

§ 3 Gesundheitsschutz und Arbeitszeitvorschriften im Homeoffice*

Inhaltsübersicht	N
I. Einleitung	1
II. Anwendung des Arbeitsgesetzes im Homeoffice	3
III. Gesundheitsschutz im Homeoffice	10
1. Verantwortung der Arbeitgeberin und des Arbeitnehmers im Gesundheitsschutz	10
2. Gesundheitsschutz im Homeoffice im Einzelnen	18
a) Anforderungen an Gebäude und Räume	20
b) Anforderungen an den Arbeitsplatz und die Arbeitsmittel	22
c) Psychische Belastungen	25
d) Gefahr von Präsentismus	29
e) Sondervorschriften	33
3. Vollzug und Kontrolle	35
IV. Arbeitszeitvorschriften im Homeoffice	42
1. Arbeitszeit nach Arbeitsgesetz	44
2. Arbeitsgesetzliche Schranken	49
a) Arbeitswoche	49
b) Abendarbeit	51
c) Arbeit in der Nacht, an Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen	55
d) Pausen und Ruhezeiten	58
e) Sondervorschriften	61
3. Parteivereinbarungen und Arbeitgeberweisungen	63
4. Arbeitszeiterfassung	64
5. Vollzug und Kontrolle	67
V. Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer	73
VI. Regelungspunkte	76

Literatur: BONVIN JEAN-MICHEL/CIANFERONI NICOLA/KEMPENEERS PIERRE, Evaluation der Auswirkungen der am 1.1.2016 in Kraft getretenen Änderungen der Vorschriften zur Arbeitszeiterfassung (Art. 73a und 73b ArGV 1) im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Bern 2019 (zit. Evaluation); CARCAGNI ROESLER ROMINA, Home Office, ArbR 2014 71 ff. (zit. ArbR 2014); CIRIGLIANO LUCA/NIEMEYER JENS, Homeoffice: rechtliche Regelungen sowie Mustervertrag für die Praxis, Jusletter vom 30.11.2020 (zit. Jusletter vom 30.11.2020); DOMENIG PASCAL, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Bern 2016 (zit. Diss.); DUNAND JEAN-PHILIPPE/WYLER RÉMY, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter <www.DroitDuTravail.ch> 9.4.2020 (zit. droitdutravail.ch 2020); EGLI URS, Der mobile Arbeitneh-

* Ein herzliches Dankeschön für die Hilfe bei der Recherche geht an STEFANIE DEBRUNNER-EPPRECHT, MLaw, Rechtsanwältin, wissenschaftliche Assistentin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten der Universität St. Gallen (FAA-HSG).

mer, Jusletter IT vom 28.6.2017 (zit. Jusletter IT vom 28.6.2017); ETTER BORIS/SOKOLL JOHANNES, Gesundheitsschutz im Homeoffice, SJZ 2020, 695 ff. (zit. SJZ 2020); GREBSKI LUKASZ/PORTMANN WOLFGANG, § 6 Ausgewählte Fragen zur Arbeitszeit, in: Portmann Wolfgang/von Kaenel Adrian (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018 (zit. in FHB Arbeitsrecht); JACOBS MATTHIAS, Reformbedarf im Arbeitszeitrecht, NZA 2016, 733 ff. (zit. NZA 2016); KASPER GABRIEL/WILDHABER ISABELLE, Big Data am Arbeitsplatz, Datenschutz- und arbeitsrechtliche Herausforderungen von People Analytics in Schweizer Unternehmen, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt/Uttinger Ursula (Hrsg.), Datenschutztagung 2018 – Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen, Zürich/St. Gallen 2019, 189 ff. (zit. in Datenschutztagung 2018); KUBEL SINA, Home-Office: Chancen und Gefahren aus Sicht des Gesundheitsschutzes, Schweizerische Vereinigung unabhängiger Sicherheitsingenieure und -berater (ssi), Bulletin Nr. 2/2014, 1 ff. (zit. ssi 2/2014); NORDMANN PHILIPPE/LOOSER FABIAN, Anordnung von Homeoffice durch den Arbeitgeber aufgrund des Coronavirus, Walder Wyss Rechtsanwälte Employment News Nr. 45, März 2020 (zit. Employment News Nr. 45); PÄRLI KURT/EGGMANN JONAS, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, Jusletter vom 22.2.2021 (zit. Jusletter vom 22.2.2021); PÄRLI KURT/HUG JULIA, Arbeitsrechtliche Fragen bei Präsentismus (Arbeit trotz Krankheit), ARV 2012, 1 ff. (zit. ARV 2012); ROHNER TOBIAS F./MAAS SANNA, Home Office – arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte, SJZ 2015, 325 ff. (zit. SJZ 2015); RUDOLPH ROGER, Ständige Erreichbarkeit: Keine ruhige Minute mehr, weka 2020 (zit. weka 2020); RUDOLPH ROGER, Fünf Mysterien des Arbeitsgesetzes, in: Müller Roland/Pärli Kurt/Wildhaber Isabelle (Hrsg.), Arbeit und Arbeitsrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich/St. Gallen 2017, 401 ff. (zit. FS Geiser); SOMMER UELI/WETZSTEIN SIMONE, Geänderte Vorschriften zur Arbeitszeiterfassung, Walder Wyss Rechtsanwälte Employment News Nr. 29, November 2015 (zit. Employment News Nr. 29); STEIDELMÜLLER CORINNA/MEYER SOPHIE-CHARLOTTE/MÜLLER GRIT, Home-Based Telework and Presenteeism Across Europe, JOEM 2020, 998 ff. (zit. JOEM 2020); STEIGER-SACKMANN SABINE, Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, ARV 2020, 300 ff. (zit. ARV 2020); SUVA, Welches sind Ihre Pflichten auf dem Gebiet der Arbeitssicherheit und des Gesundheitsschutzes?, Nr. 140.d, Luzern 2018 (zit. Pflichten Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz); SUVA, Zukunftsstudie 2029, Expertenstudie zu künftigen Unfall- und Berufskrankheitsrisiken und Präventionschancen, Nr. 2931.d, Luzern 2010 (zit. Zukunftsstudie 2029); TSCHANNEN EMANUEL GEORG, Der Homeoffice-Vertrag als Innominatkontrakt, recht 2018, 1 ff. (zit. recht 2018); VON KAENEL ADRIAN, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, ARV 2009, 1 ff. (zit. ARV 2009); VUISOZ ALAIN, Homeoffice – eine «neue» Arbeitsweise, EKAS Mitteilungsblatt Nr. 89, November 2019, 24 ff., <<https://www.ekas.ch/mitteilungsblatt>> (3.5.2021) (zit. EKAS Nr. 89); WALDVOGEL KASSANDRA, Präsentismus im arbeitsrechtlichen Kontext, Jusletter vom 15.3.2021 (zit. Jusletter vom 15.3.2021); WILDHABER ISABELLE, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, Sonderheft ZSR 2020, 157 ff. (zit. Sonderheft ZSR 2020); WILDHABER ISABELLE, Die Roboter kommen – Konsequenzen für Arbeit und Arbeitsrecht, ZSR 2016 I, 315 ff. (zit. ZSR 2016 I).

Materialien: Botschaft zur Revision des Heimarbeitsgesetzes vom 27. Februar 1980, BBl 1980 II 293 ff. (zit. Botschaft HARg); Bundesrat, Rechtliche Folgen der Telearbeit, Bericht des Bundesrates zum Postulat 12.3166 Meier-Schatz vom 16. November 2016 (zit. BR Telearbeit 2016); Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Arbeiten zu Hause – Homeoffice, Nr. 710.246.d, Bern

2019 (zit. SECO Homeoffice 2019); Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Hilfe, Tipps und Tricks für das Homeoffice in Pandemiezeiten, Bern 2.3.2021 (zit. SECO Hilfe 2021); Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Bern März 2021 (zit. SECO Wegleitung I); Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz, Bern Februar 2021 (zit. SECO Wegleitung II); Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Neues Coronavirus (Covid-19), Bern Januar 2021 (zit. SECO Merkblatt Gesundheitsschutz).

I. Einleitung

Gesundheitsschutz und Arbeitszeiten sind *zwei wesentliche Themen im Homeoffice*.¹ Denn die Ergonomie des Arbeitsplatzes ist am Wohnsitz der Arbeitnehmer oder an einem anderen Ort ausserhalb des Betriebs nicht zwingend garantiert. Und die Flexibilisierung der Arbeitszeiten im Homeoffice kann zu Problemen führen, wenn Arbeitszeit und Freizeit immer weniger getrennt werden. Stress und fehlende Erholung können die Folge sein. Die SUVA schrieb schon im Jahr 2010: «Vermehrt wird es schwierig werden, bei Freelancern, die zu Hause arbeiten, Sicherheitsstandards und Arbeitsplatzvorschriften umzusetzen und zu kontrollieren. Heimarbeiter arbeiten zudem vermehrt isoliert, was sich psychisch ebenfalls nachteilig auswirken kann. Zudem überarbeiten sie sich öfter durch unkontrollierte Arbeitszeiten; an Feiertagen, an Wochenenden oder auch abends und nachts. Eine mangelhafte individuelle Arbeitszeitkontrolle führt aufgrund von ständiger Verfügbarkeit und Erreichbarkeit zu stressbedingten Krankheitsrisiken, aber auch zu Ernährungsproblemen und zu sozialen Problemen mit der Familie oder dem Partner.»¹ Diese Prognosen haben sich auch für Arbeitnehmer (nebst den von der SUVA angesprochenen Freelancern) im Homeoffice bewahrheitet und sind ernst zu nehmen. Deshalb widmet sich Kapitel § 3 den beiden Themen Gesundheitsschutz und Arbeitszeiten.

Gesundheitsschutz und Arbeitszeiten sind primär durch das Arbeitsgesetz (ArG)² und die dazugehörigen Verordnungen geregelt, weshalb zu Beginn die Anwendung des Arbeitsgesetzes im Homeoffice untersucht wird (nachfolgend II.). Sodann werden der Gesundheitsschutz im Homeoffice (nachfolgend III.) und die Arbeitszeitvorschriften im Homeoffice (nachfolgend IV.) dargestellt und auf Probleme bei Vollzug und Kontrolle hingewiesen. Das Kapitel endet mit einem Hinweis auf die zwingenden Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer beim Gesundheitsschutz und den Arbeitszeitvorschriften (nachfolgend V.) und einer Liste der wichtigsten Rege-

¹ SUVA Zukunftsstudie 2029, 39.

lungspunkte (nachfolgend VI.). Grundsätzlich gelten für das Arbeiten im Homeoffice die gleichen Gesundheitsschutz- und Arbeitszeitvorschriften wie im Betrieb.

