

Employment News Nr.

45

Anordnung von Homeoffice durch den Arbeitgeber aufgrund des Coronavirus

Aufgrund der zunehmenden Verbreitung des Coronavirus haben bereits zahlreiche Unternehmen in der Schweiz gegenüber den Mitarbeitenden Homeoffice-Arbeit angeordnet. Dieser Beitrag widmet sich unter anderem der Frage, ob und mit welchen Folgen Arbeitgeber in der aktuellen Situation einseitig Homeoffice anordnen können.

Homeoffice auf Anordnung des Arbeitgebers infolge der Corona-Pandemie

Zur Vermeidung von Ansteckungen mit dem Coronavirus haben bereits zahlreiche Unternehmen für ihr Personal die Arbeitsverrichtung im Homeoffice verbindlich angeordnet. Aus arbeitsrechtlicher Sicht stellen sich dabei zahlreiche Fragen.



Von **Philippe Nordmann**
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com



und **Fabian Looser**
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com

1. Rahmenbedingungen für Homeoffice-Arbeit im Allgemeinen

In allgemeiner Hinsicht und unabhängig von der aktuellen Situation im Zusammenhang mit dem Coronavirus gelten für die Arbeitsverrichtung im Homeoffice aus arbeitsrechtlicher Sicht insbesondere folgende Rahmenbedingungen:

- **Implementierung Homeoffice:** Ohne besondere Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Arbeitsverrichtung im Homeoffice grundsätzlich nicht einseitig mittels des Weisungsrechts anordnen. Der Arbeitnehmer hat seinerseits keinen Rechtsanspruch auf die Arbeitsverrichtung im Homeoffice.
- **Anwendbarkeit Arbeitsgesetz:** Auch bei der Arbeitsverrichtung im Homeoffice sind das Arbeitsgesetz und damit namentlich die Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeiten sowie über den Gesundheitsschutz anwendbar. Der Arbeitgeber hat die Arbeitszeit der Arbeitnehmer auch im Homeoffice zu erfassen und insbesondere die Einhaltung der Höchstarbeitszeit, der täglichen Ruhezeit sowie des Nacht- und Sonntagsarbeitsverbots zu gewährleisten. In Bezug auf den Gesundheitsschutz ist namentlich sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer über einen ergonomischen Arbeitsplatz verfügt.
- **Arbeitsmaterial:** Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für das Homeoffice das für die Arbeit benötigte Arbeitsmaterial (Computer, Drucker etc.) zur Verfügung zu stellen; stellt der Arbeitnehmer sein privates Arbeitsmaterial zur Verfügung, hat er dafür Anspruch auf eine Entschädigung (Art. 327 OR). Sofern die Homeoffice-Arbeit auf dem Wunsch des Arbeitnehmers beruht und ihm ein Arbeitsplatz beim Arbeitgeber zur Verfügung steht, ist fraglich, ob das Arbeitsmaterial für das Homeoffice für die Arbeitsverrichtung effektiv «benötigt» wird. In diesem Fall sprechen unseres Erachtens gute Argumente dafür, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsmaterial selbst bereitstellen muss und dafür keine Entschädigung zugute hat. Da die gesetzliche Vorschrift dispositiv (das heisst nicht zwingend) ist, können die Parteien ohnehin vereinbaren, dass der Arbeitnehmer das Arbeitsmaterial selbst entschädigungslos zur Verfügung stellt.
- **Auslagen:** Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen (Art. 327a OR). Als Auslagen beim Homeoffice kommen insbesondere die Kosten für Strom, Internet und Heizung in Betracht. Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Urteil entschieden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch die Mietauslagen für die Nutzung eines Zimmers für die Homeoffice-Arbeit erstatten muss, wobei der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im konkreten Fall keinen geeigneten Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt hat. Im Gegensatz zur gesetzlichen Bestimmung betreffend Arbeitsmaterial ist die Vorschrift über den Auslagenersatz

zwingend und die Parteien können von dieser nicht mittels vertraglicher Vereinbarung zulasten des Arbeitnehmers abweichen. Sofern die Homeoffice-Arbeit auf dem Wunsch des Arbeitnehmers beruht, gilt unseres Erachtens auch in Bezug auf die Auslagen, dass diese nicht im Rahmen der Ausführung der Arbeit notwendigerweise entstehen, weshalb der Auslagenersatz in diesem Fall wegbedungen werden kann.

