



Rechtliche Folgen der Telearbeit

Bericht des Bundesrates zum Postulat 12.3166 Meier-Schatz

vom 16. November 2016

Inhalt

1	Auftrag	5
2	Vorstösse zum gleichen Thema	6
3	Definition	7
3.1	Begriff	7
3.1.1	Fernarbeit	7
3.1.2	Verbindung mit Telekommunikationsmitteln	7
3.1.3	Abgrenzung von der traditionellen Heimarbeit	8
3.1.4	Auch in den Räumlichkeiten des Unternehmens verrichtbare Tätigkeiten	10
3.2	Verschiedene Formen der Telearbeit	10
3.2.1	Regelmässige oder gelegentliche Telearbeit	10
3.2.2	Nach Ort der Arbeitsausführung	10
3.2.3	Permanente oder alternierende Telearbeit	10
3.3	Telearbeit und Entwicklung der Technologien	11
3.4	Einschätzung	11
3.5	Terminologie	12
4	Entwicklung, heutige Tragweite, Zahlen und Statistiken	12
4.1	Traditionelle Heimarbeit	12
4.2	Telearbeit	14
4.2.1	Entwicklung	14
4.2.2	Entwicklungspotenzial	18
4.2.3	Gleichstellung von Mann und Frau und Vereinbarkeit von Beruf und Familie	19
5	Vor- und Nachteile der Telearbeit	22
5.1	Arbeitgeberseite	22
5.1.1	Vorteile	22
5.1.2	Nachteile	23
5.2	Arbeitnehmerseite	23
5.2.1	Vorteile	23
5.2.2	Risiken	24
5.3	Allgemeinheit	25
6	Regelungen zur Telearbeit	26
6.1	Qualifikation des Vertrags	26
6.1.1	Im Allgemeinen	26
6.1.2	Auswirkungen der Telearbeit auf die Qualifikation als Arbeitsvertrag	27
6.2	Allgemeine Bestimmungen des Arbeitsrechts	29
6.2.1	Privatrecht	29
6.2.2	Öffentliches Recht	29
6.3	Besondere Bestimmungen des Arbeitsrechts	30
6.3.1	Öffentliches Recht: Heimarbeitsgesetz	30
6.3.2	Privatrecht: Heimarbeitsvertrag	31
6.4	Gesamtarbeitsverträge	32
6.5	Öffentlicher Sektor	33
6.5.1	Bundespersonal	33
6.5.2	Kantonales und kommunales Personal	33

7	Rechtsfragen	34
7.1	Weisungen	34
7.2	Recht oder Pflicht zur Telearbeit; Notwendigkeit einer vorgängigen Zustimmung	35
7.3	Gesundheitsschutz	37
7.3.1	Im Allgemeinen	37
7.3.2	Information, Anleitung und Anhörung	38
7.3.3	Von den Arbeitnehmer zu beachtende Vorschriften	38
7.3.4	Kontrolle durch Arbeitgeber und Behörden	38
7.3.5	Würdigung der geltenden Regelungen	39
7.3.6	Besondere Bestimmungen im Bereich Heimarbeit	39
7.4	Arbeitszeit, Lohn und Ferien	40
7.4.1	Dauer und Verteilung der Arbeitszeit	40
7.4.1.1	Flexibilität der Arbeitszeit	40
7.4.1.2	Schranken aufgrund des öffentlichen Arbeitsrechts	40
7.4.1.3	Telearbeit und Arbeitszeit	42
7.4.1.4	Arbeitsweg und Arbeitszeit	44
7.4.2	Lohn	44
7.4.3	Ferien	45
7.5	Arbeitsverhinderung	45
7.5.1	Im Allgemeinen	45
7.5.2	Bei einem Heimarbeitsvertrag	46
7.6	Arbeitsgeräte und Auslagen	47
7.6.1	Situation bei Telearbeit	47
7.6.2	Bestimmungen zur Bereitstellung von Material und zum Auslagenersatz	48
7.6.3	Konsequenzen für die Telearbeit	48
7.6.3.1	Vorgängiges Einverständnis des Arbeitgebers	48
7.6.3.2	Zwingende Bestimmungen: Verhältnis von Artikel 327 und Artikel 327a OR	48
7.6.3.3	Begriff der Arbeitsgeräte und des Materials gemäss Art. 327 OR	49
7.6.3.4	Durch Telearbeit «notwendig entstehende» Auslagen	49
7.6.3.5	Geräte oder Material mit doppelter Nutzung (privat und beruflich)	51
7.6.3.6	Arbeit «an auswärtigen Arbeitsorten»	51
7.6.4	Problematische Punkte im Zusammenhang mit den Auslagen	52
7.6.4.1	Einführung	52
7.6.4.2	Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden über die Telearbeit	52
7.6.4.3	Überwälzung der Auslagen auf die Telearbeitenden: Regelung des HARg für die Telearbeit?	52
7.6.4.4	Durch die Ausführung der Arbeit «notwendig entstehende» Auslagen	53
7.6.4.5	Gemischte Nutzung: Regelung nach Art. 327b OR?	53
7.7	Persönlichkeits- und Datenschutz	54
7.7.1	Allgemeines	54
7.7.2	Überwachung der Telearbeitenden	55
7.7.3	Datensicherheit	56
7.7.4	Nutzung privater Geräte	56
7.8	Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht, Geschäftsgeheimnis	57
7.9	Haftung des Arbeitgebers, Haftung der Arbeitnehmenden	58
7.9.1	Haftung des Arbeitgebers	58
7.9.2	Haftung der Arbeitnehmenden	58
7.9.3	Haftplichtversicherung des Arbeitgebers und der Arbeitnehmenden	59
7.9.3.1	Leistungskonkurrenz der Versicherungen	59
7.9.3.2	Deckung von Telearbeit durch Haftplichtversicherungen	60

7.10	Kollektive Arbeitsverhältnisse.....	60
7.11	Sozialversicherungen.....	61
7.11.1	Sozialversicherungspflicht	61
7.11.2	Selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit	62
7.11.3	Berufs- oder Nichtberufsunfall	63
7.12	Steuerliche Aspekte	63
7.12.1	Allgemeines.....	63
7.12.2	Steuerabzüge	64
7.12.2.1	Direkte Bundessteuern.....	64
7.12.2.2	Harmonisierung gemäss StHG	65
7.13	Internationale Sachverhalte	66
7.13.1	Im Ausland von zu Hause aus für einen Arbeitgeber in der Schweiz arbeitende Person	66
7.13.1.1	Zuständigkeit und anwendbares Recht im Vertragsrecht	66
7.13.1.2	Öffentliches Arbeitsrecht	68
7.13.1.3	Steuerrecht und Sozialversicherungen	69
7.13.2	In der Schweiz von zu Hause aus für einen Betrieb im Ausland arbeitende Person	70
7.13.2.1	Vertragsrecht.....	70
7.13.2.2	Öffentliches Arbeitsrecht	71
7.13.2.3	Steuerrecht und Sozialversicherungen	71
7.13.3	Mobile Person	72
8	Ausländische Gesetzgebungen	72
8.1	Europäische Union.....	72
8.1.1	Rahmenvereinbarung über Telearbeit	72
8.1.1.1	Einführung.....	72
8.1.1.2	Inhalt der Rahmenvereinbarung.....	73
8.1.2	Rechte der Mitgliedstaaten	74
8.2	Ausserhalb der Europäischen Union	76
9	Ansicht der Sozialpartner	76
10	Synthese	78
10.1	Verbreitung der Telearbeit	78
10.2	Vor- und Nachteile	79
10.3	Arbeitsrechtliche Probleme	80
10.3.1	Im Allgemeinen.....	80
10.3.2	Punktuelle Mängel.....	80
10.3.2.1	Grundsätzliches	80
10.3.2.2	Bestehende Gesetzgebung zur Heimarbeit und Bestimmung des Begriffs der Telearbeit.....	81
10.3.2.3	Recht oder Pflicht auf Telearbeit? Vorgängige Vereinbarung	81
10.3.2.4	Gesundheitsschutz und Arbeitszeit.....	81
10.3.2.5	Bereitstellung des Materials, Infrastruktur und Auslagen	82
10.4	Sozialversicherungen und Steuerrecht.....	83
10.5	Internationale Sachverhalte	83
11	Schlussfolgerung	83
12	Bibliografie	85

1 Auftrag

Am 14. März 2012 reichte Nationalrätin Lucrezia Meier-Schatz das Postulat 12.3166 «Rechtliche Folgen der zunehmenden Flexibilisierung des Arbeitsplatzes» ein. Der Bundesrat beantragte am 16. Mai 2012 die Annahme des Postulates. Der Nationalrat nahm das Postulat am 28. September 2012 an.

Mit dem Postulat wird der Bundesrat beauftragt, «über die arbeitsrechtlichen Lücken, die sich durch die zunehmende Flexibilisierung des Arbeitsplatzes (Stichwort Home Office) ergeben, Bericht zu erstatten». Gemäss dem deutschen Wortlaut hat das Postulat somit insbesondere die Flexibilisierung des Arbeitsplatzes, das heisst des Arbeitsorts, zum Gegenstand und bezieht sich auf das Arbeitsrecht und die Arbeitsverhältnisse.

In der Begründung des Postulates wird darauf hingewiesen, dass die traditionelle Heimarbeit rückläufig ist und durch neue Formen der Fernarbeit, insbesondere der Telearbeit, ersetzt wurde: «Nach der Aufhebung des Bundesbeschlusses zur Heimarbeit wird das Arbeitsverhältnis über das OR geregelt. Bei der Aufhebung des Bundesbeschlusses wurde unterstrichen, dass die klassische gewerbliche und industrielle Heimarbeit zunehmend von neuen Formen – dem Home Office – abgelöst wird. Damit rückt die kaufmännische Heimarbeit als unterbrochenes Arbeitsverhältnis in den Fokus.»