II. Anwendung des Arbeitsgesetzes im Homeoffice

- 3 Das Arbeitsgesetz ist grundsätzlich auf alle öffentlichen und privaten Betriebe anwendbar (Art. 1 Abs. 1 ArG). Ein Betrieb im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn eine Arbeitgeberin dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmer beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind (Art. 1 Abs. 2 ArG). Ein Homeoffice fällt somit unter den arbeitsgesetzlichen Betriebsbegriff und die Arbeitsleistung im Homeoffice *untersteht damit grundsätzlich dem Arbeitsgesetz*, wenn keine Ausnahmebestimmungen in betrieblicher oder persönlicher Hinsicht Anwendung finden.²
- 4 Für Homeoffice kommt die Ausnahmebestimmung von Art. 2 Abs. 1 lit. g ArG für *private Haushaltungen* nicht zur Anwendung. Die Erbringung einer Arbeitsleistung ist gemäss dieser Ausnahmebestimmung nur dann vom betrieblichen Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzes ausgeschlossen, wenn sie in einem fremden Privathaushalt und für private Bedürfnisse der Arbeitgeberin ausgeführt wird.³
- 5 Das Arbeitsgesetz kommt des Weiteren gemäss Art. 3 lit. f ArG dann nicht zur Anwendung, wenn *Heimarbeit im Sinne von Art. 351 ff. OR* geleistet wird. Historisch gesehen umfasste die Heimarbeit nur Handwerkstätigkeiten.⁴ Heimarbeit im Sinne von Art. 351 ff. OR kann indessen auch kaufmännischer oder technischer Natur sein.⁵ Bei der Heimarbeit verpflichtet sich der Heimarbeiternehmer, in seiner Wohnung oder in einem anderen, von ihm bestimmten Arbeitsraum allein oder mit Familienangehörigen Arbeiten im Lohn für die Arbeitgeberin auszuführen (Art. 351 OR). Der Gesetzgeber hat bewusst keine öffentlich-rechtlichen Schutznormen für

² Für die Anwendung des ArG auf Homeoffice: KUKO ArG-BACHMANN, Art. 3 N 70; CARCAGNI ROESLER, ArbR 2014, 85; CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter vom 30.11.2020, N 78; DOMENIG, Diss., N 831; DUNAND/WYLER, droitdutravail.ch 2020, 27; ETTER/SOKOLL, SJZ 2020, 696; KUBEL, ssi 2/2014, 2; PÄRLI/EGGMANN, Jusletter vom 22.2.2021, N 31; RÖHNER/MAAS, SJZ 2015, 327; STEIGER-SACKMANN, ARV 2020, 307, 314 f.; VUISOZ, EKAS Nr. 89, 25; BR Telearbeit 2016, 29 ff.; a.M. TSCHANEN, recht 2018, 6 (er geht davon aus, dass Homeoffice normalerweise Heimarbeit ist).

³ KUKO ArG-BACHMANN, Art. 2 N 69 ff.; DOMENIG, Diss., N 812.

⁴ BR Telearbeit 2016, 8; zur Abgrenzung zum Heimarbeitsvertrag siehe auch vorne § 1 N 15 ff.

⁵ BGE 132 V 181 E. 2.2.

die kaufmännische, wissenschaftliche, technische und künstlerische Heimarbeit erlassen.⁶ Somit scheint für diese Formen der Heimarbeit weder das Arbeitsgesetz noch das Heimarbeitsgesetz (HArG) zu gelten.⁷ Diese Ansicht ist allerdings umstritten und ein Teil der Lehre lässt hier das ArG zur Anwendung kommen.⁸ Hingegen gilt das öffentlich-rechtliche HArG nur für gewerbliche und industrielle Heimarbeit.

Ein Heimarbeitsvertrag im Sinne von Art. 351 ff. OR liegt *selbst bei ausschliesslichem Homeoffice nur selten* vor. Die werkvertragliche Komponente ist im Heimarbeitsvertrag in Art. 351 ff. OR stark verankert und erfordert stets eine Pflicht zur Ablieferung eines bestimmten Arbeitsergebnisses.⁹ Für die Qualifikation eines Heimarbeitsvertrags sind ein dreiteiliger Zyklus der «Ausgabe-Verarbeitung-Rückgabe»¹⁰ und eine weniger ausgeprägte Subordination¹¹ notwendig. Kein Heimarbeitsvertrag, sondern ein gewöhnlicher Arbeitsvertrag liegt daher vor, wenn der Arbeitnehmer im Homeoffice mit technologischen Mitteln faktisch in den Betrieb integriert ist oder wenn er alternierend im Homeoffice und im Betrieb arbeitet.¹² Der Heimarbeitsvertrag kann also nicht generell auf Arbeitsleistungen erweitert werden, die von zu Hause erfolgen. Es ist durchaus sinnvoll, Grenzfälle nicht als Heimarbeitsvertrag zu qualifizieren, sondern dem Arbeitsvertrag mit seinem besseren Sozialschutz und der *Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes* zu unterstellen.

Arbeitnehmer, die eine höhere leitende Tätigkeit oder eine wissenschaftliche oder selbständige künstlerische Tätigkeit ausüben, Lehrer an Privatschulen sowie Lehrer, Fürsorger, Erzieher und Aufseher in Anstalten unterstehen lediglich den Gesundheitsschutzvorschriften des Arbeitsgesetzes, nicht aber den Vorschriften über

⁶ Botschaft HArG; ausführlich dazu CARCAGNI ROESLER, ArbR 2014, 83 f.

⁷ Art. 1 Abs. 4 HArG; CARCAGNI ROESLER, ArbR 2014, 84; TSCHANNEN, recht 2018, 5; a.M. und für eine Anwendung des ArG DOMENIG, Diss., N 830; PÄRLI/EGGMANN, Jusletter vom 22.2.2021, N 19; BR Telearbeit 2016, 30; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 351 OR N 3; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 351 N 1; SHK-GEISER, Art. 3 ArG N 30 f.; KUKO ArG-BACHMANN, Art. 3 N 70; MÜLLER/MADUZ, Art. 3 ArG N 20.

⁸ DOMENIG, Diss., N 830; PÄRLI/EGGMANN, Jusletter vom 22.2.2021, N 19; BR Telearbeit 2016, 30.

⁹ DOMENIG, Diss., N 134; BK-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 351 OR N 4; TSCHANNEN, recht 2018, 4; BGE 132 V 181 E. 2.2; a.M. wohl BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 351 N 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 351 OR N 1.

¹⁰ BGE 132 V 181 E. 2.2.

¹¹ DOMENIG, Diss., N 136; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Praxiskommentar, Art. 351 OR N 1 f.

¹² CARCAGNI ROESLER, ArbR 2014, 82 f.

die Arbeitszeit (Art. 3 lit. d und e i.V.m. Art. 3a lit. b und c ArG). Alle diese *Ausnahmen* gelten auch bei Arbeit im Homeoffice.

- 8 *Handelsreisende* sind vom Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes ebenfalls ausgenommen (Art. 3 lit. g ArG). Der Handelsreisendenvertrag im Sinne von Art. 347 OR muss kumulative Merkmale erfüllen: So muss der Handelsreisende seine reisende Arbeitsleistung überwiegend ausserhalb der Geschäftsräumlichkeiten seiner Arbeitgeberin erbringen (Art. 347 Abs. 2 OR). Obwohl das eine Gemeinsamkeit mit dem Homeoffice ist, wird der im Homeoffice Arbeitende in der Regel kein Handelsreisender sein, weil die Voraussetzung der Vermittlung oder des Abschlusses von Absatzgeschäften auf fremde Rechnung¹³ meistens nicht erfüllt sein wird.¹⁴
- 9 In Bezug auf Gesundheitsvorschriften und auf Arbeits- und Ruhezeitvorschriften gilt das *Territorialitätsprinzip*, d.h. es gelten die Vorschriften desjenigen Landes, in welchem der Arbeitnehmer seine Arbeitstätigkeit ausübt. Deshalb gilt das ArG grundsätzlich nicht während der Arbeit im Homeoffice ausserhalb der Schweiz. Arbeitnehmer im Homeoffice in einem ausländischen Staat unterstehen allerdings dem öffentlichen Arbeitsrecht des Wohnsitzstaats, sofern dieses ebenfalls auf dem Territorialitätsprinzip beruht. Ein Arbeitnehmer, der in Deutschland im Homeoffice arbeitet, untersteht demnach dem deutschen Arbeitszeitgesetz. Zu beachten ist, dass ausländisches Arbeitsschutzrecht teilweise zwingende Normen enthält, die über das Schutzniveau des ArG hinausreichen.

III. Gesundheitsschutz im Homeoffice

1. Verantwortung der Arbeitgeberin und des Arbeitnehmers im Gesundheitsschutz

- 10 Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer und insb. zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die (1) nach der Erfahrung notwendig, (2) nach dem Stand der Technik anwendbar und (3) den Verhältnissen angemessen sind. Das ergibt sich aus den *drei gesetzlichen Pfeilern* Art. 328 Abs. 2 OR, Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG.¹⁵ Konkretisiert werden die Massnahmen in der Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3) und der Verordnung über die Ver-

¹³ SECO Wegleitung I, 003-2; KUKO ArG-BACHMANN, Art. 3 N 71.

¹⁴ Ausführlich zur Abgrenzung zum Handelsreisendenvertrag § 1 N 21 ff. in diesem Buch.

¹⁵ WILDHABER, ZSR 2016 I, 332.

hütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV), ausserdem in Empfehlungen der SUVA und des SECO sowie in den EKAS-Richtlinien (Eidg. Koordinationskommission für Arbeitssicherheit). Die Verantwortung der Arbeitgeberin bezieht sich auf arbeitsbezogene Faktoren, die Auswirkungen auf die Gesundheit der Arbeitnehmer haben. Die Arbeitgeberin hat insbesondere die betrieblichen Einrichtungen und Arbeitsabläufe so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden (Art. 6 Abs. 2 ArG). Die Bestimmungen gelten unabhängig davon, wo die Arbeit verrichtet wird, also auch im Homeoffice.

Die privatrechtlichen und die öffentlich-rechtlichen Bestimmungen begründen letztlich *ein und dieselbe Pflicht*.¹⁶ Art. 328 OR stellt das privatrechtliche Pendant zum öffentlich-rechtlichen Art. 6 ArG dar.¹⁷ Dabei konkretisiert der öffentlich-rechtliche Gesundheitsschutz einerseits Art. 328 OR¹⁸, andererseits kann Art. 328 OR weitergehen als der öffentlich-rechtliche Gesundheitsschutz¹⁹. Relevant wird das Verhältnis von privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Gesundheitsschutz vor allem dann, wenn das Arbeitsgesetz auf das in Frage stehende Arbeitsverhältnis nicht anwendbar ist. 11

Werden die Gesundheitsschutz-Massnahmen nicht getroffen, so *haftet die Arbeitgeberin* gegenüber verunfallten oder erkrankten Arbeitnehmern oder deren Verbliebenen aus der Verletzung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht nach Art. 328 Abs. 2 OR. Das Unterlassen der erforderlichen und zumutbaren Gesundheitsschutz-Massnahmen ist ein *Annahmeverzug der Arbeitgeberin* im Sinne von Art. 324 OR, sodass die Arbeitnehmer unter Lohnfortzahlungspflicht ihre Arbeit verweigern dürfen. Ausserdem drohen *öffentlich-rechtliche Sanktionen* wie Massnahmen des Verwaltungszwangs gemäss Art. 52 ArG (bis hin zur Betriebsschliessung), die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Arbeitgeberin gemäss Art. 59 ArG oder Zwangsmassnahmen gemäss Art. 67 VUV. Die Arbeitgeberin kann diese Verantwortung nicht delegieren; auch nicht an einen internen oder externen Sicherheitsbeauftragten.²⁰ Allerdings haftet die Arbeitgeberin direkt gegenüber den Geschädigten nur für diejenigen Schäden, welche nicht von der Unfallversicherung 12

¹⁶ BR Telearbeit 2016, 37; KUKO ArG-NÖTZLI, Art. 6 N 12; WILDHABER, ZSR 2016 I, 332.

¹⁷ KUKO ArG-NÖTZLI, Art. 6 N 12.

¹⁸ BGE 132 III 257 E. 5.4; KUKO ArG-NÖTZLI, Art. 6 N 12.

