zur Flexibilisierung der Arbeit (Zeit und Ort) bei. Da in vielen Fällen für die Arbeit lediglich ein Notebook, eine Internetverbindung und ein Zugang zum Firmennetzwerk erforderlich ist, kann «Homeoffice» auch am Strand, im Café, im Ferienhaus oder im Wald geleistet werden. Gerade die während der Corona-Zeit erfolgte Schulschliessung stellte für viele Arbeitnehmende eine grosse Herausforderung dar, einen ruhigen Ort zum Arbeiten zu finden. Es versteht sich von selbst, dass sich die weiter oben angesprochenen Sicherheits- und Datenschutzprobleme bei solchen Arbeitsorten akzentuieren.

[11] Die Datenschutzthematik betrifft aber nicht nur die Frage, wie weit durch Homeoffice betriebliche Daten Unbefugten zu Gesicht kommen könnten. Bei der Arbeit zu Hause stellt sich für die Arbeitgebenden auch die Frage, wie die Arbeitsleistung kontrolliert werden kann. Dazu stehen verschiedenste technische Überwachungsmethoden und Analysetools zur Verfügung, die regelmässig auch am Arbeitsplatz eingesetzt werden. Sowohl im Betrieb und erst recht in den privaten Räumlichkeiten der Arbeitnehmenden stellen sich dabei Fragen des Persönlichkeits- und Privatsphärenschutzes.¹⁶ Auch der Schutz des Sozial- und Familienlebens der Arbeitnehmenden ist angesichts der Gefahr einer vollständigen Auflösung der Grenze zwischen Arbeit und Freizeit bzw. Familienleben von grosser Bedeutung.¹⁷

[12] Es stellen sich auch Fragen des *Versicherungsschutzes*. Das betrifft zum einen Haftpflichtversicherungsansprüche für Schäden, die ein Arbeitnehmer an Geräten der Arbeitgeberin verursacht

¹³ FISCHER/SCHMIDT (Fn. 12), S. 202 f.

¹⁴ DANIEL KETTIGER, *Datenschutz im Homeoffice*, https://www.weblaw.ch/dam/weblaw_ag/ce/themenseiten/coronavirus/Kettiger_Datenschutzpraxis_06_Homeoffice.pdf, S. 1–4.

¹⁵ So z.B. GUDELA GROTE, *Warum den Arbeitsort flexibel gestalten? Eine Nutzenbetrachtung*, in: Grote (Hrsg.), *Zwischen Produktivität und Lebensqualität: Herausforderungen und Chancen von flexiblen Arbeitsplatzmodellen*, 2011, S. 5 ff; siehe auch LUCA CIRIGLIANO/JENS NIEMEYER, *Homeoffice: rechtliche Regelungen sowie Mustervertrag für die Praxis*, in: Jusletter 30. November 2020, Rz. 15–18 m.w.H.

¹⁶ MIRIAM KULLMANN/ELISABETH GREIF, *Time to Wonder: Covid 19 and the Risks of Home-Office, Regulating for Globalization*, 21. April 2020, S. 1–3.

¹⁷ PASCAL DOMENIG, *Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis*, Diss. St. Gallen 2015, N 190.

oder von Schäden, die an einem privaten Gerät des Arbeitnehmers bei der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit entstehen.¹⁸ Zum anderen stellen sich aber auch sozialversicherungsrechtliche Fragen.

[13] Die Homeoffice-Thematik wurde verschiedentlich auch in der Politik diskutiert.¹⁹ Zu erwähnen ist ein Postulat von Nationalrat Bruno Storni. Storni verlangt vom Bundesrat einen Bericht über die Auswirkungen des Homeoffice. Gemäss Storni habe sich Homeoffice während der Corona-Krise gut bewährt und könne auch in Zukunft zu einer verbesserten Lebens- und Umweltqualität beitragen. Die Auswirkungen auf Mobilität und Umwelt gelte es zu prüfen, ebenso müssten *Arbeitsbedingungen und die arbeitsrechtlichen Fragen* berücksichtigt werden.²⁰

[14] Die zunehmende Verbreitung von Homeoffice hat auch *Auswirkungen auf sozialversicherungsrechtliche Fragen*. Das liegt womöglich nicht offensichtlich auf der Hand und bedarf von daher ein paar Erläuterungen. Einer der zentralen Begriffe des Sozialversicherungsrechts ist derjenige der Arbeitsunfähigkeit. Art. 6 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) hält fest, dass man arbeitsunfähig ist, wenn «eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten» vorliegt. Nach Art. 6 Abs. 2 ATSG wird bei langer Dauer auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt. Die für den Erhalt einer Rentenleistung der Invalidenversicherung erforderliche Erwerbsunfähigkeit liegt (erst) dann vor, wenn sie eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung ein verbleibender ganzer oder teilweiser Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt besteht (Art. 7 ATSG).

[15] Im sozialversicherungsrechtlichen Abklärungsverfahren zur Feststellung von Invalidität zeigen sich in jüngerer Zeit vermehrt Konstellationen, in denen eine Person bei Homeoffice die Arbeitsfähigkeit noch verwerten könnte, nicht aber im Betrieb.²¹ Die vermehrte Verbreitung von Homeoffice wird dazu führen, dass die Sozialversicherungsbehörden «Arbeitsfähigkeit für Homeoffice» stärker berücksichtigen werden. Anders entschied noch das Luzerner Verwaltungsgericht in einem Entscheid aus dem Jahre 2019.²² Arbeitsstellen, die ausschliesslich von zu Hause aus erledigt werden könnten, wären auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt (noch) ausserordentlich

¹⁸ Diese Fragen werden in der arbeitsrechtlichen Literatur unter dem «neudeutschen» Terminus «Bring your own Device» (BYOD) behandelt. Die Probleme betreffen nicht nur Homeoffice. Siehe zum Ganzen: MARK A. REUTTER/SAMUEL KLAUS, Rechtliche Stolpersteine bei «BYOD» Arbeits- und datenschutzrechtliche Gedanken zum aktuellen Trend «Bring Your Own Device» (BYOD), Digma 4/2012, S. 160 ff.

¹⁹ Siehe etwa die Motion Homeoffice und Telearbeit ausbauen und vereinfachen (Nr. 20.3864) und die Parlamentarische Initiative «Mehr Gestaltungsfreiheit bei Arbeit im Homeoffice» (Nr. 16.484) sowie das Postulat (Nr. 20.3529) «Telearbeit. Chancen und Schutz für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer».

²⁰ Postulat (Geschäft-Nr. 20.3188) von NR Bruno Storni «Analyse und Beurteilung der Auswirkungen des Homeoffice auf die Arbeitswelt und den Verkehr während der Gesundheitskrise durch Covid-19 sowie Festlegen von künftigen Szenarien und Fördermassnahmen».

²¹ Zwei Beispiele aus der Rechtsprechung: «[...] etwaige Arbeitstätigkeit dürfe keinen äusseren Druck beinhalten (z.B. Zeitdruck). Denkbar seien beispielsweise Homeoffice-Tätigkeiten», Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, C-107/2014 vom 2. Mai 2017 E. 6.4.1 und «[...] Vor dem Hintergrund der schweren Angststörungen bestehe eine volle Arbeitsunfähigkeit als IT-Spezialist. Er könnte allenfalls im rückwärtigen Raum, vor allem in den eigenen vier Wänden und allenfalls als Webdesigner noch 30% einer Arbeit nachgehen, dies wäre ihm zumutbar. Im Rahmen der Beantwortung der Fragen der kantonalen IV-Stelle hielt der psychiatrische Experte fest, dass der Beschwerdeführer noch drei Stunden täglich ohne Verminderung des Rendements mehrheitlich im rückwärtigen Raum im Homeoffice-Bereich arbeitsfähig sei», Urteil (Bundesverwaltungsgericht) C-4624/2018 vom 19. Dezember 2019 E. 6.7.4.

²² Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 14. Juni 2019, in LGVE 2019 III Nr. 1.

selten, weshalb sie den gesetzlichen Vorgaben von Art. 16 ATSG nicht entsprechen würden. Auf die attestierte Arbeitsfähigkeit für Homeoffice-Tätigkeiten könne deshalb für die Bestimmung des Invalideneinkommens nicht abgestellt werden.²³

[16] Die *Arbeitgebenden* sind gemäss Art. 7c des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung (IVG) bei der Abklärung von Invaliditätsfällen zur *Zusammenarbeit mit der IV-Stelle* verpflichtet. Insbesondere müssen die Arbeitgebenden aktiv mit der IV-Stelle zusammenarbeiten und an der Herbeiführung einer angemessenen Lösung im Rahmen des Zumutbaren mitwirken. Soweit eine zumindest teilweise oder auch vollständige Arbeit im Homeoffice die Arbeitsfähigkeit einer versicherten Person erhalten oder verbessern könnte, müssen die Arbeitgebenden im Rahmen ihrer betrieblichen Möglichkeiten für eine solche Lösung Hand bieten. Das Sozialversicherungsgericht Zürich hielt zu dieser Frage unlängst mit aller Deutlichkeit fest, dass es *nicht Sache der Invalidenversicherung* sei, für Kosten aufzukommen, die mit der Gewährung struktureller Anpassungen durch die Arbeitgeberin, etwa durch Homeoffice, vermieden werden könnten.²⁴ Ob sich aus dieser sozialversicherungsrechtlichen Ausgangslage in arbeitsvertragsrechtlicher Hinsicht ein *durchsetzbarer Anspruch auf Homeoffice* ableiten lässt, bedarf noch gründlicher Analyse.²⁵

[17] Die zunehmende Verbreitung von Homeoffice wird die Thematik der gesundheitlich bedingten Arbeits(un)fähigkeit noch aus anderen Gründen vermehrt in den Vordergrund rücken. Gerade bei ansteckenden Krankheiten (hier ist nicht an den Corona-Virus, sondern generell an Grippe- und an Erkältungsviren zu denken) ist es aus Gründen der öffentlichen Krankheitsbekämpfung nicht sinnvoll, wenn Arbeitnehmende ihre Wohnung verlassen, die öffentlichen Verkehrsmittel benutzen und hustend und niessend die Kolleginnen im Büro oder in der Werkstatt «erfreuen». Die Arbeitgebenden haben hier gestützt auf ihre Fürsorgepflicht gegenüber allen Arbeitnehmenden (also den Erkrankten und den noch Gesunden) nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, diese Arbeitnehmenden nach Hause zu schicken.²⁶ Mit der zunehmenden Verbreitung von Homeoffice stellt sich allerdings die Frage, ob bspw. eine Erkältung auch zu einer Arbeitsunfähigkeit und entsprechend einem Anspruch auf Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgebenden nach Art. 324a OR oder zu einem Anspruch auf Bezug von Krankentaggeldern führt. Ist aus medizinischer Sicht eine Arbeit im Homeoffice noch zumutbar, so besteht die Arbeitsunfähigkeit nicht oder ggf. nur teilweise. Es muss aber davor gewarnt werden, die Hürde für das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit bei der Möglichkeit zu Homeoffice zu hoch zu setzen. Auch Arbeit im Homeoffice ist Arbeit und kann allenfalls zu einer Verschleppung eines Krankheitsgeschehens führen.²⁷

²³ Kantonsgericht Luzern, Urteil vom 14. Juni 2019, in LGVE 2019 III Nr. 1, E. 8.1.

²⁴ Sozialversicherungsgericht, Zürich, Urteil vom 09. Mai 2019, Aktenzeichen IV.2018.01100, E. 4.3.

²⁵ Siehe dazu unten Rz. 68.

²⁶ MICHÈLE SCHNIDER, *Schutz des Arbeitnehmers vor psychischem Druck*, Bern 2017, S. 28 ff.

²⁷ Siehe zum Thema ausführlich KURT PÄRLI, *Presenteeism, its Effects and Costs: A Discussion in a Labour Law Perspective*, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Volume 34, Issue 1 (2018), S. 53 ff.

3. Grundsätzliche arbeitsrechtliche Einordnung des Homeoffice

3.1. Definition von Homeoffice und Abgrenzungen

[18] Der Begriff «Homeoffice» ist weder im Arbeitsvertragsrecht noch im Arbeitsgesetz oder in anderen Erlassen definiert. Das SECO definiert Homeoffice in einer Publikation zu den Fragen des Gesundheitsschutzes und der Rechte und Pflichten von Arbeitnehmenden und Arbeitgebenden wie folgt: «Unter dem Begriff Homeoffice wird vorliegend jene Arbeit verstanden, die Arbeitnehmende ganz oder teilweise, regelmässig oder unregelmässig von zu Hause aus verrichten. Dabei ist der häusliche Arbeitsplatz normalerweise mit dem betrieblichen Arbeitsplatz durch elektronische Kommunikationsmittel verbunden.»²⁸ Diese Definition ist für den vorliegenden Zusammenhang zu eng. Gerade die Corona-Krise zeigt(e), dass «Homeoffice» sinnvollerweise weiter verstanden wird, so dass auch das Arbeiten unterwegs und die berufliche Arbeit am Ferien- oder Wochenenddomizil erfasst wird.

