Geregeltes und Regelungsbedarf – Good Practice des Homeoffice

ZV Fachtagung Brunnen vom 11. November 2021

Dr. iur. Luca Cirigliano
Zentralsekretär SGB

Inhaltsübersicht

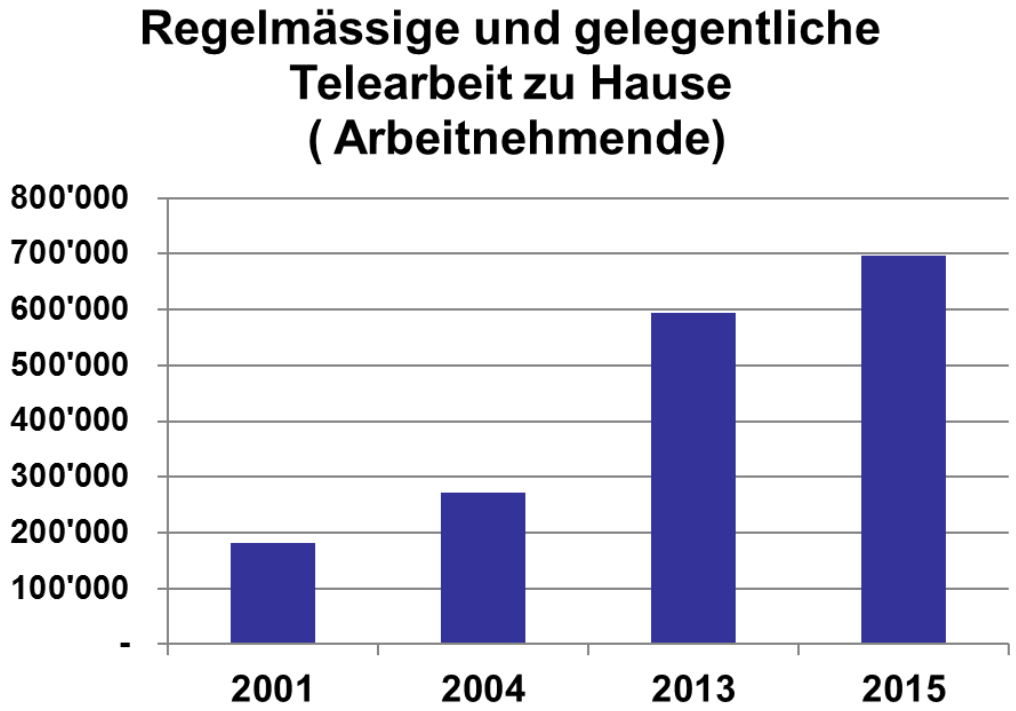
- Ausgangslage
- Was gilt im öffentlichen Personalrecht? → Arbeitsrechtliche Einordnung
  - Arbeitszeit und Gesundheitsschutz
  - Unfallversicherung
  - Arbeitsgeräte, Material und Auslagen
  - Anspruch auf Homeoffice? Verpflichtung zu Homeoffice? Recht auf Rückkehr?

Inhaltsübersicht II

- Sonderprobleme
  - Ergonomie am Arbeitsplatz
  - Exkurs: mobil-flexibles Arbeiten/Grossraumbüro
  - Datenschutz und Privatsphäre
- Regelungsbedarf
- Good Practice/Empfehlungen
- Reader

Ausgangslage

- Bereits vor Ausbruch der Covid-19-Pandemie verzeichnete das Homeoffice in der Privatwirtschaft einen wachsenden Trend:



- 70% wollen auch nach der Coronakrise weiter im Homeoffice arbeiten (Studie der FHNW und ZHAW).

Ausgangslage

- Andere Länder kennen (neu) teilweise zahlreiche Gesetzesbestimmungen zu Homeoffice.
- Homeoffice-Arbeit ist im Schweizer Recht nicht explizit geregelt.
- Es gibt daher gewisse ungeregelte oder unklare Fragen.
- Erst wenige Betriebe kennen Homeoffice-Reglemente (z.B. Kispi Ostschweiz). GAV zum Homeoffice sind am entstehen.
- Diverse Kantone haben Merkblätter/Weisungen erlassen (z.B. Kantone Bern, Zürich, St. Gallen).