¹⁹ KUKO ArG-NÖTZLI, Art. 6 N 14.

²⁰ Art. 7 Abs. 2 VUV; Art. 11a Abs. 3 VUV; Art. 7 Abs. 4 ArGV 3; siehe SUVA, Pflichten Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz, 4.

übernommen werden; sie haftet also z.B. für Genugtuungsleistungen oder Sachschäden.²¹

- 13 Eine Verletzung des Arbeitnehmers im Betrieb wird in der Praxis meistens ein *Berufsunfall im Sinne von Art. 7 UVG* sein oder zu einer Berufskrankheit im Sinne von Art. 9 UVG führen und wird durch die obligatorische Unfallversicherung nach UVG gedeckt.²² Deren Leistungen umfassen u.a. Heilungskosten, Taggelder, Integritätsentschädigungen sowie Invaliden- und Hinterlassenenrenten (Art. 10 ff. UVG). Die Haftungsverlagerung und die damit verbundene Privilegierung der Arbeitgeberin rechtfertigen sich aus ihrer Finanzierung der gesetzlichen Unfallversicherung. Als alleinige Prämienschuldnerin im Bereich der Berufsunfallversicherung hat die Arbeitgeberin ein hohes Interesse an der Vermeidung von Unfällen (Art. 91 UVG). Die Höhe der Prämie für die Berufsunfallversicherung ist abhängig vom Unfallrisiko im Betrieb (Art. 92 UVG, Art. 66 VUV). Die Prämien für die Unfallversicherung können der Arbeitgeberin substantielle Kosten verursachen, wenn mehrere Forderungen aufgrund der gleichen Ursache erfolgreich sind. Des Weiteren kann die Unfallversicherung auf die Arbeitgeberin Rückgriff nehmen (Art. 72 Abs. 1 ATSG), allerdings nur bei Absicht oder grober Fahrlässigkeit (sog. Regressprivileg; Art. 75 Abs. 2 ATSG), was aber in der Praxis oft nur gemacht wird, wenn eine Haftpflichtversicherung der Arbeitgeberin existiert.
- 14 Die obligatorische Unfallversicherung nach UVG unterscheidet zwischen *Berufsunfall und Nichtberufsunfall*. Arbeitnehmer mit einem Arbeitspensum von mindestens acht Stunden pro Woche sind sowohl gegen Berufs- als auch gegen Nichtberufsunfall versichert. Arbeitnehmer mit einem Arbeitspensum von weniger als acht Stunden pro Woche sind dagegen bei Nichtberufsunfällen nach UVG nicht versichert (Art. 8 Abs. 2 UVG, Art. 7 Abs. 2 UVG, Art. 13 Abs. 1 UVV). Als Berufsunfälle gelten Unfälle, die dem Arbeitnehmer bei Arbeiten zustossen, die er auf Anordnung der Arbeitgeberin oder in deren Interesse ausführt (Art. 7 Abs. 1 lit. a UVG) oder die während der Arbeitspausen passieren, sowie vor und nach der Arbeit, wenn er sich befugterweise auf der Arbeitsstätte oder im Bereich der mit seiner beruflichen Tätigkeit zusammenhängenden Gefahren aufhält (Art. 7 Abs. 1 lit. b UVG). Für Arbeitnehmer mit einem Arbeitspensum von weniger als acht Stunden pro Woche gelten auch Unfälle auf dem (direkten) Arbeitsweg als Berufsunfälle (Art. 7 Abs. 2 UVG).

²¹ WILDHABER, ZSR 2016 I, 332.

²² Siehe § 4 N 49 in diesem Buch.

Im Homeoffice besteht für Arbeitnehmer mit einem Arbeitspensum von weniger als acht Stunden pro Woche daher ein *Abgrenzungsproblem zwischen Berufs- und Nichtberufsunfall*, da sich Arbeitsbeginn und -ende sowie Pausen und Unterbrüche nicht einfach nachweisen lassen und sich die Grenze zwischen Arbeits- und Berufsleben teilweise verwischt, wenn der Arbeitnehmer beim Weg auf die Toilette oder beim Kaffeemachen verunfallt.²³ Im Sinne von Art. 7 Abs. 1 UVG ist dabei jeweils zu prüfen, ob der Arbeitnehmer im Homeoffice verunfallte, währenddem er Tätigkeiten im Interesse der Arbeitgeberin oder während erkennbaren Arbeitspausen zwischen solchen Arbeiten ausführte. Für Unfälle während der Arbeitspausen sowie vor und nach der Arbeit ist entscheidend, ob sich der Arbeitnehmer im Bereich der mit seiner beruflichen Tätigkeit zusammenhängenden Gefahren aufhält.²⁴ Im Zweifelsfall sollte es sich u.E. eher um einen Berufsunfall als um einen Nichtberufsunfall handeln; denn eine Schlechterstellung von Arbeitnehmern ausserhalb des gewöhnlichen Arbeitsplatzes ist vom Gesetzgeber nicht gewünscht, wie die Tatsache zeigt, dass sowohl Heimarbeitnehmer wie auch unselbständige Handelsreisende gegen Berufsunfälle versichert sind. 15

Die Arbeitgeberin trägt die *Verantwortung für den Gesundheitsschutz* (Art. 6 Abs. 1 ArG, Art. 2 und 3 ArGV 3, Art. 82 Abs. 1 UVG, Art. 3 und 6 VUV). Die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz gelten im Homeoffice gleichermaßen.²⁵ Die Arbeitgeberin hat dafür zu sorgen, dass alle Arbeitnehmer ausreichend und angemessen über die im Homeoffice möglichen physischen und psychischen Gefährdungen sowie über die Massnahmen des Gesundheitsschutzes *informiert und angeleitet* werden (Art. 5 ArGV 3, Art. 6 VUV). Diese Information und Anleitung haben im Zeitpunkt der Aufnahme der Homeoffice-Arbeit und bei jeder wesentlichen Änderung (z.B. Umzug in eine andere Wohnung) zu erfolgen. Die Arbeitgeberin muss ihre Arbeitnehmer in klar verständlicher Sprache und in geeigneter Form über Gesundheitsgefährdungen informieren und diesbezüglich schulen.²⁶ Insbesondere muss sie sich zusichern lassen, dass der private Arbeitsplatz im Homeoffice ergonomisch und frei von Gesundheitsgefährdungen eingerichtet ist. 16

Für die Einhaltung des Gesundheitsschutzes im Homeoffice sind aber auch die *Arbeitnehmer (mit)verantwortlich* (Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 10 ArGV 3, Art. 82 Abs. 3 UVG, Art. 11 VUV). Die Arbeitgeberin muss die Arbeitnehmer zur Mitwirkung 17

²³ Siehe § 4 N 49 in diesem Buch.

²⁴ Siehe § 4 N 48 f. in diesem Buch.

²⁵ DOMENIG, Diss., N 811; ETTER/SOKOLL, SJZ 2020, 698; NORDMANN/LOOSER, Employment News Nr. 45, 1; WILDHABER, Sonderheft ZSR 2020, 175.

²⁶ SECO Homeoffice 2019, 7.

heranziehen. So sind Arbeitnehmer verpflichtet, die Weisungen der Arbeitgeberin bezüglich des Gesundheitsschutzes zu befolgen und die allgemein anerkannten Regeln zu berücksichtigen (Art. 10 Abs. 1 ArGV 3, Art. 11 Abs. 1 VUV). Sie müssen Mängel, die den Gesundheitsschutz beeinträchtigen, unverzüglich beseitigen, wenn sie solche feststellen (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3, Art. 11 Abs. 2 VUV). Arbeitnehmer, welche die Vorschriften über den Gesundheitsschutz vorsätzlich verletzen, machen sich strafbar (Art. 60 ArG, Art. 113 UVG). Die Übertragung von Aufgaben an Arbeitnehmer entbindet die Arbeitgeberin nicht von ihren Verpflichtungen zur Gewährleistung des Gesundheitsschutzes (Art. 7 Abs. 2^{bis} ArGV 3, Art. 7 Abs. 2 VUV).

2. Gesundheitsschutz im Homeoffice im Einzelnen

- 18 Für einen wirksamen Gesundheitsschutz ist *zentral*, dass bei Arbeitnehmern ein Bewusstsein für mögliche Gefährdungen im Zusammenhang mit ihrer Homeoffice-Tätigkeit geschaffen (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 ArGV 3) und ihre Mitverantwortung durch konkrete Anleitungen gefördert wird. Arbeitnehmer können nur in die Pflicht genommen werden, wenn bei ihnen ein entsprechendes Bewusstsein vorhanden ist. Die Eigenverantwortung der Arbeitnehmer ist für den Gesundheitsschutz im Homeoffice unverzichtbar, da die Arbeitgeberin nur über eingeschränkte Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten (N 35 ff.) verfügt.
- 19 Im Homeoffice ergeben sich aufgrund der Privatsphäre der Arbeitnehmer einige *Besonderheiten bei der Anwendung der Pflichten nach Art. 6 ArG*. Die Arbeitgeberin hat im Homeoffice kein Zugangsrecht (N 37) und kein eigentliches Arbeitsplatzgestaltungsrecht (N 22). Hingegen ergeben sich beim Stellen von Geräten und Materialien keine Besonderheiten im Homeoffice, diese müssen den Sicherheitsnormen entsprechen (N 22).
- a) Anforderungen an Gebäude und Räume
- 20 In Bezug auf die Einrichtung der Arbeitsräume und die Arbeitsumgebung gehen die Ausführungsbestimmungen zur ArGV 3 von einem klassischen Modell der Arbeitsorganisation aus, bei welchem die Arbeitgeberin die Räumlichkeiten gestaltet und verwaltet.²⁷ Im Homeoffice kann sich das als schwierig erweisen, da die Homeoffice-Räume nicht als Arbeitsplätze konzipiert sind. Im Homeoffice-Bereich können daher *Unfallgefahren* bestehen, auf die die Arbeitgeberin keine oder nur be-

²⁷ BR Telearbeit 2016, 39.

dingte Einflussmöglichkeiten hat und auf die sie deshalb hinweisen sollte, wie z.B. Stolper- und Sturzgefahren (fehlende Geländer, herumliegende Kinderspielzeuge auf dem Boden, lose Teppiche, herumliegende Kabel, schlechte Beleuchtung).²⁸ Konkret ist in Bezug auf die *Arbeitsräume* auf folgende Anforderungen zu achten:

- keine Stolperstellen auf den Fussböden (Art. 14 VUV),
- verletzungsgesicherte Glaswände und -türen (Art. 15 VUV),
- Anforderungen an Treppen (Art. 16 VUV),
- Anforderungen an Abschränkungen und Geländer (Art. 21 VUV).