- **Sozialversicherungsrechtliche Unterstellung von Grenzgängern:** Bekanntlich unterstehen im Ausland wohnhafte und bei einem schweizerischen Arbeitgeber angestellte Grenzgänger solange den schweizerischen Sozialversicherungen, als sie im Wohnsitzstaat keinen wesentlichen Teil ihrer Erwerbstätigkeit von mindestens 25 % ausüben. Eine Unterstellung unter das Sozialversicherungsrecht des Wohnsitzstaates kann insbesondere auch dann stattfinden, wenn ein Grenzgänger nur für seinen schweizerischen Arbeitgeber im Umfang von mindestens 25 % seines Pensums im Homeoffice im Wohnsitzstaat arbeitet.

2. Besonderheiten der Homeoffice-Arbeit im Zusammenhang mit dem Coronavirus

a) Implementierung Homeoffice

Aufgrund der aktuellen Situation im Zusammenhang mit dem Coronavirus sowie den Empfehlungen des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) betreffend «Social Distancing», Flexibilisierung der Arbeitszeiten und Meidung des öffentlichen Verkehrs ist unseres Erachtens ein Ausnahmetatbestand von einer Qualität gegeben, dass der Arbeitgeber gestützt auf sein Weisungsrecht einseitig und kurzfristig die Arbeitsverrichtung im Homeoffice anordnen kann. Dies gilt auch dann, wenn die Verträge feste Arbeitsorte und keine Mobilitäts- oder Homeoffice-Klauseln enthalten. Der Arbeitnehmer ist aufgrund seiner Treuepflicht verpflichtet,

eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers zu befolgen, soweit ihm dies zumutbar ist.

Demgegenüber bleibt es unseres Erachtens dabei, dass der einzelne Arbeitnehmer auch in der aktuellen Situation grundsätzlich keinen generellen Anspruch auf die Arbeitsverrichtung im Homeoffice hat. Ausnahmen können dann bestehen, wenn behördliche Anweisungen vorliegen, der Arbeitnehmer zu einer besonders gefährdeten Risikogruppe gehört oder der Arbeitgeber seine Fürsorgepflicht schwerwiegend verletzt und die notwendigen (sowie zumutbaren) Schutzmassnahmen zu ergreifen unterlässt. In letzterem Fall könnte der Arbeitnehmer allenfalls gegen den Willen des Arbeitgebers die Homeoffice-Arbeit verrichten, wobei dafür zwingend eine vorgängige Abmahnung mit Ansetzung einer angemessenen Frist seitens des Arbeitnehmers erforderlich ist.

b) Arbeitsgesetz

An der Anwendbarkeit des Arbeitsgesetzes bei der Arbeitsverrichtung im Homeoffice ändert sich aufgrund der aktuellen Situation im Zusammenhang mit dem Coronavirus grundsätzlich nichts.

Bei einer kurzfristigen und weitgehend «flächendeckenden» Anordnung von Homeoffice in mittleren und grösseren Betrieben wird die Implementierung einer Zeiterfassungsmethode sowie die Kontrolle des Gesundheitsschutzes am Homeoffice-Arbeitsplatz mit zusätzlichen Schwierigkeiten verbunden sein. In diesem Fall besteht eine pragmatische Lösung unseres Erachtens darin, dass der Arbeitgeber eine Weisung erlässt, mit welcher die Arbeitszeiterfassung vorübergehend an die Arbeitnehmer delegiert wird und die Arbeitnehmer zur Einhaltung der Vorschriften über die Arbeits- und Ruhezeiten sowie den Gesundheitsschutz angehalten werden. Der Arbeitgeber kann die Arbeitnehmer zudem um eine Selbstdeklaration ersuchen, mit welcher sie bestätigen, die Bestimmungen des Arbeitsgesetzes einzuhalten. Die

Verantwortung für die Einhaltung der Bestimmungen verbleibt aber letztlich beim Arbeitgeber.