Anwendbarkeit des ArG bei Homeoffice

- Homeoffice fällt unter den Anwendungsbereich des ArG.
- Keine Ausnahmebestimmung:
  - Weder Heimarbeit i.S.v. Art. 351 OR bzw. HArG (Art. 3 lit. a ArG als Ausnahme greift damit nicht)
  - noch Ausnahme für private Haushalte i.S.v. Art. 2 lit. g ArG (Haushälter, die in einem fremden Haushalt tätig sind).
- Das ArG ist für die öffentliche Verwaltung im Grundsatz nicht anwendbar (Art. 2 Abs. 1 lit. a ArG).
- Die Vorschriften des ArG über den Gesundheitsschutz sind für den öffentlich-rechtlichen Dienst jedoch anwendbar (Art. 3a lit. a ArG):
  - **Art. 6 ArG** (allgemeine Pflichten zum Gesundheitsschutz)
  - **Art. 35 ArG** (Gesundheitsschutz bei Mutterschaft)
  - **Art. 36a ArG** (Grundlage für Verordnungen durch den Bundesrat)

Arbeits- und Präsenzzeit



- Arbeitszeit ist die Zeit, in der sich ein Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung hält.
- Arbeits- und Ruhezeiten sind unverändert einzuhalten: Gesetzliche Höchstarbeitszeit beträgt 45 Stunden für Büropersonal.
- Arbeitszeit ist zu erfassen und Pausen einzuhalten.
- Es gilt das Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot.
- Technische Überwachung des Verhaltens der Arbeitnehmenden ist verboten.

Gesundheitsschutz im Homeoffice

- Gesundheitsvorschriften des ArG gelten auch im Homeoffice: Arbeitgeber hat zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden alle notwendigen Massnahmen zu treffen (Art. 6 Abs. 1 ArG).
- Arbeitnehmende sind verpflichtet, Weisungen der Arbeitgeber bezüglich Gesundheitsvorsorge zu befolgen (Art. 6 Abs. 3 ArG).
- Arbeitgeber hat seine Mitarbeitenden durch technische Massnahmen oder Gestaltung der Arbeitsabläufe so auszurüsten, dass aus ständiger Erreichbarkeit keine Gefährdung für Arbeitnehmer entsteht (Art. 6 ArG und Art. 2 ArGV 3).
- Festlegung von präzisen Arbeitszeiten inkl. Bereitschaftszeit und Zeiten, in denen keine Erreichbarkeit besteht (Geräte ausschalten).
- Anforderungen an Arbeitsplatz hinsichtlich Raum- und Lichtverhältnisse sowie an Arbeitsgeräte müssen erfüllt sein.
- Massnahmen gegen soziale Isolation im Homeoffice.

Gesundheitsschutz – ArGV 3

- Konkretisierung von Art. 6 ArG
- Grundsatz in Art. 2 ArGV 3
  - Arbeitsplätze und Arbeitssysteme sind so zu gestalten, dass es keine beeinträchtigende Auswirkungen auf die Arbeitnehmenden gibt.
  - Kosten für Schutz- und Vorsorgemassnahmen gehen zu Lasten des Arbeitgebers.
  - Massnahmen müssen verhältnismässig sein.

Gesundheitsschutz – ArGV 3

- Enthält Anforderungen an:
  - Gebäude und Räume
  - Beleuchtung, Raumklima, Lärm und Vibrationen
  - Arbeitsplätze
  - Tragen von Lasten
  - Überwachung der Arbeitnehmer
  - Persönliche Schutzausrüstung und Arbeitskleidung
  - Garderoben, Waschanlagen, Toiletten, Ess- und Aufenthaltsräume, Erste Hilfe
  - Instandhaltung und Reinigung
  - Nicht explizit: Bildschirmarbeit

Gesundheitsschutz – UVG

- **UVG** enthält zahlreiche Bestimmungen zum Gesundheitsschutz im Sinne von präventiven Massnahmen (Art. 82 f. UVG).
- UVG differenziert nicht zwischen privaten und öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmenden und ist daher auf den öffentlichen Dienst uneingeschränkt anwendbar.
- Allenfalls Abgrenzungsprobleme zwischen BU- und NBU.