[19] Abzugrenzen ist Homeoffice vom *Heimarbeitsvertrag als besonderer Arbeitsvertrag*. Nach Art. 351 OR verpflichtet sich der Heimarbeiter, in seiner Wohnung oder in einem anderen, von ihm bestimmten Arbeitsraum allein oder mit Familienangehörigen Arbeiten im Lohn für die Arbeitgeberin auszuführen. Auf den Heimarbeitsvertrag kommen primär die Art. 351 ff. und subsidiär (siehe Art. 355 OR) die Art. 319 ff. zur Anwendung. Zudem sind das Bundesgesetz über die Heimarbeit (Heimarbeitsgesetz, HArG) und die dazugehörige Heimarbeitsverordnung (HArGV) anwendbar. Das HArG gilt nur für die gewerbliche und industrielle Hand- und Maschinenarbeit. Auf den Heimarbeitsvertrag nicht anwendbar ist das Arbeitsgesetz (Art. 3 lit. f ArG), denn der öffentlich-rechtliche Arbeitnehmerschutz wird durch das HArG verwirklicht. Richtigerweise kommt das ArG bei Heimarbeitsverträgen ausserhalb des Anwendungsbereichs des HArG zur Anwendung.²⁹

[20] Wenn von Homeoffice die Rede ist, muss notwendigerweise ein Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 319 ff. OR oder aber ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis vorliegen. Es wird demnach Arbeit gegen Entgelt in untergeordneter Stellung geleistet. Dass die Arbeit zumindest teilweise nicht in den Räumlichkeiten des Betriebes geleistet wird und womöglich eine grössere Zeitautonomie besteht, ändert am Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses und somit an der Anwendung der Arbeitnehmerschutzvorschriften des OR und des öffentlichen Arbeitsrechts nichts. Diese Feststellung ist zentral.

[21] Ein Blick auf die sogenannte Plattformökonomie zeigt, dass gewisse Akteure versuchen, durch eine innovative Gestaltung vertraglicher Beziehungen tatsächliche Unterordnungsverhältnisse zwischen Plattformen und Plattformbeschäftigten zu verschleiern, um sich so der Anwendung von arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Schutzbestimmungen zu entziehen.³⁰

[22] Es ist durchaus denkbar, dass Unternehmen versucht sein könnten, auch Homeoffice als Strategie zur Übertragung sozialer Risiken auf die Beschäftigten zu nutzen. In diese Richtung geht beispielsweise eine Publikation von EMANUEL GEORG TSCHANNEN («Der Homeoffice-Vertrag als In-

²⁸ JAR 2019, Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts, Bern 2019, S. 46.

²⁹ THOMAS GEISER, Neue Arbeitsformen; Flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer Arbeitsplätze, AJP 1995, S. 557.

³⁰ KURT PÄRLI, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte der Plattformökonomie: Status Quo, Analyse und Ausblick, in: Basler Juristische Mitteilungen 3/2020, S. 141 ff.

nominatkontrakt»³¹. Für TSCHANNEN ist Homeoffice normalerweise Heimarbeit nach Art. 351 ff. OR, die jedoch nicht unter das Heimarbeitsgesetz fällt, da in der Regel keine gewerbliche oder industrielle Hand- oder Maschinenarbeit geleistet wird.³² Für TSCHANNEN kommt entgegen der herrschenden Lehre bei Heimarbeit nach Art. 351 ff. OR das ArG in keinem Fall zur Anwendung.³³ Bei dieser Betrachtungsweise entstehen bei teilweisem Homeoffice verlockende Perspektiven. So würde auf die bspw. drei Arbeitstage im Büro das ArG Anwendung finden, für die übrigen zwei Arbeitstage würde ein *Heimarbeitsvertrag ohne ArG-Unterstellung vorliegen* (gemischter Vertrag). Konsequenterweise würden die Homeoffice-Arbeitsstunden auch nicht an die Höchst-arbeitszeiten des ArG angerechnet werden und auch das Verbot der Nacht- und Sonntagsarbeit wäre obsolet. Nach der hier vertretenen Ansicht sind solche Konstrukte abzulehnen, da diese in der Praxis dazu führen würden, dass die gewonnene Flexibilität einseitig der wirtschaftlich stärkeren Partei zu Gute kommt. Wie im Schlussteil aufgezeigt wird, bietet sich vielmehr an, auf der Stufe von Gesamtarbeitsverträgen Rahmenbedingungen für einen flexiblen und fairen Umgang mit Homeoffice zu finden.³⁴

3.2. Anknüpfungen

3.2.1. Gesetzliche Regelungen zum Arbeitsort

3.2.1.1. Arbeitsort als Erfüllungsort der Arbeitsleistung

[23] Ein (zivilrechtlicher) Arbeitsvertrag setzt voraus, dass sich die Parteien darüber einig werden, dass eine Arbeitsleistung in untergeordneter Stellung gegen Entgelt erbracht wird (Art. 319 OR). Die Vereinbarung eines bestimmten Arbeitsortes ist keine Voraussetzung des Zustandekommens eines Arbeitsvertrages. Der Arbeitsort gehört auch nicht zu den Aspekten des Arbeitsverhältnisses, über die die Arbeitgeberin gestützt auf Art. 330b OR spätestens vier Wochen nach Beginn des Arbeitsverhältnisses den Arbeitnehmer zwingend schriftlich informieren muss.

[24] Der Arbeitsort wird in der Regel im Arbeitsvertrag festgehalten. Zulässig ist auch die Vereinbarung mehrerer Arbeitsorte.³⁵ Auch möglich und durchaus geläufig ist, dass im Arbeitsvertrag bspw. für einen oder zwei Tag(e) Homeoffice vereinbart wird, die übrigen Tage ist die Arbeitsleistung im Betrieb zu erbringen. Zulässig ist auch eine Regelung, wonach die gesamte Arbeitszeit im Homeoffice zu leisten ist.³⁶

[25] Als *Arbeitsort* gilt vorbehaltlich anderslautender Vereinbarung der *Betrieb bzw. die Arbeitsorganisation*, in die der Arbeitnehmer eingegliedert wird.³⁷ Das ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 OR, wonach der Erfüllungsort einer schuldrechtlichen Verpflichtung unter Berücksichtigung aller Umstände im konkreten Fall zu bestimmen ist. Eine gestützt auf einen Arbeitsvertrag geschul-

³¹ EMANUEL GEORG TSCHANNEN, *Der Homeoffice-Vertrag als Innominatkontrakt*, recht 2018, S. 1–8.

³² TSCHANNEN (Fn. 31), S. 4.

³³ TSCHANNEN (Fn. 31), S. 5 f.

³⁴ Siehe dazu unten, Rz. 113.

³⁵ ROLAND MÜLLER/CÉLINE HOFER/MANUEL STENGEL, *Arbeitsort und Arbeitsweg*, AJP 2015, S. 571.

³⁶ Siehe sogleich unten, Rz. 26.

³⁷ ROLAND MÜLLER, *Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages*, AJP 1999, S. 456.

dete Arbeitsleistung ist somit in der Regel an dem Ort zu erbringen, an dem die Arbeitgebenden die Arbeit organisieren und zuweisen, also dem *Betrieb*.³⁸

[26] Der Begriff des Betriebes wird im Arbeitsrecht nicht im Zusammenhang mit dem Zustandekommen des Arbeitsvertrages, jedoch beim Thema Betriebsübergang (Art. 333 OR) erwähnt. Ein Betrieb im Sinne von Art. 333 OR liegt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung vor bei einer auf Dauer gerichteten, in sich geschlossenen organisatorischen Leistungseinheit, die entweder selbständig (Betrieb) oder unselbständig, d.h. als Teil eines grösseren Verbundes (Betriebsteil), am Wirtschaftsleben teilnimmt.³⁹ Noch breiter ist der Betriebsbegriff nach Arbeitsgesetz. Nach Art. 1 Abs. 2 des ArG ist ein Betrieb dann vorliegend, wenn eine Arbeitgeberin dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind. Ein Betrieb im Sinne des ArG kann also auch vorliegen, wenn ein Arbeitgebender ausschliesslich Arbeitnehmende im Homeoffice beschäftigt. Demzufolge kann auch bei einem Beschäftigungsverhältnis mit ausschliesslichem Arbeitsort «Homeoffice» ein Arbeitsvertrag vorliegen.⁴⁰ Entscheidend ist, ob eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation vorliegt. Dies kann bereits durch das Login ins Firmennetzwerk vorliegen.

[27] Wichtig ist im vorliegenden Zusammenhang die Unterscheidung zwischen *Arbeitsort* und *Einsatzort*. Der Arbeitsvertrag kann vorsehen, dass ein Arbeitnehmer ausserhalb des Arbeitsortes eine Arbeitsleistung erbringen muss, z.B. beim Kunden. Soweit nicht durch den Arbeitsvertrag ausgeschlossen, kann ein Einsatzort auch auf dem Wege des Weisungsrechts von der Arbeitgeberin bestimmt werden.

[28] Als Arbeitsweg gilt der Weg vom Wohnort des Arbeitnehmers zum Arbeitsort. Ohne anderslautende vertragliche Vereinbarung schuldet die Arbeitgeberin für den Arbeitsweg keine Reisekosten und die Reisezeit gilt auch nicht als Arbeitszeit.⁴¹ Anders verhält es sich mit der Reise *vom Arbeitsort zum Einsatzort*. Hier kommt die relativ zwingende Bestimmung von Art. 327a Abs. 1 OR zu Anwendung. Die Kosten für die Reise vom Arbeitsort zum Einsatzort sind von der Arbeitgeberin zu übernehmen.⁴² Auch ist die Reisezeit mit normalem Lohn zu entschädigende Arbeitszeit.⁴³ Die Bedeutung für die Homeoffice-Arbeitsverhältnisse liegt auf der Hand: Wenn ein Arbeitnehmer ausschliesslich im Homeoffice tätig ist und bspw. für eine Besprechung an den Firmensitz gerufen wird, handelt es sich um eine Reise vom Arbeitsort (= Homeoffice) an den Einsatzort (= Firmensitz). Folglich sind die Reisespesen von der Arbeitgeberin zu übernehmen und die Reisezeit gilt als Arbeitszeit. Keine Kostenübernahmepflicht besteht demgegenüber, wenn sowohl der Ort des Homeoffice als auch der Firmensitz als Arbeitsort gelten (entweder gestützt auf eine ausdrückliche vertragliche Vereinbarung oder nach den Umständen).

³⁸ MÜLLER/HOFER/STENGEL (Fn. 35), S. 567.

³⁹ BGE 129 III 335, E. 2.1.

⁴⁰ ROMINA CARCAGNI ROESLER, Home Office, ArbR 2014, S. 76.

⁴¹ MÜLLER/HOFER/STENGEL (Fn. 35), S. 572.

⁴² JÜRIG BRÜHWILER, Einzelarbeitsvertrag, Kommentar zu den Artikeln 319–343 OR, 3. Aufl., Basel 2014, Art. 327a, N 3.

⁴³ Das ergibt sich aus Art. 13 Abs. 2 der Verordnung 1 zum ArG (ArGV 1).

3.2.1.2. Arbeitsort als Anknüpfung für Gerichtsstand und anwendbares Recht

[29] In zivilprozessualer Hinsicht bestimmt Art. 34 Abs. 1 ZPO, dass für arbeitsrechtliche Klagen das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort, an dem der Arbeitnehmer gewöhnlich die Arbeit verrichtet, zuständig ist. Der gewöhnliche Arbeitsort entspricht dem tatsächlichen Mittelpunkt der Berufstätigkeit des Arbeitnehmenden. Bei einem Aussendienstmitarbeiter einer Versicherung, der nach einer Einarbeitungsphase im Betrieb vorwiegend bei Kunden und im Homeoffice arbeitet, ist der Wohnort des Arbeitnehmers der gewöhnliche Arbeitsort; so hat zumindest das Züricher Obergericht in einem Fall im Jahre 2013 entschieden.⁴⁴ Der Arbeitnehmer hatte deshalb seine Klage gegen die Arbeitgeberin zu Recht an seinem Wohnort eingereicht.

[30] In Homeoffice-Konstellationen liegen regelmässig zwei «gewöhnliche» Arbeitsorte vor. Falls sich eindeutig ein *Hauptarbeitsort im Betrieb* ausmachen lässt, führt Homeoffice nicht zu einem Gerichtsstand am Wohnort des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin. Anders verhält es sich, wenn der Homeoffice-Arbeitsort und der Betriebsarbeitsort als gleichwertig anzusehen sind. In dieser Konstellation liegen zwei gewöhnliche Arbeitsorte vor und der Arbeitnehmer kann wählen, wo er klagen will.⁴⁵ Anders verhält es sich in *internationalen Sachverhalten*. Hier bestimmen Art. 121 Abs. 2 IPRG und Art. 19 Ziff. 2 lit. b LugÜ, dass im Falle der Gleichwertigkeit der möglichen Arbeitsorte die Klage am Ort der Niederlassung eingereicht werden muss, die den Arbeitnehmer eingestellt hat. Eine gerichtliche Zuständigkeit am Wohnsitz des klagenden Arbeitnehmers liegt jedoch dann vor, wenn das Homeoffice überwiegt.⁴⁶

3.2.2. Regelungen zur Arbeits- und Ruhezeit

3.2.2.1. Anwendbarkeit des ArG bei Homeoffice

[31] Das Arbeitsgesetz ist grundsätzlich auf alle öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar und beinhaltet Vorschriften zur Arbeits- und Ruhezeit sowie zum Gesundheitsschutz. Auch *Homeoffice fällt unter den Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes*,⁴⁷ soweit keine Ausnahmebestimmungen in betrieblicher oder persönlicher Hinsicht Anwendung finden.⁴⁸ Insbesondere liegt bei Homeoffice in aller Regel auch *keine Heimarbeit* im Sinne von Art. 351 OR bzw. HArG vor; die entsprechende Ausnahmebestimmung für Heimarbeitnehmer in Art. 3 lit. a ArG greift somit nicht.⁴⁹ Ebenso wenig ist die Ausnahmebestimmung für *private Haushalte* nach Art. 2 lit. g ArG einschlägig.⁵⁰ Zwar wird die Arbeit bei Homeoffice in einer privaten Wohnung geleistet. Die fragliche Ausnahmebestimmung zielt jedoch auf die Konstellation, dass ein Arbeitnehmer in einem

⁴⁴ OGer ZH vom 20. November 2013, LA130023, E. D. 2 und 5 zum Homeoffice als Arbeitsort.