Es ist zu hoffen, dass auch die zuständigen Behörden aufgrund der aktuellen besonderen Situation allfällige Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Arbeitsgesetz mit dem angebrachten Augenmass beurteilen.

c) Arbeitsmaterial und Auslagen

Wenn der Arbeitgeber aufgrund der aktuellen Situation im Zusammenhang mit dem Coronavirus einseitig Homeoffice-Arbeit anordnet, müsste er dem Arbeitnehmer bei strenger Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen das notwendige Arbeitsmaterial zur Verfügung stellen (oder ihm die Nutzung des privaten Arbeitsmaterials entschädigen) sowie die Auslagen ersetzen (oben, Ziff. 1).

Aufgrund der aktuellen Ausnahmesituation ist es unseres Erachtens jedoch notwendig, die gesetzlichen Bestimmungen situations- und einzelfallgerecht anzuwenden: Soweit der Arbeitnehmer bereits über die erforderliche Infrastruktur für einen Homeoffice-Arbeitsplatz verfügt, so sprechen starke Argumente dafür, dass er aufgrund seiner Treuepflicht verpflichtet ist, dieses Arbeitsmaterial und die Infrastruktur vorübergehend für die Arbeitsverrichtung im Homeoffice zur Verfügung zu stellen, ohne dass der Arbeitgeber dafür eine zusätzliche Entschädigung zu bezahlen hat. Insbesondere kann die erwähnte Rechtsprechung betreffend anteilige Übernahme der Mietkosten durch den Arbeitgeber nicht auf die Situation von vorübergehendem Homeoffice infolge einer Pandemie übertragen werden, da dem Arbeitnehmer grundsätzlich ein Arbeitsplatz beim Arbeitgeber zur Verfügung stehen würde und die Anordnung von Homeoffice dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers dient.

Sollte ein Arbeitnehmer jedoch nicht über eine ausreichende Infrastruktur verfügen, um seine Arbeit im Homeoffice zu verrichten, so muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer die Infrastruktur zur Verfügung stellen oder zumindest die entsprechenden Kosten erstatten. Verfügt ein Arbeitnehmer z.B. zuhause über keinen Internetanschluss, hat ihm der Arbeitgeber mobiles Internet zur Verfügung zu stellen oder zumindest die Initialkosten für die Einrichtung eines Internetanschlusses zu erstatten.

Der Arbeitgeber hat darauf zu achten, dass er allenfalls erforderliches spezifisches Arbeitsmaterial rechtzeitig besorgt und die Arbeitnehmer mit diesem ausstattet. Wenn z.B. für die konkrete Arbeitsverrichtung spezielle Laptops oder eine bestimmte Software erforderlich sind, hat der Arbeitgeber diese Hardware und die Softwarelizenzen in ausreichender Anzahl auf eigene Kosten zu beschaffen.

Es bleibt aber ein Risiko bestehen, dass sich ein Gericht streng an den gesetzlichen Vorschriften orientiert und trotz der aktuellen Ausnahmesituation insbesondere zusätzliche Entschädigungspflichten zulasten der Arbeitgeber annimmt.

d) Datenschutz

Da sich beim Homeoffice in der Regel die geschäftliche und die private Sphäre vermischen, erlangt der Datenschutz eine grosse Bedeutung. Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich sicherzustellen, dass Geschäftsgeheimnisse geschützt werden und Familienangehörige sowie Dritte keinen Zugang zu den geschäftlichen Daten erhalten.