Im Postulat wird weiter festgehalten, dass diese «neue Form der Heimarbeit» «zu neuen rechtlichen Unsicherheiten» führt und daher «eine Analyse der rechtlichen Situation erforderlich» ist. Gemäss der Begründung sind folgende Punkte zu prüfen:

1. Arbeitsort (vgl. Weisungsrecht gemäss Art. 321d OR);
2. Arbeitsmittel und Vergütungen (vgl. angemessene Entschädigung nach Art. 327 OR);
3. Geschäftsgeheimnis bzw. gesetzlich geschütztes Geschäftsgeheimnis (vgl. Art. 321a Abs. 4 OR und Art. 162 StGB);
4. Haftung und Versicherung: Arbeitnehmende und Arbeitgeber müssen klären, welche Haftpflichtversicherung die Folgen von Schäden deckt;
5. Arbeitszeit, Lohn und Ferien; heute sind Arbeitgeber nur bei der ununterbrochenen Heimarbeit zur Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Verhinderung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers verpflichtet, hingegen nicht bei der unterbrochenen (Art. 353b OR);
6. Steuerliche Abzüge;
7. Datensicherheit und Datenschutz, inklusive Zugriffsberechtigung;
8. Gesetzliche und vertragliche Geheimhaltung;
9. Verantwortung des Unternehmens und der Arbeitnehmenden.

Gemäss Begründung des Postulates «sollte es danach möglich sein, dass Arbeitgeber die Flexibilisierung des Arbeitsplatzes in den Arbeitsverträgen explizit regeln, sofern das Unternehmen die Möglichkeit der Heimarbeit, des Home Office, den Mitarbeitenden anbietet.»

Im vorliegenden Bericht werden vorab die Vorstösse zum gleichen Themenbereich aufgezählt (Ziff. 2), dann wird der Begriff der Telearbeit in seinen verschiedenen Ausformungen behandelt (Ziff. 3) und dessen bisherige und heutige Bedeutung aufgezeigt, insbesondere im Zusammenhang mit der Heimarbeit (Ziff. 4). Der Bericht befasst sich mit den Vor- und Nachteilen dieser Arbeitsform (Ziff. 5), nennt die darauf anwendbaren Regelungen (Ziff. 6) und untersucht die damit verbundenen Rechtsunsicherheiten (Ziff. 7). Dabei werden die im Pos-

tulat aufgezählten Punkte übernommen. Ein kurzer Rechtsvergleich wird ebenfalls vorgenommen (Ziff. 8). Schliesslich werden die im Rahmen einer informellen Anfrage der Bundesverwaltung geäusserten Ansichten des Schweizerischen Arbeitgeberverbands und des Schweizerischen Gewerkschaftsbunds zur Telearbeit dargelegt (Ziff. 9). Abgeschlossen wird der Bericht mit einer Synthese (Ziff. 10) und einer Schlussfolgerung (Ziff. 11).

2 Vorstösse zum gleichen Thema

Im Jahr 2000 hat die Spezialkommission des Nationalrates «Legislaturperiode 1999–2003» in der Motion 00.3209 «Beschäftigungspolitik» den Bundesrat beauftragt, sämtliche Massnahmen vorzulegen, die aufgrund des Aufkommens der «neuen Wirtschaft» für den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nötig sind. Sie erachtete es als denkbar, dass die weitere Wirtschaftsentwicklung zu einer zunehmenden Verschlechterung der Arbeits- und Lohnbedingungen führen wird, dies insbesondere aufgrund der Telearbeit (ausserbetriebliche Bildschirmarbeitsplätze). Der Nationalrat hat die Motion am 20. Juni 2000 in Form eines Postulates überwiesen.

Die Telearbeit war in den letzten Jahren oft Gegenstand von Vorstössen. In der Interpellation 09.3385 Lumengo «Telearbeit in der Schweiz» wurde die Frage aufgeworfen, ob ein Bedarf besteht, über die Arbeitsform der Telearbeit zu legislieren, und welche rechtlichen Bestimmungen es heute erlauben, «Beschäftigten in Telearbeit einen Arbeitnehmerschutz und eine soziale Absicherung zukommen zu lassen». Der Bundesrat war damals der Auffassung, «dass zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Telearbeit verrichten, keine zusätzlichen Regelungen eingeführt werden müssen.» Die parlamentarische Initiative 11.433 Lumengo «Regelung der Telearbeit in der Schweiz» verlangte den Erlass spezieller Regelungen für Telearbeit zur Förderung dieser Arbeitsform und zum gleichzeitigen Ausbau des Arbeitnehmerschutzes. Diese parlamentarische Initiative wurde abgeschrieben, da deren Urheber aus dem Nationalrat ausgeschieden ist. Nationalrätin Schmid-Federer reichte zwei Interpellationen zum Thema ein, die Interpellation 11.3300 «Förderung von Teilzeitarbeitsmodellen» mit Fragen zur Förderung der Tele- bzw. Heimarbeit und die Interpellation 11.3663 «Vereinbarkeit von Beruf und Familie durch Telearbeit» über Massnahmen zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie durch vermehrte Telearbeit. In der Motion 11.3882 «Förderung der Telearbeit durch steuerliche Anreize» verlangte Nationalrätin Schmid-Federer, dass in Telearbeitsverhältnissen angestellte Personen das daraus resultierende Einkommen nur zu 90 Prozent versteuern müssen und die daraus resultierenden Fixkosten bis maximal 5000 Schweizerfranken pro Jahr von der Steuer abziehen können. Der Nationalrat hat die Motion am 9. September 2013 abgelehnt. Schliesslich forderte die Motion 14.3127 Schmid-Federer «OR. Regelung der Vergütung für Home-Office und Telearbeit», «Artikel 327 OR so anzupassen, dass Arbeitnehmende für ihre im Rahmen von Home-Office und Telearbeit für die Erfüllung eines Auftrags eingesetzten Mittel eine Vergütung erhalten». In seiner Stellungnahme vom 21. Mai 2014 anerkannte der Bundesrat, dass die Frage eine Untersuchung verdiene, beantragte aber die Ablehnung der Motion. Er begründete dies damit, dass der vorliegende Bericht bereits in Vorbereitung war und sämtliche Fragen zur Telearbeit behandelt, so auch die Auslagen für das verwendete Material. Der Nationalrat lehnte die Motion am 20. Juni 2014 ab.

Zudem verlangen die Motion 12.4120 Grossen «Home-Office. Der Bund muss mit gutem Beispiel vorangehen» und das Postulat 13.3358 Grossen «Schaffung von Anreizen zur Förderung von Home-Office und Telearbeit in der Bundesverwaltung» den Ausbau der Telearbeit in der Bundesverwaltung. Das Postulat wurde vom Nationalrat am 27. September 2013 überwiesen. Der Bundesrat beantragte dessen Annahme. Die Motion, welche einen Mindes-

tanteil von 20 Prozent verlangte und vom Bundesrat zur Ablehnung empfohlen wurde, wurde vom Motionär am 16. September 2014 zurückgezogen. Er zeigte sich befriedigt über die Annahme seines Postulates und anerkannte, dass eine Quote nicht zielführend sei.¹ Zum Schluss bezeichnet das Postulat 13.3712 Feller «Aufnahme von Statistiken zu flexiblen Arbeitsformen in die jährliche Berichterstattung über das Personalmanagement der Bundesverwaltung» insbesondere die Telearbeit als flexible Arbeitsform. Der Bundesrat beantragte die Annahme des Postulates; es wurde vom Nationalrat am 13. Dezember 2013 überwiesen.

Aufgrund der raschen technologischen Entwicklungen und deren bedeutenden Auswirkungen auf die Arbeit gewinnen neue Themen an Aktualität, die jenem der Telearbeit nahe kommen oder die Telearbeit einschliessen. So werden durch die Digitalisierung der Wirtschaft verschiedene Fragen aufgeworfen, die zum Teil mit den Fragen zur Telearbeit übereinstimmen. Dabei geht es namentlich um die zeitliche und räumliche Flexibilisierung der Arbeitsausführung sowie um die Frage der Qualifikation der neuen Arbeitsformen als unselbstständige Arbeit. Zurzeit laufen beispielsweise Arbeiten betreffend die Auswirkungen der Digitalisierung auf dem Arbeitsmarkt. Diese sind einerseits das Ergebnis der am 20. April 2016 erfolgten Verabschiedung der Strategie «Digitale Schweiz» durch den Bundesrat, der insbesondere das WBF beauftragt hat, die Folgen der Digitalisierung für die Wirtschaft in der Schweiz zu analysieren. Andererseits sind die Arbeiten das Ergebnis parlamentarischer Aufträge, insbesondere des Postulats 15.3854 Reynard «Automatisierung. Risiken und Chancen» vom 16. September 2015, das vom Nationalrat am 18. Dezember 2015 angenommen wurde. Im Rahmen dieser Arbeiten sind namentlich Fragen zu den auf Internetplattformen beruhenden Wirtschaftsmodellen zu behandeln.

3 Definition

3.1 Begriff

3.1.1 Fernarbeit

Telearbeit bedeutet Fernarbeit. Der Begriff bezieht sich auf Personen, die ausserhalb der Räumlichkeiten ihres Arbeitgebers arbeiten. Die Arbeitsverrichtung ausserhalb der Räume des Arbeitgebers stellt das wichtigste Merkmal der Telearbeit dar. Die Telearbeit wird ausserhalb der Hauptgebäude des Arbeitgebers wie dem Sitz oder einer Niederlassung ausgeführt. Oft werden Telearbeitszentren oder Satellitenbüros als Orte für die Ausführung von Telearbeit bezeichnet. Die vollständig dezentralisierten Organisationen ohne Hauptsitz, in denen alle Angestellten aus der Ferne arbeiten, bilden eine vergleichbare Kategorie und können ebenfalls unter den Begriff der Telearbeit gefasst werden.