⁴⁵ URS FELLER/JÜRG BLOCH, in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Basel 2016, Art. 34 N 30.

⁴⁶ DOMENIG (Fn. 17), S. 136.

⁴⁷ STEFANIE MEIER-GUBSER, Arbeitsgesetz – Die grossen Unbekannten: Geltungsbereich, Gesundheitsschutz, Arbeits- und Ruhezeiten, TREX Der Treuhandexperte 1/2019, S. 30 f., siehe zum Betriebsbegriff des ArG auch oben, Rz. 26.

⁴⁸ Siehe Art. 2 und 3 ArG.

⁴⁹ CARCAGNI ROESLER (Fn. 40), S. 83.

⁵⁰ DOMENIG (Fn. 17), S. 248.

*fremden Haushalt für die Bedürfnisse des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin tätig ist, z.B. als Haushälter.*⁵¹

[32] Kaum relevant im Homeoffice-Kontext ist weiter die Ausnahme vom persönlichen Anwendungsbereich der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG für höhere leitende Angestellte nach Art. 3 lit. d ArG. Nach Lehre und Praxis gehören nur Personen, denen weiterreichende Entscheidungsbefugnisse zukommen zu den höheren leitenden Angestellten.⁵² In aller Regel werden solche Personen kaum mehrheitlich im Homeoffice tätig sein.

3.2.2.2. Geltung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften sowie Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot

[33] Bei gänzlichem oder teilweise Homeoffice sind also die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften des ArG einzuhalten.⁵³ Relevant ist vorab die Feststellung, was als Arbeitszeit gilt. Nach Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 gilt als Arbeitszeit diejenige Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung der Arbeitgeberin hält. Auch zur Arbeitszeit gehört der sog. Pikettdienst (Art. 14 ArGV 1). Nicht zur Arbeitszeit zählen Pausen, es sei denn, der Arbeitnehmer dürfe den Arbeitsplatz nicht verlassen (Art. 18 Abs. 5 ArGV 1). Diese Regelungen gelten ungeachtet der Frage, ob die Arbeit bzw. der Pikettdienst oder die Pausen im Betrieb oder im Homeoffice (oder unterwegs) geleistet werden.

[34] Je nach konkreter Ausgestaltung des Homeoffice haben Arbeitnehmende eine grössere Autonomie, wann sie ihre beruflichen Aufgaben zu Hause erledigen.⁵⁴ Als Arbeitszeit gilt im Sinne der obigen Ausführungen die Zeit, in der sich der Arbeitnehmer im Homeoffice zur Verfügung der Arbeitgeberin hält. Dazu zählt neben der eigentlichen Arbeit auch die Zeit, in der der Arbeitnehmer sich zu Hause während den vereinbarten oder normalen Präsenzzeiten für Arbeit bereithält. Es bleibt auch im Homeoffice-Kontext Sache der Arbeitgeberin, ausreichend Arbeit zuzuweisen.⁵⁵ (Die Arbeitgeberin heisst nicht umsonst Arbeitgeberin, sie muss die Arbeit geben, ansonsten ist sie im Verzug und schuldet gestützt auf Art. 324 OR den Lohn.)

[35] Auch im Homeoffice sind die Ruhezeiten und Pausen (Art. 15 und 15a ArG) einzuhalten. Zudem gilt auch das Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot (Art. 16–19 ArG). Zu beachten sind aber Art. 27 ArG und die Verordnung 2 zum ArG (ArGV 2). Bestimmte Gruppen von Betrieben oder Arbeitnehmenden sind ganz oder teilweise von den gerade genannten Vorschriften ausgenommen. In vielen Fällen können die Tätigkeiten, die unter diese Ausnahmebestimmungen fallen, gar nicht im Homeoffice erledigt werden (siehe die Betriebsarten und Berufsgruppen in den Art. 15 ff. ArGV 2). Homeoffice ist aber bspw. bei den Arbeiten in Zeitungs- und Zeitschriftenredaktionen (Art 30 ArGV 2) oder bei Radio und Fernsehen (Art. 31 ArGV 2) möglich. In diesen Fällen gelten auch bei Homeoffice die gleichen (erleichterten) Regelungen wie für die Arbeit im Betrieb.

⁵¹ ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ, ArG Kommentar, 8. Aufl., Zürich 2017, Art. 2 N 19.

⁵² MÜLLER/MADUZ (Fn. 51), Art. 3 ArG, N 9, BGE 126 III 341, 98 Ib 348.

⁵³ Selbstverständlich auch die Gesundheitsvorschriften, dazu näheres hinten, Rz. 86 ff. Für eine klarere gesetzliche Regelung, was als Arbeitszeit zählt SABINE STEIGER-SACKMANN, Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, ARV 2020, 308.

⁵⁴ Wird bspw. in einem Arbeitsvertrag eine 42-Stundenwoche und eine tägliche Präsenzblockzeit von 10 bis 12 und 13.30 bis 16 Uhr vorgesehen, so gilt dies vorbehaltlich anderer Abmachungen auch für die Tage, in denen der Arbeitnehmer Homeoffice leistet.

⁵⁵ DOMENIG (Fn. 17), S. 274.

[36] Nach einer parlamentarischen Initiative vom damaligen Nationalrat und heutigen Ständerat Thierry Burkart⁵⁶ trägt das ArG den Bedürfnissen von Arbeitnehmenden, die ihre Arbeit im Homeoffice verrichten, zu wenig Rechnung. Begründet wird der Verstoss wie folgt: Innerhalb eines Tages dürfe nur innerhalb eines Zeitrahmens von 14 Stunden gearbeitet werden (Art. 10 Abs. 3 ArG). Wenn die Arbeit um 7 Uhr aufgenommen werde, dürfe ab 21 Uhr nicht mehr gearbeitet werden. Alt Nationalrat Burkart argumentiert nun, einem Arbeitnehmer, der um 18 Uhr sein Kind in der Krippe abhole, sei es nicht erlaubt, am Abend, nachdem das Kind ins Bett gegangen ist, noch dringende E-Mails abzuarbeiten. Dies erschwere die Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Zudem muss nach geltendem Recht zwischen zwei Arbeitstagen jedem Arbeitnehmer eine Ruhezeit von elf ununterbrochenen Stunden gewährt werden (Art. 15a Abs. 1 ArG). Ein Arbeitnehmer, der um 22 Uhr noch eine kurze E-Mail schreibe, dürfe am nächsten Tag seine Arbeit frühestens um 9 Uhr aufnehmen. Das sei realitätsfremd. In einer Zeit, in der viele Arbeitnehmende die Möglichkeit haben, von zu Hause aus geschäftliche E-Mails zu schreiben, würde das Erfordernis der Ununterbrochenheit der Ruhezeit als Schikane empfunden. Gelegentliche Arbeitsleistungen von kurzer Dauer sollten die Ruhezeit nicht unterbrechen. Weiter sei Arbeit an Sonntagen ohne behördliche Bewilligung auch dann verboten, wenn ein Arbeitnehmer die Sonntagsruhe ausnutzen möchte, um einmal ungestört arbeiten zu können. Die öffentliche Sonntagsruhe würde jedoch in keiner Weise gestört, wenn der Arbeitnehmer die Sonntagsarbeit zu Hause verrichtete. Für Sonntagsarbeit, die von Arbeitnehmenden, die ihre Arbeitszeiten zu einem namhaften Teil selber festsetzen können, in ihrer Wohnung erbracht wird, sollte deshalb keine Sonntagsarbeitsbewilligung erforderlich sein.

[37] Die von alt Nationalrat Burkart beschriebenen Situationen entsprechen zweifellos in vielen Fällen der Realität. Daraus kann bzw. soll nicht zwangsläufig der Schluss gezogen werden, dass das ArG entsprechend angepasst werden muss. Aus *arbeitsmedizinischer Sicht spricht vieles gegen die geforderten Lockerungen*. Die auch nur kurzzeitige Beschäftigung mit beruflichen Angelegenheiten beeinträchtigt die Erholung und birgt erhebliche gesundheitliche Risiken.⁵⁷

[38] Der Vorstoss von alt Nationalrat Burkart ist auch im Zusammenhang mit der zunehmenden Verbreitung von Homeoffice zu würdigen. Wenn ein beträchtlicher Teil der Arbeit im Homeoffice geleistet wird, besteht (erst recht) die *Gefahr eines faktischen 24-Stundenarbeitstages*, denn das Büro ist immer präsent. Es braucht hier klare (auch gesetzliche) Schranken. Ob die bestehenden Regelungen im ArG auch bei Homeoffice taugen, muss insbesondere auch im Zusammenhang mit der Frage der Kontrolle und Durchsetzung thematisiert werden.⁵⁸

3.2.2.3. Pflicht zur Arbeitszeiterfassung

[39] Die Arbeitgebenden sind verpflichtet, den Vollzugsbehörden Verzeichnisse und andere Unterlagen mit den für den Vollzug des ArG erforderlichen Angaben zur Verfügung zu stellen (Art. 46 ArG). Diese Pflicht betrifft insbesondere die Dokumentation der Arbeits- und Ruhezei-

⁵⁶ 16.484 Parlamentarische Initiative Thierry Burkart, Mehr Gestaltungsfreiheit bei Arbeit im Homeoffice, zum Stand der Geschäfts siehe <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20160484>.

⁵⁷ Siehe exemplarisch <https://www.neurologen-und-psychiater-im-netz.org/psychiatrie-psychosomatik-psychotherapie/news-archiv/meldungen/article/forscher-warnen-vor-gesundheitsproblemen-durch-verkuerzte-arbeitsruhe/> sowie weiterführend ADRIAN VON KAENEL, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, ARV 2009, S. 3.

⁵⁸ Siehe dazu unten, Rz. 91 ff.

ten. Art. 73 ArGV 1 definiert, wie die Arbeitszeiterfassung dokumentiert werden muss. Erfasst werden muss insbesondere die täglich und wöchentlich geleistete Arbeitszeit einschliesslich ihrer Lage. Weiter ist erforderlich, dass die Pausen und Ruhezeiten dokumentiert werden.

[40] In Art. 73a und Art. 73b ArGV 1 sind zwei Erleichterungen von der Erfassungspflicht vorgesehen. Ein Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung (der aber nicht bedeutet, dass die ArG-Arbeitszeitvorschriften nicht weiterhin Gültigkeit haben) setzt einen GAV voraus und ist nur zulässig, sofern die betroffenen Arbeitnehmenden über ein Bruttojahreseinkommen von mehr als 120'000 Franken verfügen, über eine grosse Autonomie verfügen, die Arbeitszeiten mehrheitlich selber festlegen können und eine schriftliche Vereinbarung mit der Arbeitgeberin vorliegt (Art. 73a ArGV 1). Eine vereinfachte Zeiterfassung (Erfassung der täglichen Arbeitszeit ohne Lage und Pausen) setzt eine Vereinbarung zwischen Arbeitgebenden und Arbeitnehmervertretung oder Mehrheit der Arbeitnehmenden im Betrieb voraus. Die betroffenen Arbeitnehmenden müssen zudem ihre Arbeitszeiten mehrheitlich selber bestimmen können (Art. 73b ArGV 1).

[41] Die *Regelungen zur Arbeitszeiterfassung haben im Homeoffice uneingeschränkt Geltung*.⁵⁹ Gleiches gilt auch für die Ausnahmen nach Art. 73a und 73b ArGV 1. Angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten ist die Erfassung der Arbeitszeit im Homeoffice auch ohne weiteres möglich. Die Arbeitgebenden dürfen und müssen von den Arbeitnehmenden im Homeoffice die genaue Erfassung der Arbeitszeiten gemäss Art. 73 ArGV 1 (soweit nicht eine Ausnahme oder Erleichterung nach den Art. 73a bzw. 73b ArGV 1 vorliegt) *verlangen und kontrollieren*.⁶⁰ Die Pflicht, die entsprechenden Verzeichnisse den Vollzugsbehörden vorzulegen, gilt auch bei Homeoffice.⁶¹

3.2.3. Regelungen zu Arbeitsgeräten, Material, Auslagen

3.2.3.1. Allgemeines

[42] Bei Homeoffice stellen sich Fragen nach der Entschädigungspflicht der Arbeitgebenden für die Nutzung der privaten Räumlichkeiten für die berufliche Arbeit sowie für Kosten, die im Zusammenhang mit der Nutzung privater Infrastruktur (Drucker, Papier, Computer, Telefon, Strom) entstehen.