- **VUV** enthält ähnliche Bestimmungen wie die ArGV 3.
- Sicherheitsanforderungen an Räume, Arbeitsmittel, Arbeitsumgebung und Arbeitsorganisation.

Unfallversicherungsschutz


Bild: Antonioguillem

- Alle Arbeitnehmenden sind obligatorische gegen Betriebs- als auch Nichtbetriebsunfälle (wenn wöchentliche Arbeitszeit mehr als 8 Stunden) versichert.
- Unfälle auf dem Arbeitsweg gelten als Betriebsunfall.
- Unfalldeckung auch unterwegs im Park oder Ferienhaus, entscheidend ist Unfall im Rahmen der beruflichen Tätigkeit.
- Unfall in der Freizeit ist Nichtberufsunfall.

Material- und Auslagenersatz? Auslagen

- Auslagenersatz gemäss Art. 327a OR:
  - Arbeitgeber haben die **notwendigerweise** entstehenden Kosten zu ersetzen.
  - Kosten nur notwendig bei angeordnetem Homeoffice.
  - Absatz 2 erlaubt eine pauschale Abgeltung.
  - Abreden, wonach der Arbeitnehmer die Auslagen selber zu tragen hat, sind **unzulässig**!
  - Auslagen sind: Mietkosten (BGer-Urteil 4A_533/2018 vom 23. April 2019), Strom, Heizung, Abo- und Verbindungskosten für Internet und Telefon, Wartungs- und Reparaturkosten für Arbeitsgeräte.

Material- und Auslagenersatz? Arbeitsgeräte und Material

Art. 327 OR, dispositiv:

- Materialkosten, die auch im Büro angefallen wären, sind weiterhin vom Arbeitgeber zu entschädigen.
  - Druckerpatronen, Papier, etc.

- Arbeitsgeräte («Werkzeuge») sind zur Verfügung zu stellen. Es gilt das Verhältnismässigkeitsprinzip. Vgl. auch ArG/Ergonomie.
  - Laptop inkl. Software
  - Externer Bildschirm
  - Höhenverstellbarer Schreibtischstuhl
  - Etc.

Material- und Auslagenersatz? Sonderfall BYOD

Art. 327 Abs. 2 OR, dispositiv:

- Bring your own device («BYOD»)
  - Im Einverständnis mit dem Arbeitgeber dürfen Arbeitnehmer selbst Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit verwenden.
  - Es besteht ein Entschädigungsanspruch für den Fall,
    - dass im Betrieb kein Notebook sondern nur ein Fest-PC zur Verfügung steht.
    - dass im Betrieb nur ein Festnetzanschluss besteht und der Arbeitnehmer im Homeoffice auf ein Mobiltelefon angewiesen ist.
  - Problematisch aus datenschutzrechtlicher Sicht.

Anspruch auf Homeoffice?

A-5819/2016: Urteil vom 22. November 2017:

- Seit dem 1. April 2013 arbeitete Sachbearbeiterin mit einem Pensum von 80%.
- Ab 2014 Grossraumbüros eingerichtet mit Think Tanks (zur exklusiven Nutzung für maximal vier Stunden) und Flexdesk-Zonen (zur gemeinschaftlichen Nutzung mit wenigen Arbeitsplätzen).
- Ärztliches Zeugnis: die Arbeitsbedingungen in einem Grossraumbüro aus psychischen Gründen nicht tragbar (daher 40% im Homeoffice gewünscht).

Anspruch auf Homeoffice?

A-5819/2016: Urteil vom 22. November 2017:

- Hochsensibilität: Gruppe von 20% der Bevölkerung, die eine "Hohe Sensibilität" aufweist.
- Konstitution, keine Krankheit.
- Arbeitgeber hat Pflicht, Gesundheit zu schützen (Art. 328 OR, Art. 6 ArG).
- Massnahme zu ergreifen: 40% Homeoffice und 40% Arbeit vor Ort.
- Eventuell: Fixen Arbeitsplatz einrichten in Think Tank oder Kleinbüro.