Durch das Kriterium der Arbeit auf Distanz wird die Telearbeit in einem weiten Sinne verstanden und umfasst alle aus der Ferne ausgeführten Tätigkeiten. Auch die traditionelle Heimarbeit fällt darunter. Der Begriff der Telearbeit im engeren Sinne, wie er in diesem Bericht verwendet wird, wird jedoch durch die zwei folgenden Merkmale näher definiert.

3.1.2 Verbindung mit Telekommunikationsmitteln

Fast alle heutigen Begriffsbestimmungen der Telearbeit verlangen die telekommunikationsgestützte Verbindung zum Arbeitgeber aus der Ferne.² In gewissen Umschreibungen ist von der Verwendung von Informationstechnologien die Rede.³ Diese ermöglichen die Integration

¹ AB 2014 N 1550

² Z. B. SANER, 7; PULVER, 12; FRANZ WALDNER, 211.

³ Art. 2 der Europäischen Rahmenvereinbarung.

der Telearbeitenden in die Organisation des Arbeitgebers. Die Telekommunikationsmittel können mehrere Funktionen übernehmen: Kommunikation mit den anderen Personen der Organisation, Datenübermittlung, vor allem für die Ablieferung der fertiggestellten Arbeit oder den Zugang zu Informationen oder zu den Datenbanken der Organisation. Die meisten Begriffsbestimmungen verlangen, dass die Telekommunikationsmittel die Übermittlung von Daten gewährleisten.⁴ Durch diese Voraussetzung wird der Kreis der Tätigkeiten, die durch Telearbeit erbracht werden können, eingeschränkt. Nur intellektuelle Dienstleistungstätigkeiten können mittels Datenverarbeitung ausgeführt werden. Handwerkliche, manuelle Arbeiten für die Herstellung eines materiellen Werks sind davon ausgeschlossen. Dieses Kriterium schliesst auch die am Computer ausgeführten und über ein materielles Medium (z.B. Papierausdruck oder Speicherung auf USB-Stick) übergebenen oder übermittelten Arbeiten aus. Eine andere, weiter gefasste Definition unterscheidet nicht zwischen Übermittlung über Telekommunikationsmittel oder über ein materielles Medium. Eine letzte, noch weiter gefasste Definition knüpft für die Ausführung der Tätigkeit oder die Kommunikation nicht an Informationstechnologien an, sondern lässt einen telefonischen Kontakt genügen.⁵ Diese letzte Umschreibung scheint auch manuelle Arbeiten zu umfassen, die zu Hause erbracht werden können und deren Ergebnis aus der Ferne physisch geliefert werden kann. Sie beschränkt die Bedeutung des zweiten Merkmals stark und erfasst praktisch alle Formen von Fernarbeit, da der Telefonkontakt heute immer gewährleistet werden kann.

Durch diese verschiedenen Definitionen wird die Frage der Beziehung zwischen dem Begriff Telearbeit und der Art der Tätigkeit aufgeworfen. Muss es sich zwingend um eine über Computer ausgeführte Arbeit handeln? Wer heute eine manuelle oder handwerkliche Arbeit bei sich zu Hause ausführt, kann relativ leicht mit seinem Arbeitgeber über Telefon, E-Mail oder SMS kommunizieren und sich über den Computer mit dem Netz der Organisation verbinden. Für eine manuelle Arbeit muss hingegen immer Material geliefert werden und auch das Werk muss nach Vollendung abgeliefert werden. In diesen Fällen ist somit eine zusätzliche und umfassendere logistische Organisation notwendig.

Das Kriterium der Verwendung von Telekommunikationsmitteln führt somit zu einem mehr oder weniger weiten Begriff, je nach dem, was man unter Verwendung versteht. Der enge Ansatz beschränkt die Telearbeit auf intellektuelle Dienstleistungstätigkeiten, während der sehr weite Ansatz jede Form von Fernarbeit mit zumindest einem telefonischen Austausch umfasst. Wenn von Telearbeit gesprochen wird, dominiert der enge Ansatz. Der Begriff verweist am häufigsten auf die neuesten Entwicklungen bei der Arbeitsorganisation hin zur Flexibilisierung des Arbeitsorts durch die Möglichkeiten der neuen Informationstechnologien. Je nach Zweck kann die Definition hingegen mehr oder weniger weit gefasst werden.

3.1.3 Abgrenzung von der traditionellen Heimarbeit

Je nach dem, welcher Ansatz bezüglich der Verwendung von Kommunikationsmitteln verfolgt wird und welche Tätigkeiten entsprechend betroffen sind, umfasst der Begriff Telearbeit die traditionelle Heimarbeit oder nicht. Es stellt sich mithin die Frage, ob es gerechtfertigt ist, die traditionelle Heimarbeit und die Telearbeit in der gleichen Kategorie zusammenzufassen.

Historisch gesehen umfasste die Heimarbeit nur Handwerkstätigkeiten. Heimarbeit entstand vor der industriellen Revolution und der Einführung von Fabriken oder Unternehmen, in denen die Produktionstätigkeiten an einem einzigen Ort zentralisiert und organisiert wurden. Die Heimarbeit entwickelte sich vor allem in Verbindung mit einer spezifischen Produktionsorganisation, dem sogenannten Verlagssystem. Für dieses System, das sich in Europa in

⁴ So SANER, 7; PULVER, 12; FRANZ WALDNER, 211. Siehe auch für Deutschland RHEINHEIMER, 36.

⁵ Zu diesen weiter gefassten Definitionen: RHEINHEIMER, 36–37.

vorindustrieller Zeit verbreitete, war eine integrierte Produktions- und Vermarktungskette charakteristisch, die vom Händler oder Fabrikanten, dem Werkauftraggeber, geleitet und kontrolliert wurde. Dieser beschaffte sich das Rohmaterial und vermarktete das Endprodukt. Für die Herstellung des Produkts zog er Heimarbeiterinnen und -nehmer hinzu.⁶ Durch dieses System konnten die Arbeitskraft und die Kenntnisse der meist ländlichen Bevölkerung genutzt werden. So konnten die Stadtzünfte, die das Fabrikationsmonopol innehatten, umgangen werden. Der Warenfabrikant konnte ohne fixe Investition in Massen produzieren, die Arbeitskräfte der Nachfrage anpassen und niedrige Lohnkosten erreichen.⁷

Die Heimarbeit betraf vor allem die ländliche Bevölkerung, welche die Arbeit in der Familie zu Hause ausführte. Diese Arbeiterinnen und Arbeiter benötigten in der Regel einen Nebenverdienst aus der Heimarbeit.⁸ Sie waren somit von den Händlern oder Vermittlern, von denen sie die Aufträge erhielten, abhängig. Die Händler wiederum waren der Konkurrenz und den Schwankungen des internationalen Marktes ausgesetzt und brauchten flexible Heimarbeiterinnen und -arbeiter und eine nicht zu kostspielige Produktion. Diese Situation führte zu schwerwiegenden Problemen: miserable Lohnbedingungen und fehlende Lohntransparenz, Kinderarbeit, Nachtarbeit und gesundheitliche Beeinträchtigungen sowie erbärmliche hygienische und gesundheitliche Bedingungen.⁹ Schutzmassnahmen wurden gefordert, jedoch aus verschiedenen Gründen erst relativ spät ergriffen.¹⁰ Zudem fügte sich die Heimarbeit schlecht in den Arbeitnehmerschutz ein, welcher sich seit dem Ende des 19. Jahrhunderts entwickelt hatte; dieser fokussierte sich auf die Arbeit in den Fabriken und auf die Dienstverträge.

Das heutige Verständnis von Telearbeit bezieht sich hingegen auf eine neue Entwicklung im Zusammenhang mit der Integration von Informatiktools und modernen Telekommunikationsmitteln in die Arbeitsorganisation. Im Mittelpunkt stehen mit Hilfe des Computers ausgeführte Arbeiten, wobei die einzige Voraussetzung eine elektronische Verbindung aus der Ferne ist. Die Telearbeit entwickelt sich folglich in einer Zeit, in welcher der Arbeitnehmerschutz bereits bekannt ist. Sie betrifft oft Wissensarbeitende, darunter meist qualifizierte Arbeitskräfte und bildet eine Entwicklung in der Arbeitsorganisation hin zu einer grösseren Flexibilität, die sowohl für die Arbeitgeber als auch für die Arbeitnehmer vorteilhaft ist.

Gestützt auf diese historischen, sozialen und wirtschaftlichen Unterschiede ist die enge Definition von Telearbeit, welche auf die Nutzung der Informationstechnologien für die Tätigkeit und allenfalls für die Lieferung des Arbeitsergebnisses abstützt, vorzuziehen. Telearbeit und Heimarbeit sind gemäss diesem Ansatz nicht identisch. Sie können jedoch unter den verallgemeinerten Begriff der Fernarbeit subsumiert werden. Diese zwei Arbeitsformen können wegen dem ihnen gemeinsamen Aspekt der Arbeit ausserhalb der Räumlichkeiten des Arbeitgebers jedoch zu den gleichen Problemen führen, weshalb sie gemeinsame Lösungen erfordern. Diese Problematik wird bei der Prüfung der für beide Arbeitsformen geltenden Normen angesprochen werden (siehe Ziff. 6 und 7 unten).

⁶ TANNER, 1; FRANZ WALDNER, 4 und 5–6.

⁷ Zu den ökonomischen Vorteilen des Verlagssystems und dessen Verhältnis zum Zunftsysteem: FRANZ WALDNER, 5, 12–13 und 18–19; TANNER, 1.

⁸ Siehe FRANZ WALDNER, 16.