[43] Das Arbeitsvertragsrecht sieht in Art. 327 Abs. 1 OR vor, dass die Arbeitgebenden die Arbeitnehmenden mit den Geräten und dem Material auszurüsten haben, die diese zur Arbeit benötigen, sofern nichts anders verabredet oder üblich ist. Art. 327 Abs. 2 OR hält fest, dass wenn der Arbeitnehmer im Einverständnis der Arbeitgeberin selbst Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit zu Verfügung stellt, ein angemessener Entschädigungsanspruch besteht. Auch diese Regelung ist dispositiv, d.h., es kann vertraglich etwas anderes vereinbart werden. Unter Art. 327 OR fallen insbesondere die Anschaffung und Amortisation von PC/Notebook, Drucker und Mobiltelefon.

[44] Art. 327a OR regelt den Auslagenersatz. Nach Art. 327a Abs. 1 OR sind die Arbeitgebenden verpflichtet, den Arbeitnehmenden alle durch die Ausführung der Arbeit notwendigerweise ent-

⁵⁹ CARCAGNI ROESLER (Fn. 40), S. 85.

⁶⁰ Zum immanenten Interesse auch der Arbeitgeberin an einer korrekter Arbeitszeiterfassung (u.a. im Zusammenhang mit dem Bezug von Kurzarbeitszeitentschädigung): ANDREAS LIENHARD, Arbeitsrechtliche Herausforderungen in Krisen, AJP 2020, S. 1267 f.

⁶¹ ROGER RUDOLPH, in: Thomas Geiser/Adrian Von Kaenel/Rémy Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Handkommentar, Bern 2005, Art. 46 N 9.

stehenden Kosten zu ersetzen. Art. 327a Abs. 2 OR erlaubt eine pauschale Abgeltung. Unzulässig sind Abreden, wonach der Arbeitnehmer die Auslagen selber zu übernehmen hat. Zu den «Auslagen» im Sinne von Art. 327a OR gehören die Kosten für den Arbeitsraum,⁶² Strom, Heizung, Abo- und Verbindungskosten für Internet und Telefon sowie Wartungs- und Reparaturkosten für die Arbeitsgeräte.

[45] Eine Abweichung der vertraglich nicht zuungunsten der Arbeitnehmenden abänderbaren Bestimmung in Art. 327a Abs. 1 OR hält Art. 10 Abs. 3 Satz 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage fest: «Für die gestützt auf diese Bestimmung angeordnete Erfüllung der Arbeitsverpflichtung von zu Hause aus sind den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern keine Auslagenentschädigungen geschuldet.» Zur Auslegung dieser vorläufig bis am 28. Februar 2021 befristeten Bestimmung siehe Rz. 54 ff. Vorab werden nachfolgend die Regelungen im OR behandelt.

3.2.3.2. PC, Drucker, Mobiltelefon (Art. 327 OR)

[46] Die *Anschaffungs- und Amortisationskosten* für Computer, Drucker und Mobiltelefon betreffen Art. 327 OR, d.h., entweder stellen die Arbeitgebenden dem Arbeitnehmer die Geräte zur Verfügung oder der Arbeitnehmer stellt *im Einverständnis mit den Arbeitgebenden* seine eigenen Geräte zur Verfügung. In letzterem Fall schulden die Arbeitgebenden die Amortisations- und Wartungskosten. Zulässig ist jedoch auch eine vertragliche Abmachung, wonach der Arbeitnehmer den PC und den Drucker selber beschafft und dass die Arbeitgebenden keine Kosten übernehmen.

[47] Wenn, was häufig der Fall sein dürfte, der Arbeitnehmer im Falle eines teilweisen Homeoffice-Arrangements im Büro einen PC, einen Drucker und auch ein Mobiltelefon zur Verfügung hat, gilt bezüglich des Einsatzes dieser Geräte im Homeoffice folgendes: Steht dem Arbeitnehmer ein Notebook zur Verfügung und der Arbeitnehmer arbeitet zu Hause (wenn auch befugterweise) auf einem privaten Gerät, so besteht kein Anspruch auf Kostenersatz durch die Arbeitgebenden. Wenn jedoch im Büro lediglich ein Fest-PC vorhanden ist, dann müssen die Arbeitgebenden dem Arbeitnehmenden ein Gerät für den Einsatz im Homeoffice zur Verfügung stellen bzw. sich an den Kosten beteiligen (im Sinne von Art. 327 Abs. 1 und 2 OR). Das gilt auch für den Fall, dass der Arbeitnehmer im Büro lediglich einen Festnetzanschluss hat und nun für den Homeoffice-Einsatz auf ein Mobiltelefon angewiesen ist. Bei einer allfälligen Kostentragungspflicht der Arbeitgebenden ist die private Nutzungsmöglichkeit der Arbeitnehmenden zu berücksichtigen.

[48] Bezüglich Drucker kommt es darauf an, ob während den Homeoffice-Tagen Dokumente ausgedruckt werden müssen (und dies nicht vor oder nach den Homeoffice-Tagungen im Büro möglich ist). Falls ein Drucker im Homeoffice erforderlich ist, gilt das Gleiche wie beim PC bzw. beim Notebook.

3.2.3.3. Notwendige Auslagen (Art. 327a OR)

[49] Wie dargestellt, ist Art. 327a OR relativ zwingend, d.h., die Bestimmung darf nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden abgeändert werden. Die Arbeitgebenden müssen aber von vorneherein nur für die notwendigen Auslagen aufkommen. Das bedeutet, wenn dem Arbeitnehmer ein ge-

⁶² CARCAGNI ROESLER (Fn. 40), S. 88, behandelt die Frage der Raumkosten unter Art. 327 OR, das ist jedoch falsch, denn Art. 327 OR spricht nur von Arbeitsgeräten und von Material. Siehe auch BGer 4A_533/2018 vom 23. April 2019, weiterführend unten, Rz. 51.

schäftliches Notebook zur Verfügung steht, er aber dennoch sein privates Gerät nutzt, fallen Reparaturkosten nicht zu Lasten der Arbeitgebenden, denn diese Auslagen sind nicht notwendig.

[50] Besonders umstritten war und ist die Frage, ob Mietkosten für die Nutzung privaten Wohnraums ebenfalls unter Art. 327a OR fällt. Am 23. April 2019 hat das Bundesgericht hierzu einen klärenden Entscheid gefällt.⁶³ Im fraglichen Fall war ein Arbeitnehmer aushilfsweise für ein Einzelunternehmen tätig und dafür im Stundenlohn entschädigt. Vor Gericht machte der Arbeitnehmer eine Entschädigungspflicht der Arbeitgeberin für die berufliche Nutzung eines privaten Zimmers als Arbeitszimmer und Archiv geltend.

[51] Das Bundesgericht hielt fest, gemäss Art. 327a Abs. 1 OR seien dem Arbeitnehmer sämtliche durch die Ausführung der Arbeit notwendigen Auslagen zu ersetzen. Es sei nicht entscheidend, ob die Auslagen direkt oder indirekt entstanden wären. Wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer keinen dauernden und geeigneten Arbeitsplatz zur Verfügung stellt, so habe der Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine finanzielle Beteiligung an den Mietkosten. Nicht relevant sei, ob der Arbeitnehmer das fragliche Zimmer nicht für die Homeoffice-Arbeit gemietet habe und somit die Auslagen ohnehin gehabt hätte. Die getätigten Auslagen kämen indirekt der Arbeitgeberin zugute. Der Anspruch bestehe insbesondere selbst dann, wenn zwischen den Parteien keine Entschädigung vereinbart worden ist.⁶⁴ Mit Bezug auf die Höhe der Auslagen dürfe vom Arbeitnehmer kein strenger Beweis verlangt werden. Im konkreten Fall wurden die Kosten vom Gericht gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR geschätzt und ein Entschädigungsbetrag von CHF 150.– pro Monat festgelegt.⁶⁵

[52] Mit dem fraglichen BGer-Entscheid ist klargestellt, dass die Arbeitgeberinnen immer dann eine Entschädigungspflicht für die Raumkosten des Homeoffice haben, wenn im Betrieb kein Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Das gilt auch bei nur teilweisem Homeoffice, wenn im Betrieb während den Homeoffice-Tagen eines Mitarbeiters bzw. einer Mitarbeiterin dessen Arbeitsplatz von anderen Personen benutzt wird. Weiter gilt die Entschädigungspflicht der Arbeitgebenden immer dann, wenn Homeoffice durch die Arbeitgebenden einseitig angeordnet wird.

[53] Fraglich ist die Entschädigungspflicht dann, wenn die Arbeitgebenden Homeoffice auf Wunsch des Arbeitnehmers gewähren. Wenn dem Arbeitnehmer im Betrieb jederzeit ein Arbeitsplatz zur Verfügung steht, schulden die Arbeitgebenden keine Entschädigung, denn die *Kosten sind nicht* im Sinne von Art. 327a Abs. 1 OR *notwendig*. Selbstverständlich ist es zulässig, auch in diesen Situationen eine Entschädigung zu vereinbaren (Art. 327a OR darf zu Gunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden).

3.2.3.4. Kostenübernahme während «Corona-Homeoffice»

[54] Während der Corona-Krise haben viele Arbeitgebende aufgrund behördlicher Empfehlung unzählige Arbeitnehmende ins Homeoffice geschickt. Seit dem 18. Januar bis vorläufig am 28. Februar 2021 gilt zudem eine Homeoffice-Pflicht für alle Arbeitnehmer, sofern sie aufgrund der Art der Aktivität und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar ist.⁶⁶ Es fragt sich, wie

⁶³ BGer 4A_533/2018 vom 23. April 2019.

⁶⁴ BGer 4A_533/2018 vom 23. April 2019, E. 6.1 und 6.2.

⁶⁵ BGer 4A_533/2018 vom 23. April 2019, E. 6.3.

⁶⁶ Siehe Rz. 1, 75 ff.

weit die vorangehenden Ausführungen auch während des vorübergehenden Homeoffice Gültigkeit haben.

[55] Vorab bedeutet die erwähnte Bestimmung, wonach die Arbeitnehmenden bei Homeoffice im Rahmen der vorübergehenden Homeoffice-Pflicht keine Auslagenentschädigung zu Gute haben (Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage) ein Mehrfaches: Zum einen gelten die bestehenden vertraglichen Abmachungen und die betriebliche Übung für den Ersatz von Homeoffice-Kosten weiter. Ziel der bundesrätlichen Verordnung ist nicht, dass für Arbeitgebende ohnehin bestehende Kostentragungspflichten aufgehoben werden. Es geht vielmehr darum, dass wegen der für beschränkte Zeit geltenden Homeoffice-Pflicht Arbeitgebenden nicht *zusätzliche Kosten* entstehen. Zum anderen ist der Begriff «Auslagenentschädigung» auf Auslagen im Sinne von Art. 327a beschränkt. Hingegen muss die Arbeitgeberin den Arbeitnehmenden weiterhin das «Material» für ihre Arbeit zu Verfügung stellen, wie auch das SECO auf seiner Website festhält.⁶⁷

[56] Bezüglich der weiteren Ausführungen erfordern die Besonderheiten der Corona-Situation eine differenzierte Betrachtung, insbesondere bezüglich der Frage der Kosten für den Arbeitsraum zu Hause. Zu beachten ist hier auch die Treuepflicht der Arbeitnehmenden nach Art. 321a OR. Das angesichts der Corona-Krise von den Arbeitgebenden als Beitrag zur Epidemienbekämpfung angeordnete Homeoffice führt nach der hier vertretenen Meinung nicht in jedem Fall zu einer Entschädigungspflicht gestützt auf Art. 327a OR.⁶⁸ Zwar entstehen die Kosten notwendigerweise (die alternative Büroarbeit stand nicht zur Verfügung). Anders als im Fall, der dem Bundesgerichtsentscheid vom 23. April 2019 zu Grunde liegt, haben aber die Arbeitgebenden während des Corona-Homeoffice in der Regel keine Kosten eingespart. Eine Entschädigungspflicht der Arbeitgebenden ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände zu bejahen. Das wäre etwa dann gegeben, wenn der Arbeitnehmer in seiner Wohnung schlicht keinen Platz zum Arbeiten hat und gezwungen war, zusätzlichen Raum zu mieten. Dazu kommt, dass je länger der «Homeoffice-Ausnahmestand» andauert, desto eher ist eine Kostentragungspflicht der Arbeitgeberin zu bejahen.

3.2.3.5. Exkurs: Betriebsstörung im Homeoffice

[57] Wenn bspw. wegen einer Strompanne oder eines Unterbruchs der Internetverbindung die Arbeit im Homeoffice nicht geleistet werden kann, stellt sich die Frage, zu welchen Lasten die in der Folge eintretende Unproduktivität geht. Die Antwort hierzu ist klar: Homeoffice ändert nichts am Betriebsrisiko der Arbeitgeberin, d.h., der Arbeitnehmer hat in dieser Situation Anspruch auf Lohn gestützt auf Art. 324 OR. Es ist aber auch naheliegend, dass die Arbeitgebenden in einer solchen Situation gestützt auf das Weisungsrecht (Art. 321d OR) die Möglichkeit haben, den Arbeitnehmenden zur Arbeit im Betrieb zu beordern. Soweit nicht überwiegende Interessen des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin entgegenstehen, hat dieser einer entsprechenden Weisung Folge zu leisten.

⁶⁷ «Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmenden keine Auslagenentschädigung (Stromkosten, Beiträge an Mietkosten etc.) zahlen, da es sich um eine vorübergehende Anordnung handelt. Anders verhält es sich, wenn Materialkosten anfallen, die auch im Büro angefallen wären und die nun die Arbeitnehmenden bezahlen müsste, wie etwa die Kosten für Druckerpatronen, Papier etc. Diese Kosten sind vom Arbeitgeber zu entschädigen», https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/covid-19/faq_covid19.html.