In der ArGV 3 finden sich Empfehlungen, wie Räume in geeigneter Weise zu konzipieren sind, um eine gesundheitsförderliche *Arbeitsumgebung* zu schaffen (Art. 11–22 ArGV 3, Art. 33 VUV). Konkret ist in Bezug auf die Arbeitsumgebung in Räumen auf folgende Anforderungen zu achten: 21

- ausreichende Beleuchtung (Art. 15 ArGV 3, Art. 35 VUV),²⁹
- angemessenes Raumklima (Art. 16 ArGV 3, Art. 33 VUV),
- Sicht ins Freie (Art. 24 Abs. 5 ArGV 3) bei ständigem Arbeitsplatz,³⁰
- Schutz vor übermässiger Sonneneinwirkung und Wärmestrahlung (Art. 20 ArGV 3),
- Vermeidung von Lärm und Vibrationen (Art. 22 ArGV 3, Art. 34 VUV). Diese Anforderung kann im Hinblick auf Kinder und andere Erwachsene im Homeoffice problematisch sein (helfen können Ohrenstöpsel, Noise-Cancelling-Kopfhörer, schalldichte Boxen/Akustikmöbel).³¹

b) Anforderungen an den Arbeitsplatz und die Arbeitsmittel

In Bezug auf die Einrichtung des Arbeitsplatzes und die Arbeitsmittel gehen die Ausführungsbestimmungen der ArGV 3 ebenfalls von einem klassischen Modell der Arbeitsorganisation aus, bei welchem die Arbeitgeberin die Arbeitsplätze ge- 22

²⁸ SUVA Zukunftsstudie 2029, 46.

²⁹ SECO Wegleitung II, 315-1 ff.

³⁰ Es wird unterschieden zwischen ständigen und nicht ständigen Arbeitsplätzen. Als ständiger Arbeitsplatz gilt ein Arbeitsbereich, wenn er während mehr als 2½ Tagen pro Woche durch einen Arbeitnehmer bzw. eine Arbeitnehmerin oder auch durch mehrere Personen nacheinander besetzt ist. Dieser Arbeitsbereich kann auf einen kleinen Raum-bereich begrenzt sein oder sich über den ganzen Raum erstrecken, siehe SECO Wegleitung II, 324-11.

³¹ ETTER/SOKOLL, SJZ 2020, 700; a.M. DOMENIG, Diss., N 887 (keine besonderen Schwierigkeiten).

staltet und verwaltet.³² Die Bestimmungen der ArGV 3 zu *Arbeitsplatz und Arbeitsmittel* sind grundsätzlich auch im Homeoffice zu beachten. Die Arbeitgeberin kann verlangen, dass die Anforderungen an Arbeitsplatz und Arbeitsmittel eingehalten sind. Sie hat aber im Homeoffice aufgrund der Privatsphäre der Arbeitnehmer *kein eigentliches Arbeitsplatzgestaltungsrecht*. Beim Stellen von Geräten und Materialien im Homeoffice müssen diese wie immer den Sicherheitsnormen entsprechen. Bezüglich Anforderungen an den Arbeitsplatz und die Arbeitsmittel erweisen sich die Bestimmungen betreffend Gesundheitsschutz im Homeoffice teilweise als schwierig, denn nicht alle Arbeitnehmer verfügen zu Hause über einen geeigneten Arbeitstisch, Arbeitsstuhl oder Bildschirm.

- 23 Die Art. 23 und 24 ArGV 3 legen die *ergonomischen Anforderungen an Arbeitsplätze und Arbeitsmittel* fest. Sie werden in der entsprechenden Wegleitung des SECO³³ im Einzelnen konkretisiert und gelten auch für den Arbeitsplatz im Homeoffice.³⁴ Im Homeoffice können ergonomische Probleme auftreten, insbesondere im muskuloskeletalen Bereich. Arbeitnehmer im Homeoffice verrichten meistens stundenlang Bildschirmarbeiten (Art. 15 ArGV 3) in einer immer gleichbleibenden Sitzposition, was zu einer ungünstigen ergonomischen Arbeitshaltung führen kann. Die Beachtung und die korrekte Umsetzung ergonomischer Kriterien, z.B. die geeignete Bildschirmanpassung, die korrekte Arbeitsplatzbeleuchtung und eine ergonomische Sitzposition, ermöglichen die Schaffung einer optimalen Arbeitsumgebung auch im Homeoffice. Dauerhaftes Sitzen in einer ungeeigneten Arbeitsumgebung oder übermässiges Arbeiten auf mobilen Geräten ist ergonomisch nicht zu empfehlen und sollte auch ohne gesetzliche Vorschrift zwingend vermieden werden. Selbst bei Vorhandensein eines ergonomischen Arbeitsplatzes und der notwendigen Arbeitsmittel sind diese oft nicht richtig auf- und eingestellt oder an einem falschen Ort im Homeoffice platziert.³⁵ Der Arbeitgeberin ist zu empfehlen, die Arbeitnehmer entsprechend aufzuklären und zu schulen.
- 24 Für die Arbeit am Bildschirm gelten die besonderen Anforderungen von Art. 24 ArGV 3.³⁶ Auch hier³⁷ wird zwischen ständigen und nicht ständigen Arbeitsplätzen unterschieden, wobei die ergonomischen Anforderungen an einen ständigen Arbeitsplatz höher sind. Verschiedene Vorgaben, die für den Bildschirmarbeitsplatz

³² BR Telearbeit 2016, 39.

³³ SECO Wegleitung II, 324 und 325.

³⁴ CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter vom 30.11.2020, N 51.

³⁵ SECO Wegleitung II, 323-5.

³⁶ SECO Wegleitung II, 323-4 und 324.

³⁷ Wie bei der Sicht ins Freie, Fn 30.

erforderlich oder empfehlenswert sind, werden erfahrungsgemäss in der Praxis im Homeoffice nicht im gleichen Umfang realisiert. Idealerweise verfügt ein *ergonomischer Bildschirmarbeitsplatz* über folgende Elemente:

- genügend Arbeitsfläche (ideale Arbeitsfläche des Arbeitstischs: 160 cm × 80 cm),
- höhenverstellbarer Stuhl (Füsse auf dem Boden, Bedienung der Tastatur mit locker hängenden Schultern) bei ständigen Arbeitsplätzen,
- externer Bildschirm,³⁸
- Maus und externe Tastatur,
- Bewegungsraum um die Arbeitsfläche herum,
- gute Arbeitsplatzbeleuchtung zur Vermeidung direkter oder indirekter Blendungen,
- Sicht ins Freie bei ständigen Arbeitsplätzen.³⁹

c) Psychische Belastungen

Arbeit im Homeoffice kann bei Arbeitnehmern zu psychischen Belastungen führen.⁴⁰ Als *Ursachen* zu nennen sind namentlich: 25

- fehlender Austausch mit Kollegen bis hin zu sozialer Isolation;
- zu wenig klare Grenzen zwischen Arbeit und Freizeit mit entsprechenden Auswirkungen auf das soziale Privatleben;
- lange Arbeitszeiten und insbesondere Arbeiten zu unüblichen Zeiten (Abend, Wochenende);
- das Gefühl, ständig erreichbar sein zu müssen, und damit verbunden die ständige Aufrechterhaltung einer Grundspannung;
- unzureichende Arbeitsausstattung (z.B. eine instabile oder langsame Internetverbindung);

³⁸ Zur Bildschirmgrösse bestehen keine konkreten Anforderungen, siehe CIRIGLIANO/ NIEMEYER, Jusletter vom 30. 11. 2020, N 54 ff.

³⁹ Das ist nur bei ständigen Arbeitsplätzen (im Gegensatz zu nicht ständigen) notwendig, siehe SECO Wegleitung II, 324-11.

⁴⁰ SECO Wegleitung II, Anhang zu Art. 2 ArGV 3; DOMENIG, Diss., N 853 f.; STEIGER-SACKMANN, ARV 2020, 306 m.w.H.; KUBEL, ssi 2/2014, 2 f.; siehe dazu auch die im April 2021 veröffentlichten Ergebnisse der Erhebung des Forschungsinstituts Forsa im Auftrag des Stuttgarter Prüfkonzerns Dekra unter <https://www.dekra.de/de/homeoffice-fluch-segen-asr2021> (3.5.2021).

- Monotonie der Arbeit;
 - Störungen durch die Wohnsituation oder den Alltag bei der Arbeit.
- 26 *Je länger ein Arbeitnehmer im Homeoffice arbeitet, umso stärker fallen diese Faktoren ins Gewicht. Das Risiko psychischer Belastungen besteht auch dann, wenn Arbeitnehmer auf eigenen Wunsch im Homeoffice arbeiten.*
- 27 Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, Arbeitnehmer *durch geeignete, notwendige und zumutbare Massnahmen* vor übermässigen psychischen Belastungen zu schützen. Um übermässigen psychischen Belastungen vorzubeugen, hat die Arbeitgeberin geeignete arbeitsorganisatorische Vorkehrungen zu treffen und Anordnungen zu erteilen (Art. 2 Abs. 1 ArGV 3). So sollte klar festgelegt werden, zu welchen Zeiten vom Arbeitnehmer Arbeitsleistung erwartet wird und wann er erreichbar sein muss.⁴¹ Auch muss der Arbeitnehmer auf die gesetzlichen Arbeits- und Ruhezeiten hingewiesen werden. Vor allem aber hat die Arbeitgeberin für eine Arbeitsorganisation und Unternehmenskultur zu sorgen, die übermässigen psychischen Belastungen vorbeugt und in der den festgelegten Vorgaben auch tatsächlich nachgelebt wird. Dazu gehört, dass Arbeitnehmer im Homeoffice ausserhalb der festgelegten Zeiten nur kontaktiert werden, wenn es unbedingt notwendig ist, und sie dadurch nicht sozial ausgegrenzt oder benachteiligt werden.
- 28 Die Arbeitgeberin hat sich sodann in regelmässigen *Mitarbeitergesprächen* nach dem Befinden des Arbeitnehmers im Homeoffice zu erkundigen und bei Bedarf im Einzelfall adäquate Massnahmen zu ergreifen.

d) Gefahr von Präsentismus

- 29 Es kommt häufig vor, dass Arbeitnehmer trotz Krankheit *Arbeit leisten, obwohl sie dies aus gesundheitlichen Gründen unterlassen sollten* (sog. Präsentismus). Dies birgt für den Arbeitnehmer gesundheitliche Risiken und kann für die Arbeitgeberin zu Produktivitätsverlusten führen.⁴²
- 30 Die *Gründe für Präsentismus* sind vielfältig. Erhebungen zufolge sind Gründe für Präsentismus vor allem Rücksicht auf Arbeitskollegen, fehlende Stellvertretungsregelung, zu viel Stress, zu viel Arbeit, Druck von Vorgesetzten oder Angst vor dem Verlust des Arbeitsplatzes.⁴³ Ein fehlender oder bloss reduzierter Lohnfortzah-

⁴¹ CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter vom 30. 11. 2020, N 64.

⁴² PÄRLI/HUG, ARV 2012, 5 m.w.H.

⁴³ Ausführlich dazu PÄRLI/HUG, ARV 2012, 3 f.

lungsanspruch kann ebenfalls Präsentismus fördern.⁴⁴ Zuweilen wird es von Arbeitnehmern aber auch geschätzt, von zu Hause aus (allenfalls angepasst und reduziert) zu arbeiten, wenn sie sich unwohl fühlen, anstatt sich krankschreiben zu lassen. Fallstudien zeigen ausserdem, dass Präsentismus nicht immer schädlich ist, sondern auch zweckmässig sein kann, je nach Krankheit und spezifischer Situation des Arbeitnehmers.⁴⁵ So kann Präsentismus beispielsweise einen therapeutischen Effekt haben, indem die Arbeit dem Arbeitnehmer eine Tagesstruktur gibt, ihn von seiner Krankheit ablenkt und ihm Anerkennung und Unterstützung durch Kollegen und Vorgesetzte vermittelt.