⁹ Siehe Botschaft des Bundesrates vom 8. Juli 1938 an die Bundesversammlung über den Schutz der Heimarbeiter (Botschaft 1938), BBl 1938 II 197, hier 203–207.

¹⁰ Botschaft 1938, 197–202.

3.1.4 Auch in den Räumlichkeiten des Unternehmens verrichtbare Tätigkeiten

Nebst den Merkmalen der Fernarbeit und der Verwendung von Kommunikationsmitteln wird für die Definition der Telearbeit auch das Kriterium genannt, dass nur Tätigkeiten darunter fallen, die auch in den Räumlichkeiten des Unternehmens ausgeübt werden können. Dieses Kriterium schliesst typischerweise ausserhalb des Unternehmens ausgeführte Arbeiten wie Bau- oder Forstarbeiten aus. In diesen Fällen spielt es keine Rolle, dass die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter über ein Telekommunikationsmittel Bericht erstattet.

3.2 Verschiedene Formen der Telearbeit

3.2.1 Regelmässige oder gelegentliche Telearbeit

Unterschieden wird zwischen regelmässiger und gelegentlicher Telearbeit. Arbeitnehmer können gelegentlich eine Aufgabe zu Hause abschliessen oder eine Sitzung im Zug vorbereiten. Diese Situation unterscheidet sich von derjenigen der Beschäftigten, die im Einverständnis mit ihrem Arbeitgeber regelmässig ganz oder teilweise von zu Hause aus arbeiten. Gegenstand des Postulates und dieses Berichts ist vor allem die regelmässige Telearbeit. Die gelegentliche Telearbeit wirft jedoch teilweise die gleichen Probleme wie die regelmässige Telearbeit auf, zum Beispiel die Geheimhaltung und der Schutz von Daten, die Arbeitszeit oder die Vergütung der Kosten für Kauf und Nutzung von Geräten. Es gilt, die gemeinsamen kritischen Punkte zu identifizieren. Dies gilt umso mehr aufgrund der Verbreitung von Informatikgeräten, Mobiltelefonen oder Smartphones in der Bevölkerung und der dadurch entstandenen vermehrten Verleitung der Arbeitnehmenden, diese Geräte zu nutzen, um einen Teil ihrer Arbeitsleistung zu erbringen. Auf der anderen Seite stellen auch immer mehr Arbeitgeber solche Geräte zur Verfügung oder ermöglichen die Nutzung privater Geräte bei der Arbeit (siehe Ziff. 3.3).

3.2.2 Nach Ort der Arbeitsausführung

Die Telearbeit kann nach dem Ort der Arbeitsausführung in mehrere Formen unterteilt werden. Neben der Arbeit in Telearbeitszentren oder Satellitenbüros sind mobile Telearbeit und Telearbeit zu Hause allgemein anerkannte Formen. Mobil Telearbeitende haben keinen fixen Arbeitsplatz und wechseln von einem Ort zum anderen, während Personen, welche zu Hause Telearbeit leisten, ausschliesslich von ihrem privaten Wohnsitz aus arbeiten.

3.2.3 Permanente oder alternierende Telearbeit

Die Arbeit kann permanent oder alternierend als Telearbeit erledigt werden. Die letztere Variante wird auch als teilweise Telearbeit bezeichnet. Bei der permanenten Telearbeit wird die gesamte Tätigkeit aus der Ferne ausgeführt. Bei der alternierenden Telearbeit wird während eines Teils der Arbeitszeit im Unternehmen und während des anderen Teils ausserbetrieblich gearbeitet. Für diese Form der Telearbeit wird im Folgenden der Ausdruck «alternierende Telearbeit» verwendet. Der Ausdruck «teilweise Telearbeit» hingegen bezieht sich im vorliegenden Bericht auf Arbeit, bei der nicht der ganze Arbeitsplatz während eines Teils der Arbeitszeit ausgelagert wird, sondern bei der nur ein Teil der Aufgaben (Anrufe beantworten, E-Mails schreiben) ausserhalb des Büros erfüllt wird.

3.3 Telearbeit und Entwicklung der Technologien

Die Grenzen der Definition der Telearbeit müssen auch unter dem Blickwinkel der raschen technologischen Entwicklung und deren Auswirkungen auf die Arbeitswelt betrachtet werden. Die Verbindungs- und Kommunikationsarten haben sich stark entwickelt und vervielfältigt. Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind auf ihrem Mobiltelefon über weite Distanz erreichbar, und sie können ihre geschäftlichen E-Mails auf dem Smartphone oder dem Tablet abrufen. Dabei kann es sich um private Geräte mit oder ohne Anschluss ans Netz der Organisation oder um vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Geräte handeln.

Die Telearbeit kann daher als Teil einer allgemein aufkommenden Entwicklung gesehen werden: Die Arbeit ist nicht mehr nur an einem Ort ausserhalb der Räumlichkeiten des Arbeitgebers möglich, sondern die Arbeitnehmenden werden mobil und können ihre Arbeitsleistung jederzeit und überall erbringen.¹¹

Diese Entwicklungen können auf der einen Seite zu Verschiebungen zwischen den heute allgemein anerkannten Kategorien von Arbeitsverrichtungstypen führen. So stellt sich die Frage, ob die mobile Telearbeit weiterhin als besondere Form der Telearbeit betrachtet werden kann (siehe Ziff. 3.2.2), oder ob Telearbeitende aufgrund der besseren Erreichbarkeit und der leichteren Verbindungen automatisch an verschiedenen Orten tätig sein werden. Des Weiteren ist fraglich, ob es sich hierbei um eine neue, von der Telearbeit abweichende Arbeitsform handelt. Eine jüngst veröffentlichte Studie der Mitgliedstaaten der Europäischen Union bezeichnet «IKT-gestützte mobile Tätigkeiten» als neue Anstellungsform, welche Anfang 2000 aufgekommen ist und nimmt eine Unterscheidung von der Telearbeit vor, weil die Arbeit entweder mit ständiger Verschiebung des Arbeitsorts verbunden ist oder an verschiedenen festen Orten und nicht an einem bestimmten Ort ausserhalb des Unternehmens erbracht wird.¹²

Aufgrund dieser Entwicklungen stellt sich auf der anderen Seite die Frage, unter welchen Voraussetzungen von Telearbeit gesprochen werden kann. Ist ein mobiler Arbeitsplatz in Form eines portablen Computers nötig, mit welchem die erforderlichen Aufgaben erfüllt werden können? Genügen die Abfrage und die Beantwortung der E-Mails oder die Erreichbarkeit ausserhalb des Unternehmens? Müssen die erfüllten Aufgaben eine gewisse Intensität bzw. eine gewisse Häufigkeit aufweisen?

Telearbeit bedeutet grundsätzlich, dass der Arbeitsplatz insgesamt ausgelagert wird. Damit umfasst sie alle Arbeiten der beschäftigten Person. Die Erbringung lediglich einiger, auch regelmässiger, Arbeiten auf Distanz kann jedoch nicht a priori vom Begriff ausgenommen werden, insbesondere aufgrund der gleich gelagerten Problempunkte. Aus denselben Gründen ist auch die gelegentliche Telearbeit einzubeziehen.

3.4 Einschätzung

Als Ausgangspunkt wird im vorliegenden Bericht der eng gefasste Begriff von Telearbeit verwendet, d.h. Telearbeit, die mit Hilfe von Telekommunikationsmitteln regelmässig ausgeführt wird und auch in den Haupträumen des Arbeitgebers verrichtet werden könnte. Dies ist auch jene Form der Telearbeit, die Gegenstand der aktuellen Diskussionen und des Postulates ist. Ein weiterreichender Ansatz darf jedoch nicht ausgeschlossen werden. Die anderen Formen von Fernarbeit, insbesondere die traditionelle Heimarbeit oder Formen, die dank technologischen Entwicklungen nur die Erfüllung bestimmter Aufgaben umfassen, überschneiden sich mit der Telearbeit.

¹¹ Siehe dazu die Studie WorkAnywhere der SWISSCOM und der SBB aus dem Jahr 2013, S. 4.

¹² EUROFOUND, 72–73.

3.5 Terminologie

Entsprechend dem in Ziffer 3.4 gewählten Ansatz wird im vorliegenden Bericht folgende Terminologie verwendet. Diese unterscheidet sich von den Kategorien in den Statistiken (4.2).

Fernarbeit	Jede Form von Arbeit, die von ausserhalb der Organisation geleistet wird.
Traditionelle Heimarbeit	Form der Fernarbeit, die vor der industriellen Revolution entstand und die im Bundesgesetz über die Heimarbeit und den Heimarbeitsvertrag geregelt wird.
Telearbeit	Mithilfe von Telekommunikationsmitteln und grundsätzlich regelmässig in Form von Fernarbeit geleistete Arbeit, die auch in den Räumlichkeiten der Organisation durchgeführt werden kann.
Regelmässige oder gelegentliche Telearbeit	Siehe die Definition unter Ziffer 3.2.1 oben.
Teilweise Telearbeit	Telearbeit, bei der nur bestimmte Aufgaben (z.B. E-Mails lesen) ausserhalb des Büros erledigt werden und nicht der gesamte Arbeitsplatz mittels eines Computers und einer telekommunikationsgestützten Verbindung ausgelagert wird.
Permanente oder alternierende Telearbeit	Siehe die Definition unter Ziffer 3.2.3 oben.
Telearbeit zu Hause	Telearbeit, die von den privaten Räumen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers aus geleistet wird.
Mobile Telearbeit	Siehe die Definition unter Ziffer 3.2.2 oben.