⁶⁸ Wohl a.M. CIRIGLIANO/NIEMEYER (Fn. 15), Rz. 49.

3.2.3.6. Steuerliche Folgen des Homeoffice

[58] Sowohl die private Anschaffung und Nutzung eines Computers zu geschäftlichen Zwecken als auch die private Nutzung von Wohnraum haben steuerliche Folgen. Nach ständiger Praxis können Arbeitnehmende unter restriktiven Voraussetzungen einen Steuerabzug für ein Arbeitszimmer zu Hause geltend machen. Voraussetzungen sind, dass die steuerpflichtige Person erstens einen wesentlichen Teil ihrer beruflichen Tätigkeit zu Hause erledigen und zweitens über einen gesonderten Raum als Büro verfügen muss.⁶⁹ Die Kosten für den Erwerb eines Computers, der zu geschäftlichen Zwecken genutzt wird, sind ebenfalls abzugsberechtigt, soweit die *Arbeitgebenden kein Gerät zu Verfügung stellen*.⁷⁰

[59] Einen aufsehenerregenden Entscheid hat das Bundesgericht zu dieser Frage am 31. Mai 2018 gefällt.⁷¹ Ein Arbeitnehmer war für eine Arbeitgeberin tätig, die das Konzept «Smart Working» betrieb. Dies sah so aus, dass für 80% der Mitarbeitenden flexible Arbeitsplätze zur Verfügung standen. Die Arbeitgeberin stellt sich auf den Standpunkt, dies genüge, weil ein Teil der Mitarbeitenden im Aussendienst, in den Ferien oder krank sei bzw. von zu Hause aus arbeiten würde. Ein Steuerpflichtiger dieses Unternehmens machte den Steuerabzug für das Arbeitszimmer geltend. Alle Instanzen, inklusive des Bundesgerichts, lehnten den Steuerabzug ab. Das Bundesgericht hielt fest, es sei dem Steuerpflichtigen nicht gelungen zu beweisen, dass der Arbeitnehmer regelmässig einen wesentlichen Teil der ihm obliegenden Arbeiten zu Hause ausführen musste. Diesen Beweis hätte er aber – mit Blick auf die allgemeine Beweislastregel – erbringen müssen.⁷²

[60] Wenn sich die *Arbeitgebenden an den Mietkosten für den Arbeitsraum zu Hause beteiligen, so entfällt die steuerliche Abzugsmöglichkeit*. Die konkreten Auswirkungen der Finanzierung des privaten Arbeitsraums durch die Arbeitgebenden ist je nach Einkommen und Steuerprogression des steuerpflichtigen Arbeitnehmers bzw. der steuerpflichtigen Arbeitnehmerin unterschiedlich und im Einzelfall näher zu prüfen.

[61] Zu vermerken ist, dass sich Homeoffice für viele Arbeitnehmende bezüglich Steuerabzüge eher negativ auswirkt. So entfallen zumindest teilweise die *Abzugsmöglichkeiten für den Arbeitsweg und die Verpflegung*.⁷³ Wenn jedoch während eines Homeoffice-Tages an einer Sitzung am Arbeitsort im Betrieb teilgenommen werden muss, handelt es sich um abzugsfähige Kosten.

[62] Die zunehmende Verbreitung von Homeoffice führt in steuerlicher Hinsicht auch zur Frage, ob Homeoffice ein Steuerdomizil des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin begründen kann.

⁶⁹ Siehe auf Bundesebene Art. 26 Abs. 1 lit. c DBG.

⁷⁰ Siehe z.B. die Situation im Kanton Luzern, Steuerbuch, Punkt 2.3 Personalcomputer, Quelle: https://steuerbuch.lu.ch/index/band_1_weisungen_stg_einkommenssteuer_uebrigeberufskosten.

⁷¹ BGer 2C_1033/2017, Urteil vom 31. Mai 2018.

⁷² BGer 2C_1033/2017, Urteil vom 31. Mai 2018, E. 3.1–3.3.

⁷³ Siehe dazu das Urteil der Steuerrekurskommission des Kantons Thurgau vom 12. November 2019 in TVR 2019 Nr. 34, E.4.6 «Geht die steuerpflichtige Person einer Halbtagsgerwerbstätigkeit oder einer Homeoffice-Tätigkeit nach, entfällt grundsätzlich die Berechtigung für die Geltendmachung von Mehrkosten für auswärtige Verpflegung. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die steuerpflichtige Person nachweisen kann, dass sie aufgrund unregelmässiger Arbeitszeiten eine der beiden Hauptmahlzeiten nicht zur üblichen Zeit einnehmen kann (LEUCH/NANZER, in: Leuch/Kästli/Langenegger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Berner Steuergesetz, Band 1, Artikel 1 bis 125, Muri-Bern 2014, Art. 31 N. 20 mit Hinweis auf einen Entscheid der Berner Steuerrekurskommission vom 26. April 2011, Nr. 556, nicht publiziert). In diesem Sinne entschied die Berner Steuerrekurskommission am 2. November 2012, dass bei 50-prozentiger Homeoffice-Tätigkeit eines Kadermitarbeiters mit Piketteinsätzen der volle Verpflegungsabzug zuzugestehen sei, da die Homeoffice-Tätigkeit nachgewiesenermassen nur in den frühen Morgen- oder/und späten Abendstunden ausgeführt wurde (RKE Nr. 10319, zit. in LEUCH/NANZER, a.a.O., Art. 31 N. 20). Analog wäre es daher vorliegend denkbar, dass auch an einem Aussendiensttag abzugsfähige Mehrkosten der auswärtigen Verpflegung anfallen, wenn für die Mittagsverpflegung stets eine Rückkehr zum üblichen Arbeitsort erfolgt.»

Unternehmen sind an ihrem Sitz steuerpflichtig, darüber hinaus entsteht eine Steuerpflicht auch am Ort einer Betriebsstätte. Innerhalb der Lehre wird nun diskutiert, ob bei Homeoffice der Arbeitsplatz in der privaten Wohnung eines Arbeitnehmers bzw. einer Arbeitnehmerin eine Betriebsstätte ist und so ein Steuerdomizil geschaffen wird.⁷⁴ Problematisch wäre dies insbesondere in grenzüberschreitenden Konstellationen.⁷⁵ Inländische Gerichtspraxis zu dieser Frage gibt es soweit ersichtlich keine. Nach Informationen von Steuerberatern sind die zuständigen Steuerbehörden in dieser Frage zurückhaltend, so dass kaum eine reale Gefahr besteht, durch Homeoffice ein Steuerdomizil des Unternehmens zu begründen.⁷⁶

3.3. Zustandekommen von Homeoffice

3.3.1. Abrede

[63] Ein Arbeitsvertrag kommt wie jeder andere zivilrechtliche Vertrag durch die gegenseitig übereinstimmende Willensäußerung zustande (Art. 1 OR). Die Parteien müssen sich dabei einig sein, dass Arbeit in untergeordneter Stellung gegen Entgelt geleistet wird. Die Schriftform ist für das Zustandekommen des Arbeitsvertrages nicht erforderlich. Ohne anderslautende Vereinbarung gilt der Betrieb als Arbeitsort. Die Parteien können sich indes auch darauf einigen, dass entweder die ganze Arbeitszeit oder ein Teil davon im Homeoffice gearbeitet wird. Wichtig ist, dass in dieser Einigung klar ersichtlich ist, ob der Arbeitnehmer auch anderswo als in seinem «Home» arbeiten darf.

[64] Sinnvollerweise werden im Arbeitsvertrag weitere Aspekte des Homeoffice geregelt:⁷⁷

- Ausstattung und Finanzierung des Homeoffice
 - Notebook, Drucker, ggf. ergonomisches Stehpult usw.
 - Abgeltung für die Raumnutzung, Internetabokosten, Strom usw. (kann als Pauschale vereinbart werden)
 - Regelung der Pflichten bei Vertragsbeendigung (Rückgabeverpflichtungen usw).
- Regelung zu den Arbeitszeiten
 - Erreichbarkeit, Präsenzplichten
 - Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeiten
- Regelungen zu Geheimhaltung und Datenschutz
 - Umgang mit Passwörtern, vertraulichen Dokumenten, Entsorgung
 - Transparenz hinsichtlich der Datenbearbeitung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern durch das Unternehmen

⁷⁴ TOBIAS F. ROHNER/SANNA MAAS, Home Office – arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte, SJZ 2015, S. 329 ff.

⁷⁵ TABEA NYFELER-STOLZ/MICHELLE FAHRNI, Gefahr einer Steuerpflicht bei Tätigkeit in Deutschland, ST 6-7/12, S. 474.

⁷⁶ Siehe z.B. <https://pestalozzilaw.com/de/aktuell/legal-insights/covid-19-wann-hat-home-office-steuer-und-sozialversicherungsrechtliche-auswirkungen/>.

⁷⁷ Für einen sehr umfassenden Mustervertrag siehe CIRIGLIANO/NIEMEYER (Fn. 15), Rz. 86.

- Versicherungsfragen

- Haftung bei Schäden an Geräten, die entweder von den Arbeitgebenden oder den Arbeitnehmenden zur Verfügung gestellt werden

[65] Die vertragliche Vereinbarung über Homeoffice ist verbindlich und kann nur auf dem Wege einer Vertragsänderung wieder aufgehoben werden. Sind vertraglich bspw. «zwei Tage Homeoffice» fest vereinbart, kann die Arbeitgeberin folglich nicht – von Notfällen abgesehen – unter Berufung auf das Weisungsrecht, den Arbeitnehmenden wieder vollständig zur Arbeit im Betrieb verpflichten. Gleiches gilt für die übrigen vertraglichen Vereinbarungen.

[66] Beizufügen ist, dass die Vereinbarung über Homeoffice auch konkludent erfolgen kann, etwa in dem die Arbeitgeberin dem Anliegen nach Homeoffice entgegenkommt und die Praxis längere Zeit andauert, ohne dass die Arbeitgeberin je einen Vorbehalt macht, die Homeoffice-Regelung könnte einseitig wieder geändert werden. Diesfalls würde eine konkludente vertragliche Vereinbarung zum Homeoffice vorliegen. Aus Gründen der *Rechtssicherheit ist eine ausdrückliche Regelung* vorzuziehen.

3.3.2. Auf Wunsch des Arbeitnehmers

[67] Fehlt es an einer vertraglichen Vereinbarung, wonach ein Arbeitnehmer im Homeoffice arbeiten kann, steht der Entscheid zur Bewilligung im Ermessen der Arbeitgeberin. Die in der Lehre geäusserte Ansicht, wonach kein durchsetzbares Recht auf Homeoffice bestehe⁷⁸, ist allerdings zu apodiktisch.

[68] Das Bundesverwaltungsgericht hatte in einem Urteil vom 22. November 2017 den Fall zu entscheiden, in dem eine Arbeitnehmerin nach einer Versetzung in ein Grossraumbüro gestützt auf ein ärztliches Gutachten 40% Homeoffice-Arbeit wünschte.⁷⁹ Einen eigentlichen Rechtsanspruch auf Homeoffice anerkannte das Bundesverwaltungsgericht nicht.⁸⁰ Es hielt aber fest, die Vorinstanz hätte der Beschwerdeführerin einen Versuch mit teilweisem Homeoffice als Möglichkeit einer zumutbaren Weiterbeschäftigung gewähren müssen, bevor sie das Arbeitsverhältnis beendete.⁸¹ Wie weiter oben (Rz. 13 ff.) aufgezeigt wurde, ist die Arbeitgeberin auch aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht und gestützt auf Art. 328 OR sowie Art. 6 ArG verpflichtet, die Option «Homeoffice» zu prüfen, wenn damit die Arbeitsfähigkeit eines gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmers bzw. einer gesundheitlich angeschlagenen Arbeitnehmerin erhalten oder verbessert werden kann.⁸²

[69] Eine besondere Situation gilt für besonders gefährdete Arbeitnehmer.⁸³ Ziel der Regelung in Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 ist der Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmenden davor, auf dem Weg zur Arbeit oder im Rahmen der Arbeit im Betrieb mit dem Corona-Virus angesteckt

⁷⁸ CARCAGNI ROESLER (Fn. 40), S. 87.

⁷⁹ Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-5819/2016 vom 22. November 2017.

⁸⁰ Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-5819/2016 vom 22. November 2017, E. 3.4.6.1.

⁸¹ Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-5819/2016 vom 22. November 2017, E. 3.4.6.2 und 3.7.

⁸² Siehe auch BGer 4A_384/2014 vom 12. November 2014, wo das Bundesgericht anerkannte, dass das Homeoffice bei einem Arbeitnehmer, der ein Burnout erlitten hatte, eine mögliche Massnahme zur Verringerung des Stresspotentials im Grossraumbüro darstellt (E. 5.2).