Eine kürzlich veröffentlichte Studie⁴⁶ kommt zum Schluss, dass mögliche *Barrieren, trotz Krankheit zu arbeiten, im Homeoffice geringer* sind: Der Arbeitnehmer muss nicht zu den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin pendeln und nicht befürchten, Arbeitskollegen anzustecken, und er kann die Arbeit gleich neben Frühstückstisch oder Bett aufnehmen. Das kann es Arbeitnehmern im Homeoffice zusätzlich erschweren, ihr krankheitsbedingtes Aussetzen der Arbeit gegenüber Vorgesetzten und Kollegen zu rechtfertigen. Ausserdem bergen die mit der Arbeit im Homeoffice verbundene Autonomie und die fehlende direkte Aufsicht durch Vorgesetzte generell die Gefahr, dass sich Arbeitnehmer übermässig auf ihre Aufgabenerfüllung und Zielerreichung fokussieren und zu wenig Rücksicht auf ihre Gesundheit nehmen. Bei Arbeit im Homeoffice besteht daher gemäss dieser Studie ein grösseres Risiko, dass es zu Präsentismus kommt, als wenn die Arbeit in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin verrichtet wird.⁴⁷ 31

Die Arbeitgeberin muss aufgrund ihrer *Pflicht, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen* (N 16), Arbeitnehmer davon abhalten zu arbeiten, soweit sie dies aus gesundheitlichen Gründen unterlassen sollten.⁴⁸ Die Beurteilung, welche Arbeit aus gesundheitlichen Gründen zu unterlassen ist, obliegt dabei dem Arzt oder der Ärztin. Liegt der Arbeitgeberin ein ärztliches Zeugnis vor, das dem Arbeitnehmer eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert, muss die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer jede Arbeit untersagen, insbesondere auch Arbeit im Homeoffice⁴⁹. Arbeitgeberin oder Arbeitnehmer können indessen verlangen, dass der Arzt oder die Ärztin im Zeugnis spezifiziert, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Arbeiten im 32

⁴⁴ WALDVOGEL, Jusletter vom 15.3.2021, 4 ff.

⁴⁵ STEIDELMÜLLER/MEYER/MÜLLER, JOEM 2020, 1003 m.w.H.

⁴⁶ STEIDELMÜLLER/MEYER/MÜLLER, JOEM 2020, 998 ff.

⁴⁷ STEIDELMÜLLER/MEYER/MÜLLER, JOEM 2020, 998 ff.

⁴⁸ WALDVOGEL, Jusletter vom 15.3.2021, 8 ff.

⁴⁹ PÄRLI/HUG, ARV 2012, 8 f.

Homeoffice möglich ist. Ist es dem Arbeitnehmer möglich und zumutbar, im Homeoffice zu arbeiten, so ist er aufgrund seiner Treuepflicht⁵⁰ verpflichtet, den Arzt oder die Ärztin darauf hinzuweisen und von ihm oder ihr die Arbeitsfähigkeit im Homeoffice beurteilen und gegebenenfalls im ärztlichen Zeugnis festhalten zu lassen; und er muss die Arbeitgeberin über die ärztliche Beurteilung orientieren.

e) Sondervorschriften

- 33 Für bestimmte Gruppen von Betrieben und Arbeitnehmern bestehen *Sondervorschriften im Bereich des Gesundheitsschutzes*, so z.B. für jugendliche Arbeitnehmer (Art. 29–32 ArG, ArGV 5), schwangere Frauen und stillende Mütter (Art. 35–35a ArG, Art. 60 ff. ArGV 1, Mutterschutzverordnung) sowie für Arbeitnehmer mit Familienpflichten (Art. 36 ArG).
- 34 Diese Sondervorschriften gelten bei Arbeit im Homeoffice in gleicher Weise wie in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin. So gibt es demnach *auch im Homeoffice* beispielsweise bezahlte Stillpausen.

3. Vollzug und Kontrolle

- 35 Der Vollzug des Arbeitsgesetzes liegt bei den kantonalen Arbeitsinspektionen. Die Kontrolle, wie die Vorgaben des Gesundheitsschutzes im Homeoffice umgesetzt werden, ist problematisch. Die *kantonalen Arbeitsinspektorate* sehen sich mit einem Kontrollproblem konfrontiert: Art. 45 Abs. 2 ArG i.V.m. Art. 72 Abs. 1 ArGV 1 berechtigt die Behörden nur «zum Zutritt zum Betriebe», nicht aber zum Homeoffice.⁵¹ Der Gesetzgeber hat (bis anhin) nicht an die Möglichkeit einer ortsunabhängigen Arbeitserbringung gedacht.⁵² Das bedeutet, dass die kantonalen Arbeitsinspektorate kein Zugangsrecht zum Homeoffice haben. Auch Art. 11 der Covid-19-Verordnung besondere Lage⁵³, welcher Vollzug und Kontrolle während

⁵⁰ Siehe WALDVOGEL, Jusletter vom 15.3.2021, 12 ff., für welche die Treuepflicht des Arbeitnehmers aus verschiedenen Einzelpflichten besteht, von denen beim Betreiben von Präsentismus insbesondere die Pflicht zur Regeneration und die Pflicht zur Information hervorzuheben sind.

⁵¹ Art. 61 Abs. 1 VUV berechtigt zum «Zutritt zu allen Arbeitsräumen und Arbeitsplätzen des Betriebes».

⁵² BR Telearbeit 2016, 38; VUISOZ, EKAS Nr. 89, 26; vgl. auch DOMENIG, Diss., N 966; KUKO ArG-BLESI, Art. 45 N 20.

⁵³ Verordnung vom 19.6.2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26).

der Corona-Krise regelt, sieht unseres Erachtens keine Kontrolle bei Arbeitnehmern zuhause im Homeoffice vor.

Im Arbeitsverhältnis trägt grundsätzlich die *Arbeitgeberin die Verantwortung* für die Einhaltung der Gesundheitsschutzvorschriften im Homeoffice. Die Beachtung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz liegt aber auch in der *(Mit-)Verantwortung der Arbeitnehmer*. Die Arbeitnehmer trifft eine Mitwirkungspflicht nach Art. 6 Abs. 3 ArG. Sie müssen die Weisungen der Arbeitgeberin in Bezug auf den Gesundheitsschutz befolgen und die allgemein anerkannten Regeln berücksichtigen (Art. 10 Abs. 1 ArGV 3). Stellen die Arbeitnehmer die Gesundheit beeinträchtigende Mängel fest, müssen sie diese unverzüglich beseitigen oder der Arbeitgeberin melden, wenn sie dazu nicht in der Lage sind (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3). Diese Vorschriften bilden die Grundlage für die notwendigerweise grössere Eigenverantwortung der Arbeitnehmer im Homeoffice.⁵⁴

Fraglich ist, ob die *Arbeitgeberin ein Zugangsrecht zum Homeoffice* hat. Die Legitimation dafür bestünde in der gesetzlichen Pflicht der Arbeitgeberin zu prüfen, ob die geltenden Gesundheitsschutzvorschriften eingehalten werden. Dem steht jedoch das Recht des Arbeitnehmers auf Privatsphäre und Unverletzlichkeit der Wohnung gegenüber. Unseres Erachtens sind die Interessen des Arbeitnehmers auf Schutz seiner Privatsphäre höher zu gewichten, zumal die Arbeitgeberin ihre gesetzlichen Pflichten auch ohne Zugangsrecht zum Homeoffice erfüllen kann. Ein Zugangsrecht der Arbeitgeberin zum Homeoffice ist daher abzulehnen.⁵⁵ Unseres Erachtens kann ein Zugangsrecht der Arbeitgeberin zum Homeoffice arbeitsvertraglich auch nicht gültig vereinbart werden;⁵⁶ schon gar nicht vereinbart werden können unangekündigte Begehungen, aber auch nicht Begehungen nach Anmeldung und mit Ankündigungsfrist. Eine entsprechende Vereinbarung (EAV oder GAV) wäre ein übermässiger Eingriff in die Privatsphäre des Arbeitnehmers und damit sittenwidrig (Art. 20 OR). Es ist somit de lege lata für die Arbeitgeberin nicht möglich, den Gesundheitsschutz im Homeoffice mittels Zugangs zum Homeoffice zu kontrollieren.

Vollzug und Kontrolle im Homeoffice könnten indirekt durch eine *Erweiterung der Dokumentationspflicht* gemäss Art. 73 ArGV 1 sichergestellt werden, indem Arbeit-

⁵⁴ BR Telearbeit 2016, 38; DOMENIG, Diss., N 846; ETTER/SOKOLL, SJZ 2020, 698 f.

⁵⁵ BR Telearbeit 2016, 38; CARCAGNI ROESLER, ArbR 2014, 86; PÄRLI/EGGMANN, Jusletter vom 22.2.2021, N 92; STEIGER-SACKMANN, ARV 2020, 309; VUISSOZ, EKAS Nr. 89, 26; vgl. auch KUKO ArG-BLESI, Art. 45 N 18.

⁵⁶ A.M. KUKO ArG-BLESI, Art. 45 N 20; DOMENIG, Diss., N 966, 1009; PÄRLI/EGGMANN, Jusletter vom 22.2.2021, N 105.

nehmer verpflichtet würden, bei regelmässiger Homeoffice-Arbeit ihren Arbeitsplatz zu Hause mit *Fotos oder via Webcam* zu dokumentieren.⁵⁷ Unseres Erachtens würde dies aber ebenfalls einen übermässigen Eingriff in die Privatsphäre der Arbeitnehmer darstellen. Ausserdem sind Fotos und Webcam zur Abklärung ungeeignet, weil nicht gewährleistet werden kann, dass die Arbeitsplatzgestaltung dem Gezeigten entspricht.

- 39 Dies führt zum Schluss, dass weder die kantonalen Arbeitsinspektorate noch die Arbeitgeberin über Zugangsrechte zum Homeoffice verfügen und somit nur *beschränkte Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten* innehaben. Umso wichtiger ist es, dass die Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmer im Homeoffice vor deren Arbeitsaufnahme über mögliche Gesundheitsgefährdungen informiert und zu Massnahmen des Gesundheitsschutzes anleitet. Die Arbeitgeberin hat eine umfassende *Informations- und Anleitungspflicht* bezüglich Gesundheitsschutzes, welche sie z.B. mit Hilfe von Fragebögen oder Checklisten erfüllen kann. Die Arbeitnehmer müssen aufgrund ihrer Mitwirkungspflicht die von der Arbeitgeberin vorgegebenen Sicherheitsvorschriften gemäss Fragebogen oder Checkliste einhalten.
- 40 Wenn trotz Schutzmassnahmen der notwendige Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer nicht gewährleistet werden kann (z.B. infolge zu hoher Lärmpegel und mangelnder Platzverhältnisse in der privaten Wohnung), so hat die Homeoffice-Arbeit zu *unterbleiben*.⁵⁸
- 41 Im Homeoffice müssen Führungskräfte auf die *Kontrolle* der Arbeitnehmer in Sachen Gesundheitsschutz teilweise verzichten. Die Unternehmenskultur muss sich dahin entwickeln, dass die Führung anstatt auf Kontrolle *auf Vertrauen und Autonomie aufbaut*. Die Arbeitnehmer im Homeoffice haben Eigenverantwortung zu tragen.⁵⁹ Eine zweckmässige Überwachung der Sicherheit oder eine Kontrolle von Arbeitsproduktivität oder Leistungsqualität ist zwar erlaubt, sofern die Arbeitnehmer informiert wurden und die Überwachung verhältnismässig ist. Die Überwachung am Arbeitsplatz inkl. Homeoffice hat aber strenge Grenzen.⁶⁰

⁵⁷ Bejahend CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter vom 30.11.2020, N 59 ff.; ETTER/SOKOLL, SJZ 2020, 699; STEIGER-SACKMANN, ARV 2020, 310.