4 Entwicklung, heutige Tragweite, Zahlen und Statistiken

4.1 Traditionelle Heimarbeit

Die traditionelle Heimarbeit wurde bereits oben erläutert (Ziff. 3.1.3). Hier soll demnach einzig deren Entwicklung im Laufe der Zeit geschildert werden. Die Form der Heimarbeit entstand in der Schweiz gegen Ende des Mittelalters und war bis Ende des 19. Jahrhunderts die bedeutendste Produktionsart in der Textil- und Uhrenindustrie, die gleichzeitig zu den beiden wichtigsten schweizerischen Exportsektoren zählen.¹³ Aufgrund der Industrialisierung, der Mechanisierung der Produktion und des Entstehens von Fabriken war die Ausgestaltung der Arbeitsverhältnisse in Form von Heimarbeit ab Beginn des 20. Jahrhunderts gegenüber früher rückläufig, bis sie um 1950 nur noch eine Nebenrolle einnahm.¹⁴

Ab 1950 war die Heimarbeit im Vergleich zu allen anderen Tätigkeiten der erwerbstätigen Bevölkerung nur noch wenig verbreitet, behielt jedoch in einigen Regionen und Branchen eine gewisse Bedeutung bei. So waren in der Betriebszählung im Jahr 1905 92 162 Heimar-

¹³ TANNER, 1; siehe auch FANZ WALDNER, 3 ff.

¹⁴ Siehe Botschaft 1938, 202–203.

beitnehmer erfasst, 1955 nur noch 29 954. Dies machte 9,5 bzw. 1,6 Prozent der Beschäftigten in den Betrieben des sekundären und tertiären Sektors aus.¹⁵ Mit einem Anteil von 72,8 Prozent im Jahr 1905 bzw. 83,5 Prozent im Jahr 1955 waren es vor allem Frauen, die zu Hause arbeiteten. 1978 wurden 21 302 Heimarbeiterinnen und -nehmer erhoben, das heisst 4,2 Prozent von allen in Betrieben tätigen Personen.¹⁶ Davon arbeiteten 19 967 in der Industrie. 5'623 Personen arbeiteten in der Uhrenindustrie, was einen Prozentsatz von 14,8 Prozent der Betriebsarbeitskräfte dieser Branche ausmacht. 5'672 Personen arbeiteten in der Textilindustrie und der Herstellung von Kleidern, Wäsche, Schuhen und Bettwaren, das heisst 8,8 Prozent von allen in Betrieben tätigen Personen. Diese Arbeit wurde immer noch mit grosser Mehrheit von Frauen ausgeführt, denn es wurden 19 861 Frauen auf insgesamt 21 302 Heimarbeiterinnen und -nehmer gezählt. Gemäss den, von kantonalen Organen für den Vollzug des HArG erhobenen Zahlen gab es 1990 19 447 und 2000 10 506 in der traditionellen Heimarbeit tätige Personen.¹⁷

Die genaue Zahl der traditionellen Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter wurde anschliessend nicht mehr erhoben. Die Schweizerische Arbeitskräfteerhebung (SAKE) erhebt die daheim arbeitenden Personen ohne weitere Präzisierung. Die Anzahl der daheim arbeitenden Personen, welche keine Telearbeit leisten, wurde zwar geschätzt, die Kategorie ist jedoch sicherlich weiter gefasst als die der traditionellen Heimarbeiterinnen und -nehmer.¹⁸ Dieser Ansatz wurde hier übernommen und etwas verfeinert. Das BFS hat basierend auf der SAKE die genaue Anzahl Arbeitnehmer bestimmt, die Heimarbeit ohne Telearbeit erbringen. Um die Anzahl der Arbeitnehmer, die traditionelle Heimarbeit erledigen, näher zu bestimmen, wurden hier zunächst nur diejenigen berücksichtigt, die regelmässig Heimarbeit ausführen (mehr als 50 Prozent der Arbeitszeit). Anschliessend wurde die Anzahl der im Sekundärsektor tätigen Personen bestimmt, weil es sich historisch gesehen um Handwerks- oder Manufakturarbeiten handelt. Die Zahlen finden sich in der unten stehenden Tabelle.

Heimarbeit ohne Telearbeit (Arbeitnehmende)

	2001		2004		2013	
Heimarbeit ohne Telearbeit	Anzahl	In %	Anzahl	In %	Anzahl	In %
regelmässig und gelegentlich	647 000	21,1	546 000	17,5	330 000	9,3
regelmässig	55 000	1,8	38 000	1,2	34 000	0,96
regelmässig im sekundären Sektor (traditionelle Heimarbeit)	8'000	0,26	7'000	0,22	3'000	0,08

Sowohl in absoluter wie auch in relativer Hinsicht kann in den drei Kategorien ab dem Jahr 2000 ein wesentlicher Rückgang festgestellt werden. Insbesondere die regelmässige Heimarbeit im sekundären Sektor, die hier zur Schätzung des Ausmasses der traditionellen Heimarbeit beigezogen wird, war bereits ab 2000 marginal und nahm seither deutlich ab.

¹⁵ Siehe BFS, Heimindustrie: Betriebe und Beschäftigte nach Kantonen, Geschlecht, Stellung und Branchen (Betriebszählungen), erhältlich auf <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/dienstleistungen/history/01/00/06/02.html>.

¹⁶ Zahlen aus der Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 1980 zu einer Revision des Bundesgesetzes über die Heimarbeit (Botschaft 1980), BBl 1980 II 282, hier 288 und 302. Die Botschaft stützt sich offenbar auf die Betriebszählungen und berücksichtigt die Industriebranchen und gewisse Branchen des tertiären Sektors (Grosshandel, Detailhandel, Reinigung, Reparaturbetriebe öffentlicher Verwaltungen).

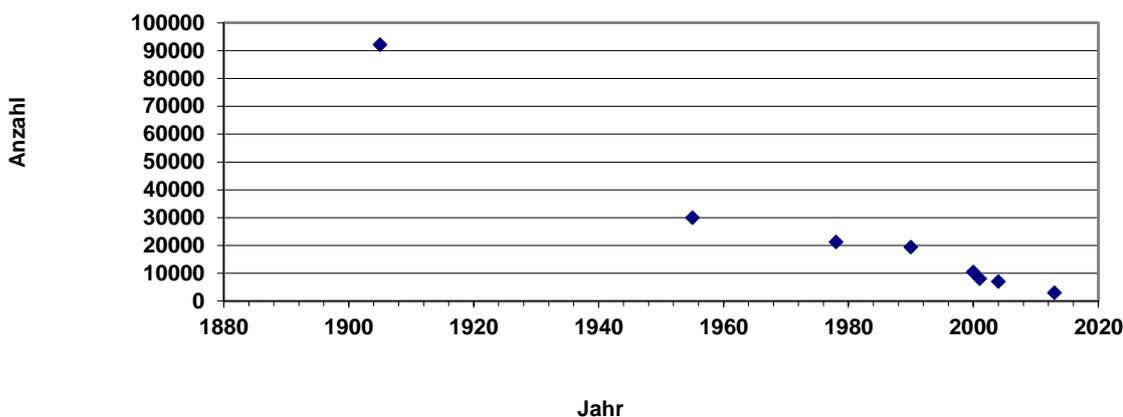
¹⁷ Botschaft des Bundesrates vom 3. Dezember 2010 zur Aufhebung des Bundesbeschlusses über die Förderung der Heimarbeit (Botschaft 2010), BBl 2010 511, hier 513.

¹⁸ Botschaft 2010, 514.

Die traditionelle Heimarbeit wird hauptsächlich von Frauen ausgeführt: Von den 8'000 im Jahr 2001 erhobenen Arbeitnehmern waren 7'000 Frauen, im Jahr 2004 waren es 5'000 von 7'000 und im Jahr 2013 eine grosse Mehrheit der 3'000 gezählten Arbeitnehmer. Die (regelmässige und gelegentliche) Telearbeit ist hingegen, wie anschliessend aufgezeigt wird (Ziff. 4.2), eine mehrheitlich von Männern ausgeübte Arbeitsform.

Die nachstehende Grafik zeigt als Übersicht die Entwicklung der traditionellen Heimarbeit ab Beginn des 20. Jahrhunderts. Die Daten stammen aus unterschiedlichen Quellen, weshalb für die Kontinuität der Zahlen keine Gewähr besteht. Die Grafik sollte jedoch die allgemeine Tendenz wahrheitsgetreu wiedergeben.

Heimarbeitnehmerinnen und -nehmer im traditionellen Sinn



Schliesslich ist eine weitere kürzlich durchgeführte Umfrage zu erwähnen, in welcher in der Uhrenindustrie 280 Heimarbeitnehmer, vor allem Frauen, gezählt wurden.¹⁹ Diese Untersuchung weist auf einen Rückgang der Heimarbeit in dieser Branche seit den 70er-Jahren hin. Wegen der Automatisierung der Produktionen können angesichts der Heimarbeitskosten nur noch kleine Serien hergestellt werden. Aufgrund der kostspieligen logistischen Organisation (Lieferung des zu verarbeitenden Materials und Entgegennahme des Endprodukts am Wohnort) dürfen die Löhne eine gewisse Grenze nicht übersteigen und bleiben dementsprechend niedrig. Die Arbeitnehmerinnen wollen einen Nebenverdienst erzielen und die familiären Pflichten mit der Arbeit vereinbaren. Die Betriebe ihrerseits wollen Arbeitskräfte beschäftigen, die andernfalls nicht arbeiten würden, und die Arbeitnehmerinnen im Betrieb behalten. Dafür scheint auch eine entsprechend gewählte Personalpolitik notwendig.