⁸³ Eine fast identische Regelung hielt von April bis Juni 2020 Art. 10b/c Covid-19-Verordnung 2 fest.

zu werden. Die Bestimmung ist wie die Homeoffice-Pflicht vorläufig befristet bis 28. Februar 2021. Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 geht von einem Vorrang des Homeoffice aus. Wenn dies nicht möglich ist, muss der Betrieb sicherstellen, dass eine Ansteckung verhindert wird. Wo weder Homeoffice noch Schutz möglich war, besteht ein Anspruch auf Lohnzahlung.⁸⁴ Zudem haben besonders gefährdete Arbeitnehmende das Recht, trotz Schutzvorkehrungen im Betrieb die Arbeit zu verweigern, wenn sie besondere Gründe geltend machen können. Die kaskadenartige Regelung verschafft den Betrieben und ihren Arbeitnehmenden einen *Handlungsrahmen*, innerhalb dessen verschiedene, den *konkreten betrieblichen Verhältnissen angepasste Lösungen* gefunden wurden konnten.⁸⁵

[70] Auch ohne die Sonderregelungen für besonders gefährdete Arbeitnehmer stehen Arbeitgebende gestützt auf ihre Pflicht zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden (Art. 328 OR, Art. 6 ArG und Art. 82 UVG) in Verantwortung. Zu beachten ist insbesondere, dass nach der Praxis zu Art. 328 OR Arbeitgebende gegenüber *bestimmten Arbeitnehmenden eine besondere* (und erhöhte) *Schutzverpflichtung* haben. Sehr anschaulich zeigt sich dies in BGE 132 III 257, E. 6.1 (es ging um die Frage, wieweit die Arbeitgeberin ihrer Pflicht zum Schutz eines Rauchallergikers nachgekommen war): «Diese Rechtslage hat die Vorinstanz verkannt, indem sie annahm, die Beklagte sei mit den angeordneten Rauchverboten ihrer Fürsorgepflicht hinlänglich nachgekommen, obwohl feststeht, dass der Kläger als Allergiker wegen der verbleibenden Rauchimmissionen gesundheitlich derart beeinträchtigt war, dass er verschiedentlich der Arbeit fernbleiben musste. Das kann nur bedeuten, dass die getroffenen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin objektiv nicht genügten. Unter diesen Umständen ist eine Verletzung der Fürsorgepflicht nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil die Beklagte bereits vergleichsweise ausgedehnte Massnahmen zum Schutz des Klägers ergriffen hat. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob mit zusätzlichen der Beklagten zumutbaren Massnahmen eine Beeinträchtigung der Gesundheit und damit der Arbeitsfähigkeit des Klägers hätte vermieden werden können.»

[71] Übertragen auf den vorliegenden Kontext bedeutet dies, dass besonders gefährdete Arbeitnehmende allenfalls auch dann einen Anspruch auf Arbeit im Homeoffice haben, wenn die Regelung in Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 aufgehoben wird. Dies gilt besonders, wenn der Arbeitsweg in überfüllten Zügen zu machen ist.

3.3.3. Auf Weisung der Arbeitgeberin

[72] Wie bereits erwähnt wurde,⁸⁶ ist der übliche Arbeitsort in einem Arbeitsverhältnis der Betrieb, d.h. der Arbeitnehmer hat ein Recht auf einen Arbeitsplatz im Betrieb. Einer Anordnung zu generellem Homeoffice durch die Arbeitgebenden braucht nicht Folge geleistet zu werden, denn Homeoffice kann in der Regel nicht einseitig durch die Arbeitgeberin angeordnet werden.

⁸⁴ Ausführlich zur Schutzkaskade und zum Verhältnis der Lohnfortzahlung zur Corona-Erwerbsausfallentschädigung PÄRLI/EGGMANN (Fn. 2), Rz. 12 ff.

⁸⁵ Siehe ausführlich zur Regelung in der Covid-19-Verordnung 2 LUCA CIRIGLIANO/LUKAS SCHAUB, Der Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmer/innen und betriebliche Schutzkonzepte in der COVID-19-Verordnung 2, in: ARV online 2020 Nr. 286, 11; KURT PÄRLI, Besonders gefährdete Arbeitnehmer/innen, in: Jusletter 20. April 2020, Rz. 1 ff.

⁸⁶ Siehe Rz. 24 f.

Wie ebenfalls aufgezeigt wurde, ist jedoch eine vertragliche Vereinbarung über gänzlich oder teilweises Homeoffice zulässig.⁸⁷

[73] Gestützt auf die Treuepflicht (Art. 321a OR) ist der Arbeitnehmer jedoch verpflichtet, einer Weisung zu Homeoffice in besonderen Situationen Folge zu leisten. Das betrifft bspw. Arbeitnehmende, die an Erkältungssymptomen leiden, deswegen aber noch arbeitsfähig sind. In dieser Konstellation darf, ja müssen die Arbeitgebenden (zum Schutze der anderen Arbeitnehmenden) die betreffenden Arbeitnehmenden nach Hause schicken.⁸⁸ Dauert das Homeoffice mehr als nur ein paar Tage, ist die Kostentragungspflicht im Lichte von Art. 327 und 327a OR zu klären.⁸⁹

[74] Eine *einseitige Anordnung von Homeoffice* durch die Arbeitgeberin kann im Zusammenhang mit der *Fürsorgepflicht* in Frage kommen. Wenn dank Homeoffice die Arbeitsfähigkeit einer gesundheitlich angeschlagenen Person erhalten oder verbessert werden kann, besteht eine entsprechende Kooperationspflicht des Arbeitnehmers.

3.3.4. Im Zusammenhang mit einer behördlichen Anordnung

[75] Im Zusammenhang mit der Covid-19 Krankheit können Personen durch amtliche Verfügung bis zu *zehn Tage in Quarantäne* geschickt werden. Soweit Homeoffice in diesen Situationen möglich und zumutbar ist, haben Arbeitgebende das Recht, Homeoffice einseitig anzuordnen. Falls Homeoffice nicht möglich ist, besteht *Anspruch auf Erwerbsersatzentschädigung* (maximal zehn Tage pro Quarantänefall).⁹⁰

[76] Aktuell (seit dem 18. Januar und bis vorläufig 28. Februar 2021) ist Homeoffice (wo aus betrieblichen Gründen möglich) kraft behördlicher Anordnung eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Gestützt auf die Treuepflicht (Art. 321a OR) sind Arbeitnehmende verpflichtet, in besonderen Situationen wie der aktuellen Corona-Krise einer Weisung «Homeoffice» Folge zu leisten.⁹¹ Wenn indes die Covid-19-Gefahr weniger gross sein wird, bedarf es für ein dauerndes Homeoffice der Zustimmung der Arbeitnehmenden (falls der Wunsch nach Homeoffice vor allem durch die Arbeitgebenden geltend wird) bzw. der Arbeitgebenden (wenn die Arbeitnehmenden sich Homeoffice wünschen).

4. Weitere ausgewählte Praxisfragen des Homeoffice

4.1. Schutz der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse

[77] Arbeitnehmende sind nach Art. 321a Abs. 4 OR verpflichtet, geheim zu haltende Tatsachen wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse nicht zu verwerten oder anderen mitzuteilen. Soweit es die Interessen der Arbeitgeberin erfordern, bleibt der Arbeitnehmer auch nach der Beendigung zur Geheimhaltung verpflichtet. Diese arbeitsvertragliche Pflicht wird strafrecht-

⁸⁷ Siehe Rz. 63.

⁸⁸ Siehe dazu ausführlich oben, Rz. 17.

⁸⁹ Siehe dazu ausführlich oben, Rz. 42 ff.

⁹⁰ Siehe die Details in Art. 2 und 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall sowie ausführlich PÄRLI/EGGMANN (Fn. 2), Rz. 50 ff.

⁹¹ PÄRLI/EGGMANN (Fn. 2), Rz. 74.

lich durch Art. 162 StGB flankiert (Strafandrohung bei Verletzung des Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisses).

[78] Die Besonderheit beim Homeoffice (und beim Arbeiten unterwegs sowie beim Arbeiten im Ferienhaus oder im Freien) besteht nun darin, dass der Arbeitnehmer sicherstellen muss, dass auch Dritte wie Familienmitglieder, Nachbarn usw. nicht in den Besitz geheimer Informationen gelangen. Sinnvollerweise wird in der Vereinbarung zum Homeoffice der Arbeitnehmer auf diese Risiken und die entsprechenden Sorgfaltspflichten aufmerksam gemacht.

[79] Weitergehende Geheimhaltungsvorschriften, namentlich betreffend den Umgang mit Personendaten, können von den Arbeitgebenden auf dem Wege des Weisungsrechts in der Form firmeninterner Reglemente verankert werden. Die Verletzung solcher internen Weisungen kann nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung je nach Schwere des Falles Sanktionen bis hin zur fristlosen Kündigung nach sich ziehen. Als zulässig erwies sich die fristlose Entlassung wegen Nichtbeachtung von Weisungen durch eine Kaderperson einer Bank. Die betreffende Mitarbeiterin hatte unter anderem Sicherheitsinstruktionen über die Verwendung von Computerpasswörtern missachtet.⁹² Selbstverständlich gelten Weisungen betreffend Sorgfalt und Sicherheit im Umgang mit Passwörtern auch im Homeoffice.

4.2. Datenschutz und Privatsphäre

4.2.1. Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre des Arbeitnehmers

[80] Den Arbeitgebenden steht das Recht zu, die Ausführung der Arbeit sowie das Verhalten im Betrieb zu kontrollieren. Dabei müssen sowohl die datenschutzrechtlichen Schranken (Art. 328b OR, DSGVO) als auch die Art. 6 ArG in Verbindung mit Art. 26 der Verordnung 3 zum ArG (ArGV 3) sowie Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) beachtet werden. Nach Art. 26 Abs. 1 ArGV 3 dürfen Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen sollen, nicht eingesetzt werden. Abs. 2 erlaubt Überwachungs- oder Kontrollsysteme, die aus anderen Gründen erforderlich sind, sofern diese so gestaltet sind, dass die Gesundheit und die Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmenden dadurch nicht beeinträchtigt werden. Die Trennung zwischen der unzulässigen (reinen) Verhaltensüberwachung und der zulässigen Überwachung der Arbeitsleistung erweist sich in der Praxis zuweilen als schwierig.⁹³

[81] Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) lässt sich ableiten, dass insbesondere die Überwachung des E-Mail- und Internetverkehrs der Arbeitnehmenden nur unter sehr strengen Voraussetzungen zulässig ist.⁹⁴ Das Bundesgericht bejahte in einem Fall die Unverhältnismässigkeit einer längere Zeit dauernden Überwachung des gesamten E-Mail- und Internetverkehrs eines Mitarbeiters, weil weniger einschneidende Massnahmen hätten ergriffen werden können, wie etwa technische Massnahmen, um unzulässige oder dienstfremde Websites oder Dateien zu sperren. Falls dies nicht ausreichend

⁹² BGer, Urteil 4A_236/2012 vom 2. August 2012.

⁹³ SECO Wegleitung ArGV 3 – ArGV 4, 326-1.

⁹⁴ Siehe namentlich BGE 139 II 7 und EGMR, Urteil vom 5. September 2017, *Bărbulescu c. Roumanie*, Requête no 61496/08. Siehe weiter KURT PÄRLI, Observation im Arbeitsverhältnis, in: Ueli Kieser/Kurt Pärli/Ursula Uttinger (Hrsg.), *Datenschutztagung 2017, Baustelle Datenschutz – Observation als Brennpunkt*, Zürich/St. Gallen 2017, S.161 ff. und KURT PÄRLI, Die EGMR-Rechtsprechung zum Schutz der Privatsphäre und vor Überwachung am Arbeitsplatz, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2/2020, S. 224 ff.

wäre, könnte eine Arbeitgeberin Missbräuche anhand einer Überprüfung der Logfiles aufdecken, die nur Randdaten zur Aktivität enthalten, ohne den Inhalt der Websites oder E-Mails offenzulegen.⁹⁵ Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) präzisiert in seinem Leitfaden, dass die Randdaten vorab in anonymisierter Form ausgewertet werden können, wenn in Erfahrung gebracht werden soll, ob ein Missbrauch vorliegt. Eine personenbezogene namentliche Auswertung der Randdaten darf nur bei einem konkreten Missbrauchsverdacht durchgeführt werden.⁹⁶

[82] Bei der Überwachung der Arbeitnehmenden im Homeoffice haben Arbeitgebende die *gleichen gesetzlichen Schranken* zu beachten wie bei der Überwachung innerhalb des Betriebes. Sehr grosse Bedeutung kommt dabei der nach Art. 4 Abs. 4 Datenschutzgesetz (DSG) geforderten *Transparenz* bei. Das bedeutet u.a., dass für die im Homeoffice tätigen Mitarbeitenden klar erkennbar sein muss, dass und wie weit das Unternehmen die Aktivitäten am Homeoffice-Computer und/oder im Firmennetzwerk erfasst und auswertet.⁹⁷ Weiter hat jede Bearbeitung von Personendaten des Mitarbeiters dem Grundsatz der *Verhältnismässigkeit* zu entsprechen (Art. 4 Abs. 2 DSG).

[83] Nach der Intention des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers stellt die Überwachung eine Gefahr für die Gesundheit der Arbeitnehmenden dar. Damit werden Fragen der Überwachung auch zum Gegenstand der betrieblichen Mitwirkung. Die Arbeitnehmenden haben bei allen Fragen des *Gesundheitsschutzes ein gesetzliches Mitwirkungsrecht* (Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG, Art. 6 Abs. 3 ArG und Art. 6 Abs. 1 ArGV 3), müssen also angehört werden und können Vorschläge unterbreiten.⁹⁸ Diese Mitwirkungsrechte stehen den Arbeitnehmenden und soweit vorhanden der betrieblichen Arbeitnehmervertretung zu (Art. 10 Abs. 1 lit. a MitwG). Wichtig ist weiter der Hinweis auf Art. 15 Abs. 2 MitwG. Gemäss dieser Bestimmung haben (auch) *Verbände* einen Anspruch auf gerichtliche *Feststellung von Verletzungen des Gesetzes*. Wenn in einem Betrieb bspw. die Internet- und E-Mail-Überwachungs-Regelungen ohne Konsultation der Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung erlassen werden, so kann diese Verletzung durch eine Gewerkschaft von einem Arbeitsgericht festgestellt werden. Die Arbeitnehmenden und die Arbeitnehmervertretung dürfen sich zudem zu diesen Fragen auch von ihren Verbänden beraten lassen.