⁵⁸ DOMENIG, Diss., N 878; ETTER/SOKOLL, SJZ 2020, 699; vgl. auch Art. 4 VUV.

⁵⁹ BR Telearbeit 2016, 40; DUNAND/WYLER, droitdu travail.ch 2020, 28; EGLI, Jusletter IT vom 28.6.2017, N 48.

⁶⁰ KASPER/WILDHABER, in Datenschutztagung 2018, 189 ff.

IV. Arbeitszeitvorschriften im Homeoffice

Mit dem Begriff Homeoffice wird oft das Schlagwort «Arbeitszeitsouveränität der Beschäftigten» oder «flexible Arbeitszeitmodelle» in Verbindung gebracht. Das Arbeitsgesetz setzt der Souveränität und Flexibilität jedoch klare Schranken. Ein Kernstück des Arbeitsgesetzes bilden dessen Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten (Art. 9 ff. ArG). Diese schützen die unterstellten Arbeitnehmer vor Überarbeitung, womit sie *indirekt* dem *Gesundheitsschutz* dienen.⁶¹ Ausserdem gewährleisten sie den unterstellten Arbeitnehmern Freizeit, die ihnen die persönliche Entfaltung, namentlich die Befriedigung familiärer, sozialer, kultureller und politischer Bedürfnisse, ermöglicht.⁶² Im Einklang mit diesem Zweck sind die Arbeitszeitvorschriften zwingender Natur. Einschlägig sind Art. 9–28 ArG, Art. 13–42 ArGV 1, Art. 60 f. ArGV 1 und Art. 10–17 ArGV 5.

Die *arbeitsgesetzlichen Regelungen bezüglich Arbeits- und Ruhezeiten* gelten unabhängig vom Arbeitsort und damit auch im Homeoffice. Das gilt auch bei einem Verzicht auf die Arbeitszeiterfassung und bei der vereinfachten Arbeitszeiterfassung (N 65). Folgende Vorschriften gilt es dabei namentlich zu beachten:

1. Arbeitszeit nach Arbeitsgesetz

Anknüpfungspunkt der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften ist der *Begriff der Arbeitszeit*. Gemäss Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 gilt als Arbeitszeit diejenige Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung der Arbeitgeberin zu halten hat. Die herrschende Lehre versteht diese Definition in einem weiten Sinn:⁶³ Als Arbeitszeit gilt jede Zeitspanne, die der Arbeitnehmer mit Willen der Arbeitgeberin in deren hauptsächlichen Interesse verbringt, indem er sich zur (wirtschaftlichen) Verfügung der Arbeitgeberin hält. Nicht erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer unter der unmittelbaren Weisungsgewalt der Arbeitgeberin steht. Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes kann daher grundsätzlich überall geleistet werden.⁶⁴ Mit Willen der Arbeitgeberin geschieht dies, wenn die Arbeitgeberin Arbeitszeit angeordnet hat, wenn die Leistung von Arbeitszeit betrieblich notwendig ist oder zumindest vom Arbeitnehmer nach Treu und Glauben als betrieblich notwendig erachtet wer-

⁶¹ GREBSKI/PORTMANN, in FHB Arbeitsrecht, N 6.32.

⁶² SHK-VON KAENEL, Art. 9 ArG N 2; KUKO ArG-NORDMANN/LOOSER, Art. 9 N 5 ff.

⁶³ SHK-VON KAENEL, Art. 9 ArG N 5; VON KAENEL, ARV 2009, 4; RUDOLPH, FS Geiser, 402; KUKO ArG-NORDMANN/LOOSER, Art. 9 N 11; DOMENIG, Diss., N 904.

⁶⁴ SECO Wegleitung I, 113-1 ff.

den durfte, oder wenn die Arbeitgeberin von geleisteter Arbeitszeit Kenntnis hat oder haben muss und diese duldet.⁶⁵ Diejenige Zeit, die der Arbeitnehmer mit Willen der Arbeitgeberin in deren hauptsächlichen Interesse im Homeoffice verbringt, gilt somit als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes und untersteht den arbeitsgesetzlichen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften.

- 45 Was das konkret bei Homeoffice bedeutet, ist indessen nicht immer klar, da im Homeoffice Privates und Arbeit zuweilen eng beieinander liegen. Die *Unterscheidung von Arbeits- und Freizeit* im Homeoffice ist eine Herausforderung. Hält sich der Arbeitnehmer im Homeoffice beispielsweise für Arbeitsleistungen bereit (etwa durch Warten auf einen Anruf oder den Erhalt einer E-Mail zur Bearbeitung), so kann er die unproduktive Zeit wesentlich besser für private Zwecke verwenden als bei Arbeit in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin. Gleichwohl verbringt er diese Wartezeit im hauptsächlichen Interesse der Arbeitgeberin, es sei denn, die entsprechende Zeitspanne würde mindestens 15 Minuten betragen und würde dem Arbeitnehmer zum Voraus zur freien Verfügung stehen (inklusive Nichterreichbarkeit), so dass sie als Pause im Sinne von Art. 15 ArG gelten würde.
- 46 Im Homeoffice ist auf die Unterscheidung von Arbeits- und Freizeit zu achten. Denn wenn Arbeitnehmer im Homeoffice jederzeit mit einer leistungsabrufenden Kontaktaufnahme rechnen müssen, so kann diese *ständige Erreichbarkeit* zu einer Einschränkung von Phasen vertiefter Entspannung und Erholung führen.⁶⁶ Zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer müssen deshalb auch im Homeoffice feste Zeitfenster für die Leistungserbringung festgelegt werden. Der Bundesrat sah aufgrund dieser Problematik Handlungsbedarf für das Homeoffice und schlug vor, analog zur Regelung der Pikettzeiten eine klare Umschreibung und zeitliche *Begrenzung der Erreichbarkeit zu Hause* zu prüfen.⁶⁷ Dennoch hat er kurz darauf die Motion Mazzone abgelehnt mit der Begründung, die ArGV 1 setze ausreichende und klare gesetzliche Schranken für die ständige Erreichbarkeit.⁶⁸
- 47 Noch weitgehend ungeklärt ist weiter, ob Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes vorliegt, wenn der Arbeitnehmer ausserhalb der normalen Arbeitszeiten (wie namentlich am Abend und am Wochenende) von sich aus *geringfügige Arbeitstätigkeiten* vornimmt, wie z.B. das Abrufen und kurze Überfliegen geschäftlicher E-Mails oder Gruppenchats, die kurze Beantwortung von E-Mails, das Verfassen

⁶⁵ KUKO ArG-NORDMANN/LOOSER, Art. 9 N 12.

⁶⁶ RUDOLPH, weka 2020; VON KAENEL, ARV 2009, 3.

⁶⁷ BR Telearbeit 2016, 43 und 82.

⁶⁸ Motion Mazzone «Abschalten ausserhalb der Arbeitszeit. Den rechtlichen Rahmen für die technologischen Veränderungen am Arbeitsplatz festlegen» vom 16.3.2017 (17.3201).

einer kurzen Nachricht in einem Gruppenchat, die Bestätigung eines geschäftlichen Termins usw.⁶⁹ Für viele Arbeitnehmer gehört dies zur täglichen Routine. Die Gründe dafür können sehr unterschiedlich sein: Effizienzüberlegungen (erledigt ist erledigt), Vorzeigen von Engagement, Erfüllung von (gefühlten) Erwartungen, zeitliche Dringlichkeit usw. Der Arbeitnehmer hält sich während solcher Tätigkeiten zwar zur (wirtschaftlichen) Verfügung der Arbeitgeberin. Der Wortlaut von Art. 13 Abs. 1 ArGV 1 stellt indessen darauf ab, ob sich der Arbeitnehmer zur Verfügung der Arbeitgeberin zu halten hat, d.h. ob er dazu verpflichtet ist oder ob es zumindest vom Arbeitnehmer erwartet wird. Ist dies nicht der Fall, so sind nach der hier vertretenen Auffassung solche geringfügigen Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer selbstbestimmt ausserhalb der normalen Arbeitszeiten vornimmt und lediglich wenige Minuten beanspruchen, nicht als Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsgesetzes zu qualifizieren.⁷⁰ Arbeitsgesetzlich sind sie dann irrelevant.

Hat sich der Arbeitnehmer bei vereinbartem Homeoffice in die Räumlichkeiten der Arbeitgeberin zu begeben, stellt sich schliesslich die Frage, ob die entsprechende Wegzeit als Arbeitszeit gilt. Grundsätzlich gilt der normale *Arbeitsweg*, d.h. der Weg des Arbeitnehmers von seinem Wohn- bzw. Aufenthaltsort zu seinem Arbeitsplatz im Betrieb und zurück, nicht als Arbeitszeit (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1), ausser bei Piketteinsätzen im Rahmen des Pikettendienstes (Art. 15 Abs. 2 ArGV 1). Dies muss auch dann gelten, wenn nebst einem festen Arbeitsplatz im Betrieb Arbeit im Homeoffice vereinbart ist. Der Arbeitnehmer verfügt dann über zwei alternierende Arbeitsplätze, was aber nichts daran ändert, dass der Weg von und zu seinem Arbeitsplatz im Betrieb nicht als Arbeitszeit gilt.⁷¹ Fraglich ist, wie es sich verhält, wenn der Arbeitnehmer während seiner Arbeit im Homeoffice kurzfristig an den Arbeitsplatz im Betrieb beordert wird, beispielsweise für eine Besprechung. Es erscheint sachgerecht, in diesem Fall den normalen Arbeitsweg analog einem Piketteinsatz als Arbeitszeit zu qualifizieren (Art. 15 Abs. 2 ArGV 1).⁷² Dies ist aber nicht der Fall, wenn ein Arbeitnehmer vereinbarungsgemäss ausschliesslich im Homeoffice arbeitet. In diesem Fall ist das Homeoffice sein gewöhnlicher Arbeitsort. Wird vom Arbeitnehmer verlangt, an einem anderen Ort, namentlich in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin, Arbeit zu leisten, so stellt der Weg zu und von diesem Arbeitsort Arbeitszeit dar (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1).

48

⁶⁹ Bejahend VON KAENEL, ARV 2009, 5.

⁷⁰ Vgl. auch JACOBS, NZA 2016, 733 ff.

⁷¹ DOMENIG, Diss., N 909.

⁷² BR Telearbeit 2016, 44; im Ergebnis gl.M. DOMENIG, Diss., N 909, der diesen Fall allerdings einem auswärtigen Arbeitsort gleichstellt (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1).