4.2 Telearbeit

4.2.1 Entwicklung

Obwohl genaue aktuelle Daten fehlen, scheint die traditionelle Heimarbeit heute eine quantitativ marginale Rolle zu spielen, ohne jedoch gänzlich verschwunden zu sein. Die Telearbeit hingegen ist eine neue Arbeitsform ausserhalb der Räumlichkeiten der Organisation, welche sich im Gleichschritt mit den neuen Informations- und Kommunikationstechnologien entwickelt hat. Sie erfuhr eine beachtliche Entwicklung und löste grosse Erwartungen aus (hinsichtlich Kostenreduktion und neuer Arbeitsorganisation für die Arbeitgeber; mehr Autono-

¹⁹ RTS, 19h30 Le journal, 7. März 2014, abrufbar auf: <http://www.rts.ch/video/info/journal-19h30/5672655-quelques-entreprises-recourrent-encore-au-travail-a-domicile-dans-le-domaine-de-l-horlogerie.html> (zuletzt besucht am 15.7.16).

mie, Flexibilität und Vereinbarkeit von Beruf und Familie für die Beschäftigten; Verkürzung des Arbeitswegs und miteinhergehende Entlastung der öffentlichen Transporte und Strassen sowie Energieersparnisse; Arbeit in Randregionen und für Personen mit Behinderungen). Die ersten Erfahrungen in den Unternehmen werden seit den 70er- und 80er-Jahren gemacht.²⁰ In den 80er-Jahren wurden Pilotprojekte lanciert, um die Verwendung der Telematik für die regionale Entwicklung zu prüfen (z.B. ETHL und ETHZ mit einem Telearbeitszentrum in Benglen in der Agglomeration Zürich zur Reduktion des Verkehrs zwischen Peripherie und Stadtzentrum oder die PTT mit den Kommunikationsmodellgemeinden).²¹ Unter den neuesten Entwicklungen ist die Initiative «Home Office Day» zu erwähnen, welche 2009 lanciert wurde und von verschiedenen Grossunternehmen des privaten und öffentlichen Sektors sowie von Persönlichkeiten der Politik unterstützt wurde. Diese Initiative wurde 2014 in die «Work-Smart-Initiative»²² umgewandelt, die sich allgemein den flexiblen Arbeitsformen widmet, wobei eine Komponente die ortsunabhängige Arbeit ist.²³

In der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) werden seit 2001 die Zahlen der zu Hause arbeitenden Personen erhoben. Die Heimarbeit im Sinne der Erhebung ist ein weiter Begriff, der sowohl die traditionelle Heimarbeit wie auch die Telearbeit zu Hause umfasst. Die SAKE unterscheidet zwischen Personen, die normalerweise zu Hause arbeiten, und solchen, die dies lediglich gelegentlich tun. Die Arbeit zu Hause ist normal oder regelmässig, wenn sie zumindest 50 Prozent der Arbeitstätigkeit umfasst. Sie ist gelegentlich, wenn die befragte Person während vier Wochen vor der Befragung mindestens einmal zu Hause gearbeitet hat. Die SAKE umfasste 2001, 2004 und 2013 zudem spezifische Fragen zur Telearbeit, welche als Arbeit zu Hause unter Nutzung eines Computers und des Internets sowie mit einem Datenaustausch über Internet mit dem Arbeitgeber oder Auftraggeber definiert wurde.²⁴ Diese Fragen zur Telearbeit werden seit 2013 jedes Jahr gestellt.²⁵ Die SAKE bezieht sich auf die gesamte erwerbstätige Bevölkerung. Mit ihr kann jedoch auch der Teil der Angestellten bestimmt werden, die zu Hause arbeiten. Die nachfolgenden Ausführungen sind auf die Arbeitnehmer beschränkt.

Zunächst sollen die Zahlen zur regelmässigen Heimarbeit und Telearbeit zu Hause untersucht werden. Sie sind in der unten stehenden Tabelle zusammengefasst.

Regelmässige Heimarbeit und Telearbeit zu Hause (Arbeitnehmer)

	2001		2004		2013		2015	
	Anzahl	In %						
Regelmässige Heimarbeit	67 000	2,2	56 000	1,8	70'000	2	85 000	2,3
Regelmässige Telearbeit zu Hause	12 000	0,4	18 000	0,6	36'000	1	47000	1,3

Der Prozentsatz Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die normalerweise Telearbeit ausführen, ist relativ klein: er ist von 0,4 Prozent 2001 und 0,6 Prozent 2004 auf 1 Prozent 2013

²⁰ BUSER/POCHET/PULVER, 16; SANER, 33–35.

²¹ Siehe u. a. BUSER/POCHET/PULVER, 15; SANER, 31–33.

²² Siehe <http://work-smart-initiative.ch/de/work-smart/fonctionnement-de-work-smart/>.

²³ Siehe z. B. die Charta, welche den Rahmen und die Ziele dieser Initiative definiert: <http://work-smart-initiative.ch/de/über-work-smart/charta-unterzeichnen/>.

²⁴ Die Statistiken des BFS nennen diese Form der Telearbeit, « Teleheimarbeit ». Das Ausdruck « Telearbeit zu Hause » wird hier wie in den andern Teilen des Berichts verwendet. .

²⁵ Das BFS hat auch einen Indikator zur Teleheimarbeit eingeführt: http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/16/04/key/approche_globale.indicator.30902.9.html.

und 1,3 Prozent 2015 angestiegen. Der Anstieg zwischen den ersten 2000er-Jahren und dem Jahr 2015 ist jedoch erheblich. Er ist umso beachtlicher, als sich der Prozentsatz der regelmässigen Heimarbeit leistenden Arbeitnehmer nicht erhöhte und etwa 2 Prozent beträgt. Dies bedeutet, dass der Anteil der regelmässigen Telearbeit an der regelmässigen Heimarbeit stark gestiegen ist: von 18,2 Prozent im Jahre 2001 und 33,3 Prozent 2004 auf 50 Prozent im Jahre 2013 und 55 Prozent 2015. So besitzen immer mehr Heimarbeitnehmerinnen und Heimarbeitnehmer einen Computer, eine Internetverbindung und kommunizieren mittels Datenaustausch mit ihrem Arbeitgeber.

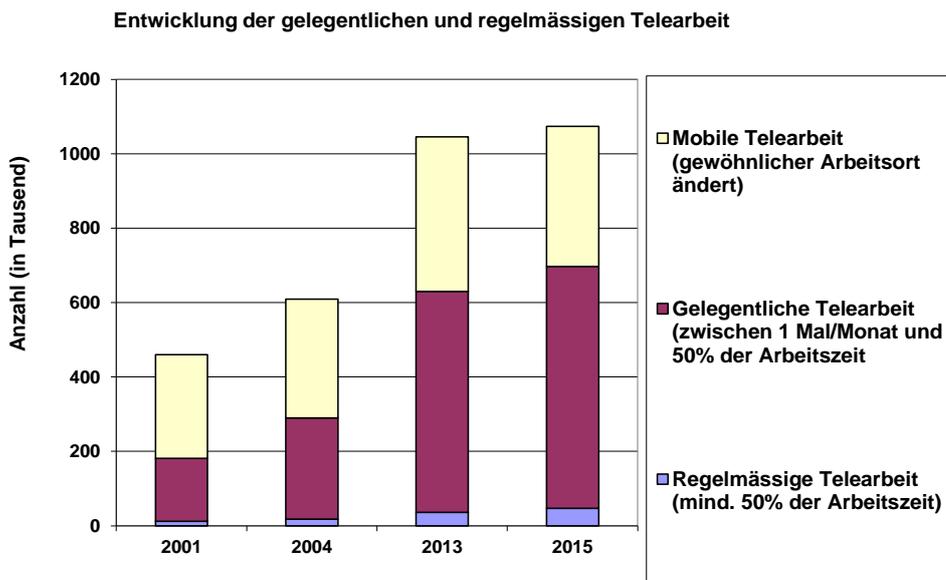
Der Anteil an regelmässig Telearbeit leistenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist trotzdem klein. Angesichts der hier berücksichtigten engen Definition ist dieser kleine Prozentsatz allerdings zu relativieren. Auf der einen Seite handelt es sich um reine Telearbeit zu Hause, auf der anderen Seite um Telearbeit zu Hause, die mehr als die Hälfte der Arbeitszeit ausmacht. Die mobil Telearbeitenden und jene, die regelmässig ein oder zwei Tage pro Woche Telearbeit leisten, sind nicht inbegriffen. Um eine Schätzung vornehmen zu können, welche die anderen Formen von Telearbeit besser umfasst, sollen nun in einem ersten Schritt die Personen eingerechnet werden, welche nur gelegentlich Telearbeit zu Hause leisten. Damit kann die regelmässig, jedoch zu weniger als 50 Prozent der Arbeitstätigkeit ausgeführte Telearbeit (bei etwa einem oder zwei von fünf Arbeitstagen zu Hause) einbezogen werden. Die gelegentliche Telearbeit zu Hause gemäss Aufstellung der SAKE ist jedoch viel weiter gefasst als die regelmässig ausgeführte Telearbeit zu Hause, weil damit jede Person erfasst wird, die mindestens einmal in vier Wochen eine Aufgabe zu Hause erfüllt. Daraus ergibt sich somit nur ein annähernder Wert. In einem zweiten Schritt werden die Zahlen zu den Beschäftigten mit wechselndem Arbeitsort einbezogen. In der SAKE werden jene, welche über einen PC und über eine Internetverbindung verfügen und Daten übers Internet mit ihrem Arbeitgeber austauschen, nicht spezifisch ausgewiesen. Es ist jedoch anzunehmen, dass in den 2000er-Jahren eine Mehrheit der Arbeitnehmer mit wechselndem Arbeitsort über eine mobile Telefonverbindung oder einen Laptop verfügten. Die neuen Kommunikationsmittel waren zu jenem Zeitpunkt indes wohl noch nicht so stark verbreitet, dass die meisten aus der Ferne Daten mit dem Arbeitgeber austauschten. Für das Jahr 2013 oder 2015 jedoch erscheint es angemessen, von einem Datenaustausch auszugehen. Es gilt somit zu beachten, dass die vorliegenden Daten weder für die Telearbeitenden, die regelmässig weniger als die Hälfte ihrer Arbeitszeit zu Hause verbringen, noch zu den mobilen Telearbeitenden, welche einen Computer oder Internet nutzen und aus der Ferne mit ihrem Arbeitgeber Daten austauschen, genaue Zahlen liefern. Der gewählte Ansatz sollte jedoch einen im Grossen und Ganzen zutreffenden Eindruck der allgemeinen Entwicklung der Telearbeit vermitteln.