4.2.2. Datensicherheit – Pflichten der Arbeitgebenden und Arbeitnehmenden

[84] Die Arbeit im Homeoffice (oder unterwegs) ändert nichts daran, dass Personendaten für und im Auftrag des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin bearbeitet werden. Verantwortlich für den datenschutzkonformen Umgang mit diesen Daten sind die Arbeitgebenden, sie müssen nach Art. 7 DSG die Datensicherheit durch *angemessene technische und organisatorische Massnahmen* sicherstellen. Konkret bedeutet dies, dass im Homeoffice darauf zu achten ist, dass Familienmitglie-

⁹⁵ BGE 139 II 7 E. 5.5.3 und 5.5.4.

⁹⁶ EDÖB, Internet- und E-Mail-Überwachung am Arbeitsplatz, hier herunterzuladen: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/dokumentation/leitfaeden/internet--und-e-mail-ueberwachung-am-arbeitsplatz.html>.

⁹⁷ Weiterführend zum Einsatz von «Workplace-Analytics» siehe GABRIEL KASPAR/ISABELLE WILDHABER, Big Data am Arbeitsplatz, Datenschutz- und arbeitsrechtliche Herausforderungen von People Analytics in Schweizer Unternehmen, in: Ueli Kieser/Kurt Pärli/Ursula Uttinger (Hrsg.), Datenschutztagung 2018, Zürich/St. Gallen 2019, S. 189–232; kritisch dazu: CIRIGLIANO/NIEMEYER (Fn. 15), Rz. 41.

⁹⁸ Dazu im Zusammenhang mit den aufgrund der Corona-Situation notwendigen Schutzkonzepten PÄRLI/EGGMANN (Fn. 2), Rz. 67.

der keine Einsicht in diese Daten erhalten. Dies erfordert u.a. eine Bildschirmsperre bei Verlassen des Arbeitsplatzes. Der Zugriff auf die Systeme der Arbeitgebenden erfolgt sinnvollerweise durch ein Virtual Private Network (VPN); auf diese Weise kann eine verschlüsselte Datenübertragung sichergestellt werden.

[85] Die Datensicherheit ist auch beim Einsatz von Tools für digitale Konferenzen einzuhalten. Die Datenschutzkonformität der üblichen Instrumente wurde vom Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich hinsichtlich Datenschutzkonformität geprüft.⁹⁹ Ein Unternehmen tut gut daran, sich an diese Standards zu halten und die Mitarbeitenden bezüglich des richtigen Gebrauchs anzulernen.

4.3. Gesundheitsschutz im Homeoffice

4.3.1. Allgemeines

[86] Art. 6 Abs. 1 ArG verpflichtet die Arbeitgebenden, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Nach Art. 6 Abs. 2 ArG haben die Arbeitgebenden die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmenden möglichst vermieden werden. Gestützt auf Art. 6 Abs. 4 und Art. 40 ArG hat der Bundesrat die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) erlassen, welche die Massnahmen regelt, die in allen dem Gesetz unterstehenden Betrieben für die Gesundheitsvorsorge zu treffen sind (Art. 1 Abs. 1 ArGV 3). Die Formulierungen in ArGV 3 sind zum Teil sehr offen und lassen es nicht immer zu, direkt aus dem Gesetz konkrete Regeln zum Gesundheitsschutz abzulesen. Konkretisierungen finden sich in der Wegleitung des SECO zur ArGV 3.¹⁰⁰

[87] Neben den Arbeitgebenden nehmen Art. 6 Abs. 3 ArG sowie Art. 10 ArGV 3 auch die Arbeitnehmenden in die Pflicht. So sind die Arbeitnehmenden verpflichtet, die Weisungen der Arbeitgebenden bezüglich der Gesundheitsvorsorge zu befolgen und die allgemein anerkannten Regeln zu berücksichtigen. Ferner müssen die Arbeitnehmenden die persönlichen Schutzausrüstungen benützen und dürfen die Wirksamkeit der Schutzeinrichtungen nicht beeinträchtigen (Art. 10 Abs. 1 ArGV 3). Falls die Arbeitnehmenden Mängel feststellen, welche die Gesundheitsvorsorge beeinträchtigen, haben sie diese zu beseitigen, sofern sie dazu befugt und in der Lage sind. Ansonsten haben sie den Mangel den Arbeitgebenden zu melden (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3).

[88] Die *Gesundheitsvorschriften des ArG* finden genauso wie die flankierende Vorschrift in Art. 328 Abs. 2 OR auch im Homeoffice und bei der Arbeit unterwegs Anwendung. Insbesondere greift hier nicht die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. g ArG (private Haushalte).¹⁰¹ Dazu kommt, dass die Verpflichtungen der Arbeitgebenden zum Gesundheitsschutz auch für Personen und

⁹⁹ Die Liste kann unter folgendem Link konsultiert werden: <https://dsb.zh.ch/internet/datenschutzbeauftragter/de/themen/digitale-zusammenarbeit.html>.

¹⁰⁰ SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz und Anhänge, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Wegleitungen_zum_Arbeitsgesetz/wegleitung-zu-den-verordnungen-3-und-4-zum-arbeitsgesetz.html.

¹⁰¹ Siehe dazu Näheres oben, Rz. 31.

Betriebe Anwendung finden, auf die die Arbeits- und Ruhezeitvorschriften nicht gelten (siehe Art. 3a ArG).

[89] Die Geltung der Gesundheitsvorschriften des ArG bei Homeoffice hat zur Folge, dass namentlich die *Anforderungen an den Arbeitsplatz hinsichtlich Raum- und Lichtverhältnisse sowie an die Arbeitsgeräte* erfüllt sein müssen. Ein korrekt eingerichteter Homeoffice-Arbeitsplatz muss deshalb u.a. über genügend Arbeitsfläche verfügen, ausreichend Bewegungsraum um die Arbeitsfläche herum enthalten, eine adäquate Beleuchtung aufweisen und eine Sicht ins Freie ermöglichen.¹⁰²

[90] Die Pflichten der Arbeitgebenden zum Gesundheitsschutz stehen auch im Zusammenhang mit den Arbeits- und Ruhezeiten. Eine wirksame Kontrolle ist nicht einfach Selbstzweck, sondern dient vielmehr dem Schutz vor Burnout und Überarbeitung. Zudem müssen die Arbeitgebenden gestützt auf Art. 328 Abs. 1 OR und Art. 6 ArG mit *adäquaten Massnahmen der sozialen Isolation der im Homeoffice Tätigen entgegenwirken*. Die entsprechenden Aktivitäten sollen in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmenden, der Arbeitnehmervertretung und auch den Gewerkschaften erarbeitet werden.

4.3.2. Kontrolle und Durchsetzung des Gesundheitsschutzes im Homeoffice

[91] Nach Art. 45 Abs. 2 ArG ist die Arbeitgeberin verpflichtet, den Vollzugsbehörden des ArG Zutritt zu den Räumen des Betriebs zu verschaffen. Diese gesetzliche Regelung geht davon aus, dass die Arbeitnehmenden ihre Arbeitstätigkeit in einem Gebäude auf dem Betriebsgelände ihrer Arbeitgeberin ausführen. Es liegt auf der Hand, dass die Arbeitgeberin die Verpflichtung nach ArG nicht ohne weiteres erfüllen kann. Hauptproblem ist das fehlende Recht der Arbeitgeberin, die Einhaltung der Gesundheitsvorschriften in den privaten Räumlichkeiten des Arbeitnehmers zu kontrollieren.

[92] Vereinzelt wird vor allem im deutschen Recht die Meinung vertreten, dass Arbeitnehmende konkludent den Arbeitgebenden bzw. dem zuständigen Arbeitsinspektorat ein Zutrittsrecht einräumen.¹⁰³ Angesichts der Bedeutung des Privatsphärenschutzes in der schweizerischen Rechtsordnung ist diese Position kaum haltbar. Abgelehnt wird insbesondere, ein Zutrittsrecht der Arbeitgeberin über Art. 6 Abs. 3 Satz 2 ArG (Mitwirkungspflicht der Arbeitnehmenden) zu konstruieren.¹⁰⁴

[93] Der Gesetzgeber könnte selbstverständlich für das Zutrittsrecht der Behörden bzw. der Arbeitgebenden im ArG eine gesetzliche Grundlage schaffen.¹⁰⁵ Auch in einem GAV könnte eine entsprechende Verpflichtung verankert werden. Zudem ist es zulässig, im Rahmen des Arbeitsvertrages bzw. der zusätzlichen Vereinbarung zu Homeoffice festzuhalten, wonach der Arbeitneh-

¹⁰² Siehe dazu die SECO-Publikation «Arbeiten zu Hause im Homeoffice», Bern, 2019, S. 10, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Broschuren/homeoffice.html. Ausführlich zur Ergonomie am Arbeitsplatz CIRIGLIANO/NIEMEYER (Fn. 15), Rz. 51 ff.

¹⁰³ OLIVER RICKEN, Telearbeit, in: Nicolai Besgen/Thomas Prinz (Hrsg.), Handbuch Internet. Arbeitsrecht – Rechtssicherheit bei Nutzung, Überwachung und Datenschutz, 3. Aufl., Berlin 2013, S. 260.

¹⁰⁴ DOMENIG (Fn. 17), S. 292.

¹⁰⁵ DOMENIG (Fn. 17), S. 293 f. Zur Problematik der personellen und finanziellen Unterdotierung der kantonalen Arbeitsinspektorate siehe LUCA CIRIGLIANO/LUKAS SCHAUB, Die Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Effektivität der kantonalen Arbeitsinspektorate, ARV/DTA 2020, S. 197 f.

mer einwilligt, die Einhaltung der Gesundheitsvorschriften im Homeoffice zu kontrollieren.¹⁰⁶ Auch eine Ermächtigung zu Kontrollbesuchen des Arbeitsinspektorats (als ultima ratio) könnte ausdrücklich genannt werden. Selbstverständlich dürfte dies nur auf Voranmeldung erfolgen und zudem müsste die Privatsphäre des Arbeitnehmers so stark wie möglich geschützt bleiben. Eine weniger in die Privatsphäre eingreifende Variante liegt in der Dokumentation des Homeoffice mit Fotos und Plänen und deren Weiterleitung durch die Arbeitgeberin an das zuständige Arbeitsinspektorat.¹⁰⁷

4.4. Unfallversicherungsschutz

[94] Alle Arbeitnehmenden sind nach Art. 1a Unfallversicherungsgesetz (UVG) obligatorisch gegen das Unfallrisiko versichert. Erfasst sind sowohl Betriebs- als auch Nichtbetriebsunfälle (Art. 1a UVG); letztere allerdings nur für Betriebsunfälle, wenn die wöchentliche Arbeitszeit weniger als acht Stunden beträgt (Art. 13 Abs. 1 UVV). In diesen Konstellationen gelten Unfälle auf dem Arbeitsweg¹⁰⁸ als Betriebsunfall.

[95] Arbeit im Homeoffice, erfolge dies im Rahmen eines Pensums von unter oder über acht Stunden pro Woche, ist genau wie die Arbeit im Betrieb obligatorisch unfallversichert. Koordinationsprobleme können sich ergeben, wenn eine Person neben der Homeoffice-Tätigkeit für die eine Arbeitgeberin noch für eine andere Arbeitgeberin tätig ist. Die Zuweisung der Leistungspflicht erfolgt nach Massgabe von Art. 77 UVG in Verbindung mit Art. 99 ff. der Verordnung zum Unfallversicherungsgesetz (UVV). Diese Bestimmungen finden unabhängig davon Anwendung, ob die Arbeit im Homeoffice geleistet wird oder nicht.

[96] Die Unfallversicherungsdeckung gilt bei Arbeit im Dienste der Arbeitgeberin, auch wenn die Arbeit nicht im «Home» oder im Betrieb, sondern unterwegs, im Ferienaus oder im Park geleistet wird. Entscheidend ist, ob sich das Unfallrisiko im Rahmen einer beruflichen Tätigkeit verwirklicht. Verunfallt der Arbeitnehmer in der Freizeit, so handelt es sich um einen Nichtberufsunfall. Wie ausgeführt, kommt es hier auf das Arbeitspensum an, ob der Unfall versichert ist oder nicht.¹⁰⁹ Zu beachten sind strengere Kürzungsmöglichkeiten des Unfallversicherers bei Nichtberufsunfällen.¹¹⁰

4.5. Homeoffice im Ausland

[97] Bei Homeoffice im Ausland stellen sich Fragen auf mehreren Ebenen. In steuerrechtlicher Hinsicht könnte Homeoffice zu einer Steuerpflicht des Unternehmens am Ort des Homeoffice führen.¹¹¹ Auch ist möglich, dass Homeoffice einen ausländischen Gerichtsstand am Wohn- und

¹⁰⁶ DANIEL KETTIGER, Datenschutz im Homeoffice, https://www.weblaw.ch/dam/weblaw_ag/ce/themenseiten/corona-virus/Kettiger_Datenschutzpraxis_06_Homeoffice.pdf, S. 2.