2. Arbeitsgesetzliche Schranken

a) Arbeitswoche

- 49 Grundsätzlich darf ein Arbeitnehmer auch im Homeoffice höchstens an *fünfeinhalb Tagen pro Woche* arbeiten (Art. 21 Abs. 1 ArG). Als Arbeitswoche gilt dabei der Zeitraum von Montag um 0 Uhr bis Sonntag um 24 Uhr (Art. 16 Abs. 1 ArGV 1). Ausnahmsweise ist Arbeit an sechs Tagen pro Woche zulässig, wenn entweder in der folgenden Woche nur an fünf Tagen gearbeitet wird oder wenn während drei Wochen an sechs Tagen gearbeitet wird und in der vierten Woche dann zwei freie Tage gewährt werden und die wöchentliche Höchstarbeitszeit im Durchschnitt eingehalten wird (Art. 21 Abs. 2 ArG).⁷³ In jedem Fall darf höchstens sechs Tage hintereinander gearbeitet werden (Art. 21 Abs. 3 ArGV 1).
- 50 Die *wöchentliche Höchstarbeitszeit* beträgt für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, 45 Stunden, für alle übrigen Arbeitnehmer 50 Stunden (Art. 9 Abs. 1 ArG). Arbeit darüber hinaus (Überzeit) ist nur unter gesetzlich festgelegten Voraussetzungen und Grenzen zulässig (Art. 12 ArG, Art. 25 f. ArGV 1).

b) Abendarbeit

- 51 Abendarbeit (20 Uhr bis 23 Uhr) ist *bewilligungsfrei* zulässig, doch erfordert ihre Einführung (d.h. das Recht der Arbeitgeberin, Abendarbeit anzuordnen) die vorgängige Anhörung der Arbeitnehmervertretung im Betrieb oder, wo eine solche nicht besteht, der betroffenen Arbeitnehmer (Art. 10 Abs. 1 ArG; zur betrieblichen Mitwirkung N 73 ff.). Die Durchführung dieses Anhörungsverfahrens ist nach Art. 46 ArG zu dokumentieren.⁷⁴ Bei einem Verstoß drohen der Arbeitgeberin Verwaltungsmaßnahmen, wohl aber keine Strafsanktionen.⁷⁵
- 52 Entschidet sich der Arbeitnehmer von sich aus, am Abend zu arbeiten, so ist hierfür kein *vorgängiges Anhörungsverfahren* notwendig.⁷⁶ Ein vorgängiges Anhörungsverfahren ist jedoch erforderlich, wenn die Arbeitgeberin vom Arbeitnehmer Arbeitsleistungen am Abend verlangt oder erwartet, wie z.B. die Teilnahme an einer Telefon- oder Videobesprechung.

⁷³ KUKO ArG-GROSS, Art. 21 N 23 m.w.H.

⁷⁴ KUKO ArG-NORDMANN/LOOSER, Art. 10 N 30.

⁷⁵ KUKO ArG-NORDMANN/LOOSER, Art. 10 N 32 f.

⁷⁶ Gl.M. DOMENIG, Diss., N 920.

Zu beachten ist, dass die tägliche Arbeitszeit des einzelnen Arbeitnehmers mit Ein- 53
schluss der Pausen und allfälliger Überzeit *innerhalb von 14 Stunden* liegen muss
(Art. 10 Abs. 3 ArG). Für *schwängere Frauen* ab der achten Woche vor der Nieder-
kunft gilt sodann von 20 Uhr bis 6 Uhr ein striktes Arbeitsverbot (Art. 35a Abs. 4
ArG). Für *Jugendliche* ist Abendarbeit ebenfalls ganz oder teilweise untersagt
(Art. 31 Abs. 2 ArG, Art. 15 f. ArGV 5).

Schliesslich ist die Grenze zur Nachtarbeit (ab 23 Uhr) zu beachten. 54

c) Arbeit in der Nacht, an Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen

Arbeit in der Nacht (23 Uhr bis 6 Uhr; Art. 16 ArG), an Sonntagen (Samstag 55
23 Uhr bis Sonntag 23 Uhr; Art. 18 ArG) und an den Sonntagen gleichgestellten
gesetzlichen Feiertagen ist *grundsätzlich verboten*. Ausnahmen sind möglich, bedür-
fen aber der Bewilligung (Art. 19 ArG), sofern nicht eine Sondervorschrift gemäss
der ArGV 2 anwendbar ist (Art. 27 ArG). Ohne entsprechende Bewilligung oder
Sondervorschrift in der ArGV 2 darf der Arbeitnehmer in der Nacht, an Sonntagen
und an den Sonntagen gleichgestellten gesetzlichen Feiertagen keine Arbeit leisten,
auch nicht im Homeoffice.

Zu beachten ist, dass mit Zustimmung der Arbeitnehmervertretung im Betrieb 56
oder, wo eine solche nicht besteht, der Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer
der Zeitraum der Nacht, des Sonntags oder des Feiertags um höchstens *eine Stunde*
vor- oder nachverlegt werden kann (22 Uhr bis 5 Uhr oder 24 Uhr bis 7 Uhr (Art. 10
Abs. 2 ArG, Art. 18 Abs. 2 ArG).

Die Arbeitgeberin muss die Arbeitszeiterfassungen prüfen und darf Arbeitsleistun- 57
gen in der Nacht oder an Sonn- und Feiertagen (z.B. versandte E-Mails) *nicht dulden*.

d) Pausen und Ruhezeiten

Arbeitet ein Arbeitnehmer an einem Tag fünfeinhalb Stunden oder mehr, muss er 58
die Arbeit durch *Pausen* unterbrechen. Art. 15 Abs. 1 ArG schreibt die folgenden
Mindestpausen vor:

- eine Viertelstunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als fünfeinhalb
Stunden,
- eine halbe Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als sieben Stunden,
- eine Stunde bei einer täglichen Arbeitszeit von mehr als neun Stunden.

Bei flexiblen Arbeitszeiten bemisst sich die Pause nach der durchschnittlichen täg- 59
lichen Arbeitszeit (Art. 18 Abs. 4 ArGV 1). Die Pause ist um die Mitte der Arbeits-

zeit anzusetzen, wobei Pausen von mehr als einer halben Stunde auch aufgeteilt werden dürfen (Art. 18 Abs. 2 und 3 ArGV 1). Die Umsetzung der Pausen kann sich *im Homeoffice* als Herausforderung erweisen. Arbeitnehmer im Homeoffice sind nicht immer in der Lage, die effektiv geleistete Arbeitszeit im Voraus zu bestimmen und entsprechende Pausen festzulegen.⁷⁷

- 60 Es gilt ausserdem, eine *tägliche Ruhezeit* von mindestens elf aufeinanderfolgenden Stunden einzuhalten. Für erwachsene Arbeitnehmer kann diese einmal in der Woche auf acht Stunden reduziert werden, sofern die Dauer von elf Stunden im Durchschnitt von zwei Wochen eingehalten wird (Art. 15a Abs. 1 und 2 ArG). Das gilt selbstverständlich auch im Homeoffice.

e) Sondervorschriften

- 61 Zu den vorstehend beschriebenen arbeitsgesetzlichen Schranken betreffend die Arbeitszeiten sehen das Arbeitsgesetz und die Vollziehungsverordnungen *zahlreiche Sonderbestimmungen* für bestimmte Gruppen von Betrieben und Arbeitnehmern vor (Art. 27 ArG und ArGV 2). Für zahlreiche Branchen wird dadurch ein gesonderter Regime der Arbeits- und Ruhezeitbestimmungen statuiert.⁷⁸ Weiter bestehen Sonderschutzvorschriften für jugendliche Arbeitnehmer (Art. 29–32 ArG, ArGV 5), schwangere Frauen und stillende Mütter (Art. 35–35a ArG, Art. 60 ff. ArGV 1, Mutterschutzverordnung) sowie für Arbeitnehmer mit Familienpflichten (Art. 36 ArG).
- 62 Diese Sondervorschriften gelten bei *Arbeit im Homeoffice* in gleicher Weise wie in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin.

3. Parteivereinbarungen und Arbeitgeberweisungen

- 63 Einer der Vorteile von Homeoffice-Arbeit für die Arbeitnehmer ist ihre damit verbundene erhöhte *zeitliche Flexibilität*. Auch im Homeoffice ist es aber möglich, dass genau vorgeschriebene Arbeitszeiten gelten und die Tätigkeit keine zeitliche Flexibilität erlaubt. Wie flexibel ein Arbeitnehmer seine Arbeitszeit im Homeoffice innerhalb der arbeitsgesetzlichen Schranken einteilen darf, hängt von den Vereinbarungen zwischen den Parteien und den Weisungen der Arbeitgeberin ab. So ist denkbar, dass eine persönliche Assistentin im Homeoffice das Telefon zu den gleichen fixen Zeiten wie im Büro zu bedienen hat. Aus diesem Grund sind Parteivereinbarungen und Arbeitgeberweisungen über die Arbeitszeiten im Homeoffice

⁷⁷ DOMENIG, Diss., N 916.

⁷⁸ KUKO ArG-HIRSIGER, Art. 27 N 3.

wichtig.⁷⁹ Wenn die Arbeitszeiten im Homeoffice nicht explizit geregelt sind, kann unklar sein, ob die Arbeit weitgehend zeitlich flexibel gehandhabt werden darf oder ob vielmehr die gleichen Vorgaben wie im Büro gelten sollen. Es ist der Arbeitgeberin zu empfehlen, die Arbeitszeiten im Homeoffice zu regeln. Geeignet ist z.B ein *Gleitarbeitungsmodell in Kombination mit Blockzeiten*.⁸⁰ Möchte die Arbeitgeberin die Modalitäten bezüglich Arbeitszeiten einseitig ändern können, so ist eine Weisung nach Art. 321d OR zu empfehlen (in den zulässigen Schranken); denn die Änderung einer Vereinbarung ist nur mit Einwilligung der Arbeitnehmer oder mit einer Änderungskündigung möglich. Die Arbeitgeberin sollte sodann die Arbeitnehmer über die Arbeitszeit nach Arbeitsgesetz (N 44 ff.) und die Schranken des Arbeitsgesetzes (N 49 ff.) informieren.

4. Arbeitszeiterfassung

Die Arbeitgeberin ist grundsätzlich verpflichtet, die Arbeitszeiten der Arbeitnehmer zu erfassen (Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 ArGV 1). Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung gilt *auch im Homeoffice*. Eine Delegation der Zeiterfassung an die Arbeitnehmer ist zulässig. Im Homeoffice ist eine solche Delegation sinnvoll, da die geleistete Arbeitszeit ausserhalb des Wahrnehmungsbereichs der Arbeitgeberin erbracht wird. Die Arbeitszeit wird demnach grundsätzlich vom Arbeitnehmer selbst erfasst.⁸¹ Art. 73 ArGV 1 definiert, wie die Arbeitszeiterfassung dokumentiert werden muss: Zu erfassen sind Anfang und Ende jeder Arbeitsphase, die Lage und Dauer der Pausen von einer halben Stunde und mehr sowie die Ruhe- und Ersatzruhetage. 64

Seit 2016 ist für gewisse Arbeitnehmer die Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeiten *gelockert* worden (Art. 73a und 73b ArGV 1).⁸² Beiden neuen Bestimmungen der ArGV 1 ist gemeinsam, dass der Verzicht resp. die Vereinfachung der Arbeitszeiterfassung zukünftig nur noch auf dem Weg kollektiver Vereinbarungen geschehen kann. Dabei ist aber zu beachten, dass Vertrauensarbeitszeit, bei der auf die Erfassung der geleisteten Arbeitszeiten verzichtet wird, die Entgrenzung von Arbeit und Privatleben und somit psychische Belastungen begünstigt.⁸³ 65

⁷⁹ Siehe hierzu auch § 1 N 25 ff. in diesem Buch.

⁸⁰ DOMENIG, Diss., N 932 ff.

⁸¹ KUKO ArG-BLESI, Art. 46 N 22; DOMENIG, Diss., N 986.

⁸² GREBSKI/PORTMANN, in FHB Arbeitsrecht, N 6.140 ff.; SOMMER/WETZSTEIN, Employment News Nr. 29, 1 ff.

⁸³ STEIGER-SACKMANN, ARV 2020, 306 m.w.H.; BONVIN/CIANFERONI/KEMPENEERS, Evaluation, 23 und 40.