Anspruch auf Homeoffice?

Fazit: Fürsorgepflicht des Arbeitgebers muss verhältnis-mässig ausgestaltet werden:

- Kleinbüro kann effektiv nicht eingerichtet werden.
- Laut Gericht hätte vom Arbeitgeber in dieser Situation zwar tatsächlich nicht verlangt werden können, dass für die Frau extra ein Kleinbüro gebaut werde.
- Dann ist auf «mildere» Massnahme zurückzugreifen: Homeoffice.
- Bei «Gesunden»: grundsätzlich kein Anspruch auf Arbeit im Homeoffice.

Anspruch auf Homeoffice?

Fazit: Vorgehen

- Bei Planung von Grossraumbüros sind Mitarbeitende und Pekos einzubeziehen (Art. 328 OR, Art. 6 ArG, insbesondere Art. 6 Abs. 3 ArG).
- Bei Problemen: Anspruch auf Homeoffice oder andere Massnahmen.
- Wer ein Arztzeugnis mitbringt, kann sich wehren.
- Bei Entlassung: Klage auf Missbräuchlichkeit.

Verpflichtung zu Homeoffice?

- Normalfall: Arbeitsort ist wesentlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages gem. Art. 319 OR, daher gilt:
  - Homeoffice ist entweder von Anfang an vertraglich vorgesehen
  - oder kann im Einverständnis mit der arbeitnehmenden Person angeordnet werden (d.h. grundsätzlich keine einseitige Anordnung durch Arbeitgeber).
  - Falls Mobilitätsklause im Arbeitsvertrag (Art. 321 d Abs. 1 und 2 OR): Arbeitgeber darf bei Bedarf Homeoffice anordnen.
  - Änderungskündigung
- Behördliche Anordnung (Bsp. Covid)
  - Quarantäne: Arbeitgeber darf Homeoffice einseitig anordnen, wenn möglich und zumutbar.
  - Homeoffice-Pflicht: Arbeitnehmende müssen gestützt auf die Treuepflicht gem. Art. 321a OR Folge leisten.

Recht auf Rückkehr?

- Recht auf Rückkehr an den Arbeitsplatz ist von zentraler Bedeutung
- Der Arbeitgeber muss jederzeit einen qualitativ hochstehenden Arbeitsplatz bereithalten
- Einhaltung von ArG
- Keine Stressoren wie „Suche nach Arbeitsplatz“ im Grossraumbüro

Ergonomie am Arbeitsplatz

- Rechtsgrundlagen
  - Art. 328 OR
  - Art. 82 UVG
  - Art. 6 ArG
- Grundsatz: Je besser der Arbeitsplatz eingerichtet ist, desto kleiner ist das Risiko körperlicher Beschwerden. Diese können Arbeitsausfälle zur Folge haben und ihrerseits den Betreib belasten.
- Wenn Ergonomie nicht eingehalten wird, dann haftet der Arbeitgeber bei Schäden.
- Ergonomie im Homeoffice wird von Arbeits-inspektorinnen überprüft.

Ergonomie am Arbeitsplatz

- Elemente eines gut eingerichteten Arbeitsplatzes:
  - genügend Arbeitsfläche (ideale Tischgrösse: 160 x 80 cm);
  - höhenverstellbarer Stuhl (Füsse fest auf dem Boden und Tastatur mit locker hängenden Schultern bedienbar);
  - externer Bildschirm;
  - Maus und externe Tastatur;
  - genügend Bewegungsraum um die Arbeitsfläche herum;
  - gute Arbeitsplatzbeleuchtung zur Vermeidung direkter oder indirekter Blendungen;
  - Sicht ins Freie/Fenster.