¹⁰⁷ CIRIGLIANO/NIEMEYER (Fn. 15), Rz. 60; STEIGER-SACKMANN (Fn. 53), 310.

¹⁰⁸ Zum Arbeitsweg siehe oben, Rz. 28.

¹⁰⁹ Siehe oben, Rz. 94.

¹¹⁰ Art. 39 UVG in Verbindung mit Art. 49 und 50 UVV die Leistungskürzungsoptionen des Versicherers bei aussergewöhnlichen Gefahren und Wagnissen. Diese Kürzungen sind auf Nichtberufsunfälle beschränkt.

¹¹¹ Siehe dazu oben, Rz. 62.

Arbeitsort begründet.¹¹² Schliesslich ist auch auf die Anwendung der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) hinzuweisen.

[98] Die sozialversicherungsrechtlichen Regelungen sind bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen von sehr grosser praktischer Bedeutung. Anwendbar sind im Verhältnis der Schweiz zu EU-Staaten Art. 11 ff. der Verordnung Nr. 883/2004 der EU (Anhang II zum Freizügigkeitsabkommen Schweiz/EU und Mitgliedstaaten). Art. 11 der VO 883/2004 enthält zwei zentrale Grundsätze. Zum einen soll für eine der Verordnung unterstellte Person nur das Recht eines Mitgliedstaates Anwendung finden (die Schweiz gilt hier als Mitgliedstaat) und zum anderen gilt der Grundsatz, dass bei Erwerbstätigen der Staat zuständig ist, in dem die betreffende Person erwerbstätig ist. Dies hat Konsequenzen auch beim Homeoffice: Wenn bspw. ein Arbeitnehmer bei einer schweizerischen Unternehmung angestellt ist und die ganze Arbeitszeit im Homeoffice in Frankreich verbringt, ist für dieses schweizerische Arbeitsverhältnis das französische Sozialversicherungsrecht anwendbar. Art. 13 der VO 883/2004 regelt Konstellationen der gleichzeitigen Tätigkeit in mehreren Mitgliedstaaten. Wenn eine Person im Wohnsitzstaat einen wesentlichen Teil ihrer Arbeitszeit leistet, so kommt es zu einer Unterstellung unter das Sozialversicherungssystem dieses Staates. Ein wesentlicher Teil liegt gemäss Art. 14 Abs. 8 der Durchführungsverordnung 987/2009/EG vor, wenn die Tätigkeit im Wohnsitzstaat 25% und mehr umfasst. Wenn dem so ist, werden die betreffenden Arbeitnehmenden in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht so behandelt, als ob sie ihre Arbeitstätigkeit gesamthaft in ihrem Wohnsitzstaat ausführen würden. In der Folge sind sämtliche Sozialabgaben durch die schweizerische Arbeitgeberin im Wohnsitzstaat des Arbeitnehmers zu leisten.

4.6. Homeoffice und betriebliche Mitwirkung

[99] Bereits erwähnt wurden die Mitwirkungsmöglichkeiten der Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung in Fragen des Gesundheitsschutzes, wozu auch Überwachungsreglemente gehören, da die Überwachung die Gesundheit der Arbeitnehmenden gefährden kann.¹¹³

[100] Weiter haben die Arbeitgebenden dafür zu sorgen, dass auch Arbeitnehmende, die vorwiegend oder gar ausschliesslich im Homeoffice tätig sind, die ihnen zustehenden gesetzlichen Mitwirkungsrechte nach MitwG und auch nach dem Recht der beruflichen Vorsorge (siehe insbesondere Art. 11 BVG) wahrnehmen können. Das betrifft vorab das Recht, die Arbeitnehmervertretung zu wählen bzw. in diese gewählt zu werden. Die Arbeitnehmervertretung muss zudem die Möglichkeit haben, mit den «Homeoffice-workern» digital in Kontakt zu treten. Gleiches gilt auch für Gewerkschaften, denen nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein Recht auf Zutritt zum Betrieb zumindest im Bereich der öffentlichen Verwaltung zusteht. Es ist damit zu rechnen, dass das Bundesgericht auch in einer privatrechtlichen Streitigkeit gleich entscheiden würde.¹¹⁴

¹¹² Siehe dazu oben, Rz. 29 f.

¹¹³ Siehe dazu oben, Rz. 83.

¹¹⁴ Kurt PÄRLI/LAURA KUNZ, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 2C_499/2015 vom 6. September 2017, BGE 144 I 50, in: ZSR 5/2019, S. 561 ff., siehe auch KURT PÄRLI, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, AJP 2014, S. 1454 ff.

5. Zusammenfassung und Handlungsmöglichkeiten

5.1. Zentrale Erkenntnisse

[101] Von «nur Homeoffice» ist in der Regel abzuraten, die nachteiligen Auswirkungen hinsichtlich sozialer Isolation sowie fehlender Eingebundenheit in die Arbeitsprozesse und in den Betrieb sind zu gross.

[102] Die zunehmende Verbreitung von Homeoffice wirkt sich auf die arbeits- und versicherungsrechtliche Einschätzung der Arbeitsfähigkeit aus. Gefordert sind hier insbesondere auch die Arbeitsmedizinerinnen und die Gutachterinnen in den Versicherungen. Die entsprechenden Zeugnisse und Gutachten müssen differenzierter werden (arbeitsunfähig, arbeitsunfähig im Betrieb, arbeitsunfähig im Betrieb und im Homeoffice).

[103] Homeoffice, wie es heute in vielen Branchen und Betrieben verbreitet ist (Tendenz steigend), ist von Heimarbeit im Sinne von Art. 351 ff. OR und des HArG klar abzugrenzen, insbesondere sind Versuche, bei Homeoffice durch vertragliche Konstrukte die Geltung des ArG zu umgehen, zu bekämpfen.

[104] Wenn Arbeitnehmende ganz oder teilweise im Homeoffice tätig sind, begründet dies einen Arbeitsort. Dies schafft Arbeitnehmenden einen zusätzlichen Gerichtsstand. Zudem entsteht bei «nur Homeoffice» ein Anspruch auf Auslagenersatz bei notwendigen Terminen im Betrieb.

[105] Das ArG gilt im Homeoffice nach gleichen Kriterien wie bei der Arbeit im Betrieb. Ruhezeiten-, Nacht- und Sonntagsarbeitsverbote gelten wie der Gesundheitsschutz gleichermaßen. Arbeitgebende sind verpflichtet, gegenüber den Vollzugsbehörden die Erfassung der Arbeitszeit vorzuweisen. Die Arbeitgebenden dürfen (und müssen) die Arbeitnehmenden im Homeoffice zur Erfassung der Arbeitszeit anhalten. Die Kontrolle und Durchsetzung der ArG-Vorschriften ist mit Schwierigkeiten verbunden, weil die Privaträume eines Arbeitnehmers bzw. einer Arbeitnehmerin ohne Einwilligung weder von den Arbeitgebenden noch vom Arbeitsinspektorat betreten werden können. Eine vertragliche (GAV oder Einzelarbeitsvertrag) Regelung betreffend Kontrolle der Vorschriften (v.a. Gesundheitsvorschriften, die Einhaltung der Arbeits- und Ruhezeiten kann ohne Zutritt zum «Home» gewährleistet werden) ist möglich, wobei ein Zutrittsrecht der Behörden bzw. der Arbeitgebenden dabei als ultima ratio vorgesehen werden kann.

[106] Bei Homeoffice haben die Arbeitgebenden die notwendigen Auslagen gemäss Art. 327a OR zu übernehmen.¹¹⁵ Dazu gehört gemäss einem Bundesgerichtsurteil auch ein Mietanteil für das Arbeitszimmer, sofern im Betrieb an den Homeoffice-Tagen kein Büro zur Verfügung steht.

[107] Ganzes oder teilweises Homeoffice kann vertraglich verabredet, durch die Arbeitgebenden angewiesen, auf Wunsch des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin gewährt oder durch die Behörden angeordnet werden. Es besteht zwar grundsätzlich kein rechtlicher Anspruch auf Homeoffice der Arbeitnehmenden. Aufgrund der Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden ergibt sich indes die Pflicht der Arbeitgebenden, im Falle einer eingeschränkten Arbeitsfähigkeit im Betrieb, die Option «Homeoffice» im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten zu prüfen.

[108] Homeoffice erfordert von den Arbeitnehmenden eine besondere Sensibilität hinsichtlich Geschäftsgeheimnisse und Datensicherheit. Daten- und Persönlichkeitsschutz sowie der Anspruch auf Schutz der Privatsphäre bilden die Leitplanken, an die sich die Arbeitgebenden bei der Über-

¹¹⁵ Zur Ausnahme für die Dauer der Homeoffice-Pflicht Rz. 54 f.

wachung der Arbeitnehmenden im Homeoffice zu halten haben. Zentral sind u.a. die Grundsätze der Transparenz und der Verhältnismässigkeit.

[109] Der Unfallversicherungsschutz gilt im Homeoffice nach den gleichen Kriterien wie bei den «normalen» Arbeitsverhältnissen, d.h., ein Versicherungsschutz bei Nichtberufsunfällen besteht nur, soweit mindestens acht Stunden pro Woche gearbeitet werden. Weiter gilt der Unfallversicherungsschutz überall, wo im Dienste der Arbeitgebenden gearbeitet wird, d.h. auch im Feriendomizil, unterwegs usw. Zu bedenken ist allerdings, dass bei einer Tätigkeit im Ausland von mindestens 25% aufgrund des FZA und der VO 883/2004/EG ein Wechsel des Sozialversicherungsstatuts eintritt.

[110] Auch im Homeoffice haben die Arbeitgebenden die Bestimmungen des MitwG einzuhalten. Das heisst u.a., dass sie die Arbeitnehmenden bzw. die Arbeitnehmervertretung zu allen Fragen des Gesundheitsschutzes (betrifft auch die Überwachung) zu konsultieren haben. Auch müssen die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmenden im Homeoffice durch geeignete organisatorische Massnahmen sichergestellt werden.

5.2. Sensibilisierung der Arbeitnehmervertretungen (Personal-kommissionen)

[111] Wie an verschiedenen Stellen aufgezeigt wurde, ist die Arbeitnehmervertretung bei Fragen des Homeoffice zu konsultieren. Die entsprechenden Gremien müssen (auch durch die Verbände) auf diese Rechte aufmerksam gemacht werden und die Mitglieder der Arbeitnehmervertretung sind entsprechend zu schulen.

5.3. Regelungsmöglichkeiten in GAV und Konkretisierung in den Einzel-arbeitsverträgen

[112] Homeoffice bietet Chancen, birgt aber auch Risiken. Ziel muss sein, einen fairen Interessenausgleich zu finden, der sowohl den Arbeitnehmenden als auch den Unternehmen dient. Die Verbände kennen die Verhältnisse in den Branchen und Betrieben und sind so prädestiniert, problemadäquate Lösungen rund um das Homeoffice in GAVs zu verankern. Die vorliegende Analyse hat gezeigt, dass sich die allermeisten Fragen auf der Grundlage des geltenden Rechts lösen lassen. Gesetzgeberische Aktivitäten sind deshalb nicht unbedingt erforderlich.¹¹⁶

[113] In GAVs sind *namentlich* folgende Aspekte zu regeln:¹¹⁷

- Grundsätze des Homeoffice (z.B. i.d.R. kein «nur» Homeoffice, Ziele des Homeoffice, Grundsatz der Partizipation der Mitarbeitenden usw.),
- Grundsätze der Kostenübernahme (Konkretisierung Art. 327 und 327a OR),

¹¹⁶ A.M. CIRIGLIANO/NIEMEYER (Fn. 15), Rz. 77 ff., welche insb. eine Ausweitung und Anpassung des Heimarbeitsgesetzes (siehe Rz. 19) vorschlagen sowie STEIGER-SACKMANN (Fn. 53), 315 welche neben Präzisierungen neue Bestimmungen zur Regelung der Kosten, die durch regelmässiges Arbeiten im Homeoffice entstehen, befürwortet.

¹¹⁷ Siehe CIRIGLIANO/NIEMEYER (Fn. 15), Rz. 82, 85 mit Beispielen für bestehende Regelungen in GAVs sowie weiteren Regelungsaspekten.

- Verpflichtung der einzelnen Arbeitgebenden zu konkreten vertraglichen Regelungen, wenn Homeoffice vereinbart wird,
- Konkretisierungen, dass die Arbeitszeiterfassung und der Gesundheitsschutz der Arbeitnehmenden sichergestellt werden soll,
- Grundsätze der Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen, Datensicherheit, Daten- und Persönlichkeitsschutz der Arbeitnehmenden (Transparenz und Verhältnismässigkeit),
- die Auswirkungen des Homeoffice sind periodisch unter Einbezug der Arbeitnehmenden, ggf. der Arbeitnehmersvertretung und (idealerweise) der Verbände zu evaluieren.

[114] Selbstverständlich können und sollen die Bestimmungen im GAV nicht zu weit ins Detail gehen, damit Spielraum für die Konkretisierung auf betrieblicher Ebene erfolgt.¹¹⁸

Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel, Basel.

JONAS EGGMANN, MLaw.

¹¹⁸ Siehe zu den notwendigen Regelungen auf vertraglicher Ebene oben, Rz. 64.