- 66 Die Arbeitszeiterfassung stellt eine Voraussetzung für die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften dar. In der Praxis haben sich, um der Gefahr ausufernder Arbeitszeiten entgegenzuwirken, Regelungen bewährt, bei denen Arbeitnehmer die geleistete Arbeitszeit *digital/elektronisch* selbst eintragen. Die Arbeitszeiterfassung im Homeoffice kann mittels elektronischer oder physischer Zeiterfassungssysteme (Formulare) erfolgen. Sie ist angesichts der heutigen technischen Möglichkeiten problemlos möglich.⁸⁴ Sie darf aber selbstverständlich nicht mittels eines (unzulässigen) Überwachungstools vorgenommen werden.⁸⁵ Die Arbeitgeberin muss die Arbeitnehmer anleiten, wie sie die Arbeitszeiterfassung vornehmen sollen.

5. Vollzug und Kontrolle

- 67 Die behördliche Kontrolle der Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften des Arbeitsgesetzes obliegt *den kantonalen Arbeitsinspektoraten* (Art. 41 Abs. 1 ArG). Die Arbeitgeberin hat die entsprechenden Arbeitsrapporte und Unterlagen über die Zeiterfassung aufzubewahren und den Vollzugs- und Aufsichtsorganen zur Verfügung zu halten (Art. 46 ArG i.V.m. Art. 73 ArGV 1).⁸⁶
- 68 Im Arbeitsverhältnis trägt grundsätzlich die *Arbeitgeberin die Verantwortung* für die Einhaltung der Arbeits- und Ruhezeitvorschriften und für die Erfassung der Arbeitszeiten gemäss Art. 73 ArGV 1 im Homeoffice. Die Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Höchstarbeitszeiten sowie der Nacht- und Sonntagsarbeitsverbote kann im Homeoffice anhand der Datenspuren durchaus kontrolliert werden. Auch die *Arbeitnehmer tragen eine (Mit-)Verantwortung* und sind in der Pflicht, den Anweisungen der Arbeitgeberin Folge zu leisten und mitzuwirken. Die Arbeitgeberin muss die Arbeitnehmer über die zwingenden Vorschriften aufklären und sie anweisen, diese im Homeoffice zu beachten. Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung kann an die Arbeitnehmer delegiert werden (Art. 46 ArG). Diese Delegation ist im Homeoffice notwendig: Die Homeoffice-Arbeitnehmer müssen ihre Arbeitsstunden selbst erfassen. Auch hier stehen die Elemente des Vertrauens und der Eigenverantwortung, welche für die Homeoffice-Arbeit charakteristisch sind (N 41), im Vordergrund.⁸⁷ Die rechtliche Verantwortung für die ordnungsgemässe Dokumentation verbleibt aber bei der Arbeitgeberin.⁸⁸

⁸⁴ Detailliert DOMENIG, Diss., N 993 ff.

⁸⁵ KASPER/WILDHABER, in Datenschutztagung 2018, 189 ff.

⁸⁶ Art. 46 ArG und Art. 73 ArGV 1.

⁸⁷ BR Telearbeit 2016, 40.

⁸⁸ SHK-RUDOLPH, Art. 46 ArG N 9.

Die Arbeitgeberin muss die Arbeitszeiterfassungen prüfen und darf Arbeitsleistungen in der Nacht oder an Sonn- und Feiertagen (z.B. versandte E-Mails) nicht dulden. Unseres Erachtens besteht *kein Zugangsrecht des kantonalen Arbeitsinspektorats und der Arbeitgeberin* in die privaten Räumlichkeiten der Arbeitnehmer, wie im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz erläutert (N 35 ff.). Sowohl die kantonalen Arbeitsinspektorate als auch die Arbeitgeberin verfügen deshalb nur über *beschränkte Kontroll- und Aufsichtsmöglichkeiten* im Homeoffice. Umso wichtiger ist es, dass die Arbeitgeberin die Arbeitnehmer im Homeoffice vor deren Arbeitsaufnahme über die geltenden Arbeits- und Ruhezeitvorschriften informiert und sie anleitet, diese einzuhalten. Die Arbeitgeberin hat eine *umfassende Informations- und Anleitungspflicht*, welche sie z.B. mit Hilfe von Fragebögen oder Checklisten erfüllen kann. Die Arbeitnehmer wiederum müssen die von der Arbeitgeberin vorgegebenen Sicherheitsvorschriften gemäss Fragebogen oder Checkliste einhalten. 69

Viele Arbeitgeber wünschen sich *mehr Kontrolle* über die Arbeitnehmer, die im Homeoffice arbeiten. Das Einhalten von Arbeits- und Ruhezeiten sowie des Nacht- und des Sonntagsarbeitsverbots kann von der Arbeitgeberin durch *technische Barrieren* wie etwa automatische Abschaltungen, Konfiguration des E-Mail-Verkehrs oder Beschränkungen des Zugriffs auf den externen Server gewährleistet werden.⁸⁹ Der Kontrolle der Arbeitnehmer kann auch die elektronische Kalenderfreigabe für die Arbeitgeberin dienen. 70

Insgesamt müssen Führungskräfte aber im Homeoffice auf die Kontrolle der Arbeitnehmer in Sachen Arbeits- und Ruhezeitvorschriften teilweise verzichten. Die Unternehmenskultur muss sich dahin entwickeln, dass die Führung anstatt auf Kontrolle *auf Vertrauen und Autonomie aufbaut*. Die Arbeitnehmer im Homeoffice haben Eigenverantwortung zu tragen.⁹⁰ Eine zweckmässige Überwachung der Sicherheit oder eine Kontrolle von Arbeitsproduktivität oder Leistungsqualität ist zwar erlaubt, sofern die Arbeitnehmer informiert wurden und die Überwachung verhältnismässig ist. Die Überwachung am Arbeitsplatz inkl. Homeoffice hat aber strenge Grenzen.⁹¹ 71

Die Arbeitgeberin kann auf die Einhaltung der Arbeitszeitvorschriften *Einfluss nehmen mittels transparenter Regeln* (im Rahmen von Parteivereinbarungen und Ar- 72

⁸⁹ CIRIGLIANO/NIEMEYER, Jusletter vom 30.11.2020, N 17; ETTER/SOKOLL, SJZ 2020, 701; KUBEL, ssi 2/2014, 4; DOMENIG, Diss., N 1003 ff. Siehe auch § 4 N 13 in diesem Buch.

⁹⁰ BR Telearbeit 2016, 40; DUNAND/WYLER, droitdutravail.ch 2020, 28; EGLI, Jusletter IT vom 28.6.2017, N 48.

⁹¹ KASPER/WILDHABER, in Datenschutztagung 2018, 189 ff.

beitgeberweisungen, N 63) für (Nicht-)Erreichbarkeit, Stellvertretungsregelungen, Definition von Reaktionszeiten (innerhalb einer gewissen Zeit muss eine Rückmeldung gegeben, auf eine Anfrage reagiert werden oder die Arbeit erledigt sein), Arbeitszeitenregelung (Präsenzzeiten oder Gleitzeitarbeitsmodelle mit Blockzeiten), Kompensation von Erreichbarkeitszeiten, Einschränkung des externen Server- bzw. Netzzugangs und Konfiguration des E-Mail-Verkehrs.⁹²

V. Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer

- 73 Fragen des Gesundheitsschutzes und der Arbeitszeitgestaltung sind Themen, die den Arbeitnehmern bzw. deren Vertretung gemäss Mitwirkungsgesetz (Art. 10 lit. a MitwG i.V.m. Art. 48 Abs. 1 lit. a und lit. b ArG) *Mitwirkungsrechte* verschaffen. Die Mitwirkung erstreckt sich auf alle Fragen des Gesundheitsschutzes, auf die Organisation der Arbeitszeit und die Gestaltung der Stundenpläne sowie auf die bei Nachtarbeit vorgesehenen Massnahmen.⁹³ Diese Rechte umfassen den Anspruch auf *Anhörung* und *Beratung*, bevor die Arbeitgeberin einen Entscheid trifft, sowie auf *Begründung* des Entscheids, wenn dieser den Einwänden der Arbeitnehmer bzw. deren Vertretung im Betrieb nicht oder nur teilweise Rechnung trägt (Art. 48 Abs. 2 ArG, Art. 6 ArGV 3, Art. 6a VUV). Ferner verpflichtet Art. 82 Abs. 2 UVG die Arbeitgeberin, die Arbeitnehmer bei der Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten zur Mitwirkung heranzuziehen.
- 74 In anderen Worten hat die Arbeitgeberin die Anliegen ihrer Arbeitnehmer in Bezug auf die zu ergreifenden Massnahmen nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern muss sich mit ihnen konkret und im direkten Gespräch auseinandersetzen. Das Ziel ist es, *Lösungen zu finden*, die von beiden Seiten akzeptiert und umgesetzt werden. Homeoffice-Lösungen sollen deshalb die Arbeitnehmer bzw. deren Vertretungen einbeziehen.
- 75 Die innerbetrieblichen *Mitwirkungsorgane* müssen und dürfen auch im Homeoffice tätig sein und Wahlen für die Besetzung von Gremien können digital organisiert werden.

⁹² KUBEL, ssi 2/2014, 4.

⁹³ PORTMANN/WILDHABER, Arbeitsrecht, N 1235.

VI. Regelungspunkte

Gesundheitsschutz im Homeoffice:

76

- Regelung, was im Homeoffice als Berufsunfall gilt
- Mitteilungspflicht der Arbeitnehmer, wenn sich die räumlichen Verhältnisse im Homeoffice wesentlich ändern (basierend auf Art. 3 Abs. 2 ArGV 3)
- Hinreichende Information und Anleitung zur Einhaltung von Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit betreffend Einrichtung des Homeoffice (Anforderungen an Gebäude und Räume, Anforderungen an den Arbeitsplatz und die Arbeitsmittel, psychische Belastungen, Gefahr von Präsentismus, Sondervorschriften), z.B. mittels Fragebögen und Checklisten
- Zusicherung der Arbeitnehmer, dass der private Arbeitsplatz im Homeoffice ergonomisch und frei von Gesundheitsgefährdungen ist
- Information an die Arbeitnehmer, dass Mängel, die den Gesundheitsschutz beeinträchtigen, unverzüglich beseitigt werden müssen
- Information, dass zwischen ständigen und nicht ständigen Arbeitsplätzen unterschieden wird, und welche Anforderungen nur für ständige Arbeitsplätze gelten

Arbeitszeitvorschriften im Homeoffice:

77

- Festhalten des Umfangs der Arbeitsleistung bzw. Wiederholung bereits existierender Vereinbarungen und Weisungen
- Regelung fester Zeitfenster für die Leistungserbringung im Homeoffice (z.B. Gleitarbeitszeit mit Blockzeiten)
- Regelung der Erreichbarkeit, der Nichterreichbarkeit und der Reaktions-/Antwortzeiten
- Art und Weise der Arbeitszeiterfassung
- Hinreichende Information und Anleitung zur Einhaltung sämtlicher arbeitsgesetzlicher Vorgaben betreffend Arbeits- und Ruhezeiten, z.B. mittels Fragebögen und Checklisten
- Weisung, dass das Arbeiten zu gewissen Zeiten ganz zu unterlassen ist, z.B. Nacht- und Sonntagsarbeit
- Information über technische Massnahmen, wie automatische Abschaltungen, Konfiguration des E-Mail-Verkehrs oder Einschränkungen des Zugriffs auf den externen Server
- Information über zulässige Formen der Überwachung im Homeoffice