Werden die Arbeitnehmer, die gelegentlich zu Hause Telearbeit leisten (regelmässig, aber weniger als die Hälfte ihrer Arbeitszeit oder wirklich nur gelegentlich) zu den Arbeitnehmer addiert, die normalerweise Telearbeit leisten, führt dies zu folgenden Ergebnissen:

	2001		2004		2013		2015	
	Anzahl	In %						
Regelmässige und gelegentliche Telearbeit zu Hause (Arbeitnehmende)	181 000	5,9	272 000	8,7	594 000	16,7	697 000	18,7

Seit den 2000er-Jahren zeigt sich sowohl in absoluten wie auch in relativen Zahlen eine starke Erhöhung. Dadurch wird der Anstieg, der für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit regelmässiger Telearbeit zu Hause beobachtet wurde, bestätigt.

Nun bedarf es noch der Addierung der Personen mit wechselndem Arbeitsort (mobile Telearbeit). Die Zahl der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit wechselndem Arbeitsort belief sich 2001 auf 342 000, 2004 auf 380 000, 2013 auf 448 000 und 2015 auf 477 000, das heisst 11,1, 12,2, 12,6 und 12,8 Prozent der Arbeitnehmenden.²⁶ Wenn die gelegentlich zu Hause Telearbeit leistenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und jene mit wechselndem Arbeitsort hinzugezählt werden, waren im Jahre 2015 fast 30 Prozent der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zumindest gelegentlich von Telearbeit betroffen. Die nachstehende Grafik zeigt die beobachtete Entwicklung.



Die anderen Untersuchungen seit Beginn der 2000er-Jahre bestätigen diese Grössenordnungen, auch wenn die Ergebnisse aufgrund der verschiedenen Definitionen von Telearbeit in den jeweiligen Studien nur annähernd vergleichbar sind. So wurde in einer 2000²⁷ erstellten Studie geschätzt, dass 4 Prozent der Fernarbeitenden, das heisst ungefähr 130 000 Personen, Telekommunikationsmittel nutzen und 0,7 Prozent davon, das heisst 25 000 Personen, einer Tätigkeit nachgehen, die auch im Unternehmen hätte ausgeführt werden können. Diese Zahl von 130 000 Personen ist mit den 181 000 Arbeitnehmenden, die 2001 regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leisteten, zuzüglich den Arbeitnehmenden mit wechselndem Arbeitsort in Verbindung zu setzen. Werden diese hinzugezählt, ist die aus der SAKE resultierende Zahl von 460 000 Telearbeitenden viel höher. In der SAKE ist die Kategorie der Telearbeitenden jedoch sehr umfassend. Dies namentlich aufgrund der weit gefassten Definition der gelegentlichen Telearbeit und des Kriteriums des wechselnden Arbeitsorts, welches das Kriterium der Nutzung eines Computers und einer Internetverbindung nicht einschliesst. Die 25 000 Personen, welche einer Tätigkeit nachgingen, die auch im Unternehmen hätte ausgeführt werden können, gibt einen Hinweis, der sich aus den Zahlen der SAKE nicht ableiten lässt. Das sind die Arbeitsplätze, welche wirklich ausgelagert wurden, das heisst die von einer Änderung der Arbeitsorganisation betroffen waren. Gemäss einer

²⁶ In diesen Zahlen ist nicht berücksichtigt, dass ein Teil dieser Beschäftigten auch Teleheimarbeit leistet. Dieser Teil wird somit doppelt gezählt, was in den folgenden Additionen korrigiert wird.

²⁷ SCHWARB/VOLLMER, 2000, 41.

2005 in der Europäischen Union und der Schweiz durchgeführten Umfrage²⁸ leisteten 8,3 Prozent der Telearbeitenden ihre Arbeit mit einem Computer zu Hause, wobei nicht zwischen regelmässiger oder gelegentlicher Telearbeit unterschieden wurde. Diese Zahl entspricht fast den 8,7 Prozent der regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leistenden Beschäftigten, die 2004 in der SAKE erhoben wurden.

Der Rückgang der traditionellen Heimarbeit und die Entwicklung der Telearbeit werden somit durch die erhobenen Daten bestätigt. Es lässt sich feststellen, dass sich die Telearbeit 2015 im Vergleich zum Anfang der 2000er-Jahre stark verbreitet hat und mit 697000 Arbeitnehmenden, die regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leisteten, und 477 000 Arbeitnehmenden mit wechselndem Arbeitsort eine Tragweite erreicht hat, welche diejenige der traditionellen Heimarbeit bei Weitem übersteigt. Trotzdem ist nur eine Minderheit der Beschäftigten von regelmässiger Telearbeit zu Hause betroffen. Diese Minderheit ist jedoch alles andere als vernachlässigbar. So ist bekannt, dass 2015 18,7 Prozent der Arbeitnehmenden regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leisteten. Die Zahl der Arbeitnehmenden, die regelmässig (während mehr oder weniger der Hälfte der Arbeitszeit) zu Hause Telearbeit verrichteten, lag entsprechend zwischen 1,3 und 18,7 Prozent.

Der Grund, weshalb die regelmässige Telearbeit nicht so sehr verbreitet ist, liegt wahrscheinlich darin, dass das Potenzial der Telearbeit nicht grenzenlos ist. Nur gewisse Tätigkeiten können mittels Telearbeit verrichtet werden, während sich andere dafür nicht eignen (Landwirtschaft, Industrie mit Maschinen, Bau etc.). Eine Umfrage des Centre Patronal im Jahr 2013 bei 571 Betrieben des Kantons Waadt²⁹ hat ergeben, dass 93 Betriebe Telearbeit anboten, während 478 dies nicht taten. Unter letzteren führten 148 Betriebe an, dass die Telearbeit nicht mit ihrer Tätigkeit vereinbar sei, weil sich die Maschinen in der Werkstatt befinden oder der Betrieb zu klein sei. Für 34 Betriebe war der Kontakt mit den Kunden unverzichtbar und 23 Betriebe gaben an, dass die auf Papier ausgedruckten Dokumente nur schwer transportierbar seien oder im Betrieb bleiben müssten, damit sie auch von anderen Mitarbeitenden eingesehen werden können. 64 Unternehmen gaben an, dass sich die Telearbeit eigentlich für ihre Tätigkeit eignen würde, sie aber aus technischen, organisatorischen oder finanziellen Gründen darauf verzichteten, etwa wegen der Vertraulichkeit und der Informatiksicherheit (30), der Kontrolle der Dauer und der Qualität der Arbeit (22), der Isolierung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und der Wichtigkeit direkter Kontakte (12), der Umsetzungskosten (8) oder wegen schlechter Erfahrungen (3).

4.2.2 Entwicklungspotenzial

Die obigen Zahlen zeigen nicht, ob alle Arbeitskräfte, die theoretisch Telearbeit leisten könnten, es auch faktisch tun. Eine Schätzung aus dem Jahr 2010 ging davon aus, dass 450 000 Wissensarbeiterinnen und -arbeiter einen Tag pro Woche Telearbeit zu Hause ausführen könnten.³⁰ Gemäss der Schätzung entsprach dies ungefähr 10 Prozent aller Arbeitnehmenden im Jahr 2010 und 20 Prozent der Wissensarbeitenden. Diese Zahl kann mit den 433'000 Arbeitnehmenden verglichen werden, die gemäss den Zahlen des BFS regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leisten. Diese letztere Zahl umfasst eine weitere Kategorie von Arbeitnehmenden, weil sie auch die Personen beinhaltet, die gelegentlich Telearbeit zu Hause ausführen, und sich nicht auf die Wissensarbeitenden beschränkt.

²⁸ Eurofound, Fourth European Working Conditions Survey, Anhang, Frage 11g.

²⁹ Fédération Patronale Vaudoise, Prise de position du 21 octobre 2013, Consultation relative au postulat Martial de Montmolin «Le télétravail dans l'économie privée, une piste pour nos infrastructures de transports?», abrufbar unter: <http://www.centrepatronal.ch/index.php?id=2122>.

³⁰ Oliver Gassmann, Home Office Day: selbstbestimmt und produktiv, Home Office Day 2010, 18.5.2010.