Exkurs: mobil-flexibles Arbeiten/Grossraumbüro



Quelle: faz.net

Risiken Grossraumbüro/Desksharing

- In Grossraumbüros fallen rund doppelt so viele Krankheitstage als in Kleinbüros (SBiB-Studie «Schweizerische Befragung in Büros» der Hochschule Luzern und des Seco).
- Für die Mehrzahl der befragten Personen sind die Verhältnisse in kleinen Büros signifikant besser.
- Bessere Umgebungsfaktoren (Lärm, Luftqualität, etc.) und weniger Stress, Erholungsbedarf führen zu höherer Zufriedenheit.
- Häufigkeit von Symptomen wie Müdigkeit und Kopfschmerzen nehmen zu, je grösser das Büro ist. Generell nehmen auch krankheitsbedingte Abwesenheiten mit zunehmender Bürogrösse zu.
- Attraktivität des Arbeitsplatzes und Produktivität können in kleineren Büros deutlich verbessert werden.
- Grossraumbüros können krank machen: BVGer Urteil vom 22.11.2017 (A-5819/2016).

Geschäfts- und Betriebsgeheimnis



Quelle: Drazen Zigic

Geschäfts- und Betriebsgeheimnis

- Die Arbeitnehmer sind für die Einhaltung von Geschäftsgeheimnissen im Homeoffice verantwortlich (Art. 321a Abs. 4 OR).
- Strafandrohung gem. Art. 162 StGB.
- Aufklärung über Risiken und Sorgfaltspflichten in Vereinbarung zum Homeoffice sinnvoll.
- Geheimhaltungsvorschriften im Umgang mit Personendaten oft auch in firmeninternen Reglementen verankert.
- BGer: Verletzung der Reglemente je nach Schwere Sanktion bis zur fristlosen Kündigung (Urteil 4A_236/2021 vom 2. August 2012).

Geschäfts- und Betriebsgeheimnis

- Arbeitnehmende haben insbesondere dafür zu sorgen, dass:
  - Den Bestimmungen über den Umgang mit Informatikmittel entsprochen wird.
  - Datenträger nicht unbefugt gelesen, kopiert und verändert werden können.
  - Die Informatikmittel über eine Firewall und einen stets aktuellen Virenschutz verfügen.
  - Geschäftliche Unterlagen und Informationen nicht von Unberechtigten einsehbar sind und verschlossen aufbewahrt werden.

Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre

- Arbeitgeber haben das Recht, die Ausführung der Arbeit sowie das Verhalten im Betrieb zu kontrollieren.
- Schranken:
  - Datenschutz (Art. 328b OR, DSG)
  - Art. 6 ArG i.V.m. Art. 26 ArGV 3, Art. 8 EMRK.

Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre

- Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmenden am Arbeitsplatz überwachen, sind unzulässig (Art. 26 Abs. 1 ArGV 3).



Kontrolle bei BYOD erlaubt?

- Datensicherheit, Art. 7 DSG
  - Arbeitgeber muss Sicherheitskonzept gewährleisten (VPN, Antivirus-Software, etc.).
- Ein bestimmter Grad an Kontrolle
  - Arbeitgeber muss Schutz der Persönlichkeit Rechnung tragen.
  - Private Daten der Arbeitnehmenden dürfen nicht eingesehen werden.
  - Online-Verhalten/Status darf nicht kontrolliert werden.
- Haftung bei Beschädigung und Verlust
  - Regelung analog für private Dienstfahrzeuge: Arbeitgeber trägt Betriebsrisiko und haftet für Reparatur- bzw. Wiederbeschaffungskosten.

Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre

- Überwachungs- und Kontrollsysteme, die **aus anderen Gründen erforderlich** sind, sind zulässig, sofern sie die Gesundheit und Bewegungsfreiheit der Arbeitnehmen-den nicht beeinträchtigen, Art. 26 Abs. 2. ArGV 3.
- Die Trennung zwischen unzulässiger (reiner) Verhaltensüberwachung und zulässiger Überwachung er Arbeitsleistung kann in Praxis schwierig sein.

Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre

- Unzulässig sind insbesondere, die Überwachung des E-Mail- und Internetverkehrs.
  - Arbeitgeber können technische Massnahmen ergreifen, um Websites oder Daten zu sperren.
  - Fall das nicht ausreicht, können Missbräuche anhand einer Überprüfung der anonymisierten Logfiles aufgedeckt werden (enthalten nur Randdaten ohne konkrete Inhalte).
  - Eine personenbezogene namentliche Auswertung darf nur bei konkretem Missbrauchsverdacht durchgeführt werden.

Schutz der Persönlichkeit und Privatsphäre

- Bei Überwachung im Homeoffice gelten die gleichen gesetzlichen Schranken wie im Betrieb.
- Das Datenschutzgesetz fordert die Transparenz, d.h. Mitarbeitenden muss erkennbar sein, dass das Unternehmen Aktivitäten am Homeoffice-Computer und/oder Firmennetzwerk auswertet (Art. 4 Abs. 4 DSG).
- Jede Bearbeitung von Personendaten hat dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen, (Art. 4 Abs. 2 DSG).
- Überwachung stellt Gefahr für die Gesundheit dar.

Regelungsbedarf

- Gilt Erreichbarkeitszeit als Arbeitszeit, Pikettzeit, Bereitschaftsdienst oder Ruhezeit?
  - Vorschlag: Arbeitszeit
- Ausweitung und Anpassung des HArG
- Finanzielle Aspekte von Homeoffice gesetzlich regeln:
  - Arbeitsmittel wird zur Verfügung gestellt und Arbeitsplatz ausgestattet.
  - Arbeitgeber trägt alle im Zusammenhang mit der Einrichtung, dem Betrieb und der Wartung entstehende Kosten.
  - Bei freiwilliger Nutzung privater Geräte leistet Arbeitgeber eine Nutzungsentschädigung.
  - Anteilige Mietkosten werden erstattet, wenn Homeoffice für längere Zeit angeordnet wird.
- Kontrollen zur Überprüfung der Homeoffice-Bedingungen
- Mitwirkung/Kommunikation mit Gewerkschaften,
- Regelung in GAV und/oder durch Pekos

Best Practice/Empfehlungen

- Reglement zu Homeoffice mit folgenden Punkten:
  - Umfang des Homeoffice
  - Regelmässige Feedbacks zu Art und Weise der Arbeit durch Vorgesetzten/Mitarbeitergespräche
  - Regelungen der Erreichbarkeit und Antwortzeiten z.B. via Telefon oder Mail
  - Sozialer Austausch mit dem Team (virtuelle Kaffeepause)
  - Art und Weise der niederschwelligen Arbeitszeiterfassung
  - Einhaltung der Bestimmungen zu Arbeits- und Ruhezeiten gemäss Arbeitsgesetz
  - Nacht- und Sonntagsarbeitsverbot
  - Vorgaben betreffend Einrichtung des Homeoffice-Arbeitsplatzes
  - Ausrüstung mit Geräten und Material sowie Entschädigung
  - Verhalten bei Störungen
  - Regelung zu Geheimhaltung und Datenschutz
  - Recht auf Rückkehr

Reader

- Sabine Steiger-Sackmann, Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, ARV 2020, S. 300 ff.
- Kurt Pärli/Jonas Eggmann, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice - Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie und darüber hinaus, Jusletter 22. Februar 2021
- Luca Cirigliano/Jens Niemeyer, Homeoffice: rechtliche Regelung sowie Mustervertrag für die Praxis, Jusletter 30. November 2020
- Bundesverwaltungsgerichtsurteil A-5819/2016 vom 22. November 2017 (Anspruch auf Homeoffice)
- Bundesgerichtsurteil 4A_533/2018 vom 23. April 2019 (Entschädigung für Mietkosten privater Wohnraum)
- Bundesverwaltungsgerichtsurteil A-5819/2016 vom 22. November 2017 (Grossraumbüro)
- Bundesgerichtsurteil 4A_236/2021 vom 2. August 2012 (Geheimhaltung)

Danke für Ihre Aufmerksamkeit



Kontakt
Dr. Luca Cirigliano
Schweizerischer
Gewerkschaftsbund SGB
Monbijoustrasse 61
3007 Bern
Luca.Cirigliano@sgb.ch