Normalerweise ist es aus Sicht des Arbeitgebers empfehlenswert, selbst zusätzliche Sicherheitsvorkehrungen, wie z.B. Firewalls, Software für Verschlüsselungen und Virenschutz etc. zu implementieren. Bei einer kurzfristigen Einführung von Homeoffice-Arbeit fehlen jedoch allenfalls die Zeit und die Mittel,

solche Massnahmen umzusetzen. Auch in diesem Fall ist es empfehlenswert, dass der Arbeitgeber eine einseitige Weisung zur Gewährleistung von Mindeststandards in Bezug auf die Datensicherheit (z.B. Anforderungen an Passwörter) erlässt.

e) Sozialversicherungsrechtliche Unterstellung von Grenzgängern

Gemäss Auskunft des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) erachten die schweizerischen Behörden die aktuelle Situation als Ausnahmestand. Das BSV trägt diesem Umstand dadurch Rechnung, dass Grenzgänger, die grundsätzlich in der Schweiz ihre Arbeit verrichten und nun aufgrund des Coronavirus zur Homeoffice-Arbeit gezwungen sind und dadurch die Wesentlichkeitsgrenze von 25 % überschreiten, aus schweizerischer Sicht weiterhin dem Schweizer Sozialversicherungssystem unterstellt sind. Dies gilt nach dem BSV sowohl für Arbeitnehmer, welche keine Homeoffice-Klausel im Arbeitsvertrag haben, als auch für solche, die bereits im Homeoffice arbeiteten, aber die Schwelle von 25 % nicht erreichten. Das BSV kann jedoch jederzeit eine ergänzende oder abweichende Weisung erlassen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die dargestellte Praxis des BSV nur die schweizerische Rechtslage betrifft. Es ist nach dem BSV zurzeit noch nicht (offiziell) bekannt, wie ausländische Sozialversicherungsbehörden die vorliegende Situation handhaben werden. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass die ausländischen Behörden, welche die Sozialversicherungsbeiträge für einen in ihrem Land wohnhaften Grenzgänger gegenüber dem schweizerischen Arbeitgeber einfordern würden, sich nach wie vor streng an der Wesentlichkeitsgrenze von 25 % orientieren.

3. Fazit

Die aktuelle Ausnahmesituation im Zusammenhang mit dem Coronavirus rechtfertigt unseres Erachtens eine situationsangepasste Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen und anerkannten Grundsätze im Zusammenhang mit dem Homeoffice. So kann der Arbeitgeber insbesondere einseitig und kurzfristig Homeoffice-Arbeit einführen. Zudem kann sich der Arbeitgeber in Bezug auf die Modalitäten der Homeoffice-Arbeit (z.B. Arbeitszeiterfassung, Datenschutz etc.) zunächst auf rudimentäre Regelungen mittels einseitigen Weisungen beschränken.

Soweit der Arbeitnehmer bereits über eine für das Homeoffice erforderliche Infrastruktur verfügt, kann von ihm in der aktuellen Situation erwartet werden, dass er diese vorübergehend ohne zusätzliche Entschädigung für die Homeoffice-Arbeit zur Verfügung stellt.

Employment News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020

Ansprechpartner



Ueli Sommer
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com



Philippe Nordmann
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com



Daniel Staffelbach
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com



Davide Jermini
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 02
davide.jermini@walderwyss.com



Olivier Sigg
Partner, Genf
Telefon +41 58 658 30 20
olivier.sigg@walderwyss.com



Irène Suter-Sieber
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com



Christoph Stutz
Konsulent, Zürich
Telefon +41 58 658 56 57
christoph.stutz@walderwyss.com



Fabian Looser
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com



Simone Wetzstein
Managing Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com



Alex Domeniconi
Associate, Lugano
Telefon +41 58 658 44 06
alex.domeniconi@walderwyss.com



Nadine Mäder
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 31
nadine.maeder@walderwyss.com



Flora V. Palovics
Senior Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 83 79
flora.palovics@walderwyss.com



Laura Luongo
Associate, Genf
Telefon +41 58 658 30 21
laura.luongo@walderwyss.com



Jonas Knechtli
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com



Gaurav Bhagwanani
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 80
gaurav.bhagwanani@walderwyss.com



Yannik A. Moser
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 85
yannik.moser@walderwyss.com



Nathalie Möri
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 53 03
nathalie.moeri@walderwyss.com



Nadja D. Leuthardt
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 62
nadja.leuthardt@walderwyss.com



Benjamin Sommerhalder
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 66
benjamin.sommerhalder@walderwyss.com