Die Zahlen lassen zwar noch keine endgültigen Schlüsse zu, aber es erscheint gerechtfertigt anzunehmen, dass die Telearbeit in der Schweiz noch Entwicklungspotenzial hat. Die Studie des Centre Patronal (siehe Ziff. 4.2.1) scheint dies zu bestätigen. 22 der an der Untersuchung teilnehmenden Betriebe beabsichtigten denn auch, nach der Lösung gewisser praktischer Probleme Telearbeit einzuführen. 20 Betriebe waren offen für Telearbeit; dies jedoch, ohne konkrete Projekte zu haben. 206 Betriebe haben Telearbeit nicht eingeführt, erwähnten jedoch keinen bestimmten Hinderungsgrund. Diese Betriebe haben die Einführung nur deswegen noch nicht vorgenommen, weil sich bisher keine Gelegenheit dafür bot. Im Jahr 2014 wurde ausserdem eine Studie durchgeführt, in der 423 west- und deutschschweizer Organisationen aus der Branchengruppe der wissensintensiven Dienstleistungen sowie aus der öffentlichen Verwaltung befragt wurden mit dem Ziel, die örtliche und zeitliche Flexibilität in diesen Branchen zu erheben.³¹ Die beiden Branchen wurden aufgrund ihres grossen Potenzials in Bezug auf flexible Arbeit ausgewählt. In der Studie werden fünf Phasen der Arbeitsflexibilisierung unterschieden: von der ortsgebundenen Arbeit über die flexible Arbeit als Ausnahme, den Umbruch und die schleichende Ablösung sowie die weitgehend etablierte flexible Arbeit hin zum Netzwerk-Unternehmen. Aus der Erhebung geht hervor, dass sich 90 Prozent der Unternehmen in der Branchengruppe der wissensintensiven Dienstleistungen nicht mehr in der Phase der ortsgebundenen Arbeit befinden und die flexible Arbeit eingeführt haben und dass sich 53 Prozent im Umbruch oder in einem fortgeschrittenen Stadium der Flexibilität befinden. Bei den öffentlichen Verwaltungen befinden sich 63 Prozent noch in der Phase der «flexiblen Arbeit als Ausnahme». 31 Prozent der Unternehmen und 50 Prozent der Verwaltungen möchten sich in den nächsten Jahren um eine oder zwei Phasen weiterentwickeln. Das Pilotprojekt «WorkAnywhere» der SBB und der Swisscom, an dem 264 Angestellte während zwei Monaten teilgenommen haben, weist ebenfalls auf ein solches Entwicklungspotenzial hin: Die Teilnehmenden konnten den Anteil der Arbeit, den sie zu Hause oder unterwegs erledigen konnten, von 24 auf 33 Prozent der Gesamtarbeitsstunden steigern. Besonders der Anteil der zu Hause geleisteten Arbeit nahm von 14 auf 21 Prozent zu.³²

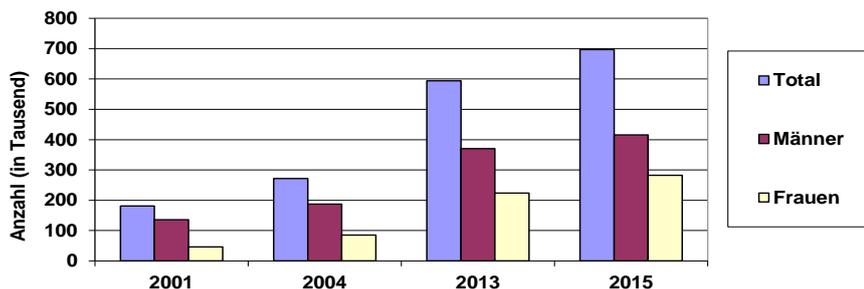
4.2.3 Gleichstellung von Mann und Frau und Vereinbarkeit von Beruf und Familie

Die verfügbaren Daten können auch unter den Gesichtspunkten der Integration der Frauen in den Arbeitsmarkt und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie untersucht werden. Wie gesehen leisten typischerweise Frauen traditionelle Heimarbeit. Telearbeit zu Hause leisten hingegen vor allem Männer. Eine grosse Mehrheit der Arbeitnehmenden, die regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leisten, sind Männer: Im Jahr 2001 waren es 74,9 Prozent, 2004 68,7 Prozent, 2013 62,2 Prozent und 2015 59,6 Prozent. Der Frauenanteil ist jedoch seit Beginn der 2000er-Jahre von 25,1 Prozent auf 40,4 Prozent gestiegen. Eine Ausnahme stellt die regelmässige Telearbeit zu Hause dar. Sie betrifft bis 2013 vor allem Frauen: 8'000 Frauen auf 4'000 Männer im Jahr 2001, 10'000 Frauen auf 8'000 Männer 2004 und 20'000 Frauen auf 16'000 Männer 2013. Im Jahr 2015 sind die Anteile ausgeglichen: 23'000 Frauen auf 24'000 Männer.

³¹ WEICHBRODT/TANNER/SCHULZE, 2–3.

³² SBB/SWISSCOM, 12.

Regelmässige und gelegentliche Telearbeit zu Hause nach Geschlecht



Nichts weist darauf hin, dass Männer häufiger regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leisten, weil sie sich stärker ins Familienleben einbringen. Heute wird immer noch der wesentliche Teil der Erziehungs- und Haushaltsaufgaben von den Frauen übernommen, welche darum ihren Beschäftigungsgrad reduzieren, vor allem sobald das Paar Kinder hat.³³ Eine Studie zur Telearbeit in der Europäischen Union bestätigt, dass vorwiegend Männer Telearbeit leisten. Im Durchschnitt leisten 8,1 Prozent der männlichen Angestellten Telearbeit, während nur 5,8 Prozent der Frauen dieser Arbeitsform nachgehen.³⁴ Erklärt werden kann dies damit, dass die Sektoren mit dem höchsten Anteil an Telearbeit (z.B. Immobiliensektor oder Finanzdienstleistungen) vor allem oder mehrheitlich männliche Arbeitskräfte beschäftigen. Diese Erklärung könnte auch für die Schweiz gelten, ist aber nicht einfach zu übertragen. So haben zum Beispiel die Sektoren des Bildungswesens wie auch des Gesundheits- und Sozialwesens einen grossen Frauenanteil. Die Frauen machen in diesen zwei Sektoren fast 70 Prozent des Personalbestands aus, dies sowohl in den Jahren 2001 als auch 2004 und 2013. Diese zwei Sektoren sind auch für die Telearbeit repräsentativ, da zwischen 20 und 30 Prozent der regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leistenden Personen in diesen Bereichen arbeiten. So sind die meisten Telearbeitenden in diesen Sektoren Frauen, ausser im Bildungswesen im Jahr 2001. 2013 zum Beispiel waren mehr als 63 Prozent der Personen, welche in diesen zwei Sektoren regelmässig und gelegentlich Telearbeit zu Hause ausführten, weiblich.

Diese Zahlen geben keine Hinweise auf den Anteil der Frauen, die nach der Geburt ihrer Kinder dank Telearbeit auf dem Arbeitsmarkt geblieben sind oder weiterhin in einem höheren Beschäftigungsgrad gearbeitet haben. Auch der Anteil Frauen, die weiterhin ihrer Arbeit nachgehen würden oder sogar mehr gearbeitet hätten, wenn sie Telearbeit hätten leisten können, ist nicht bekannt. Eine Studie aus dem Jahr 2003 weist darauf hin, dass 80,5 Prozent der Frauen nicht zu Hause arbeiten können, dass 57,1 Prozent von ihnen keine flexiblen Arbeitszeiten haben und dass 47,9 Prozent über keine organisatorische Autonomie verfügen.³⁵ In Bezug auf die mangelnde Flexibilität und autonome Organisation ist der Anteil von Frauen bedeutend höher als der Männeranteil, was bei der fehlenden Möglichkeit, zu Hause zu arbeiten, nicht der Fall ist.

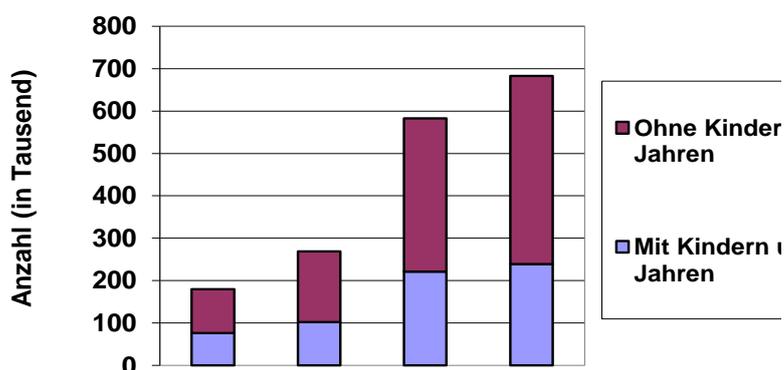
³³ Siehe BFS, Auf dem Weg zur Gleichstellung von Frau und Mann – Stand und Entwicklung, Neuchâtel 2013, S. 12–13 und 16–17 und BFS, Gleichstellung von Mann und Frau: Indikatoren der Vereinbarkeit Beruf und Familie, abrufbar unter <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/22/publ.html?publicationID=5212> bzw. <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/20/01/new.html>.

³⁴ WELZ/WOLF, 7. Der Bericht ist aus dem Jahr 2010, beruht jedoch auf einer Untersuchung aus dem Jahr 2005.

³⁵ GAZARETH, 154.

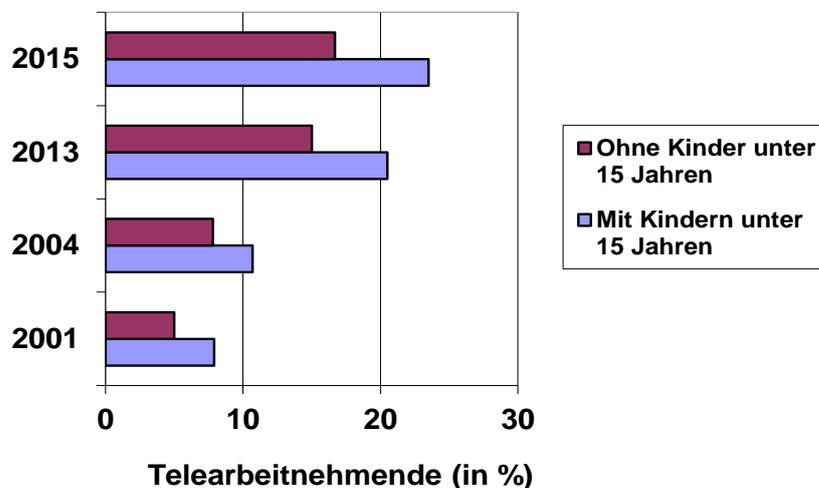
Von den Arbeitnehmenden, die regelmässig oder gelegentlich zu Hause Telearbeit leisten, hatten 2001 42,2 Prozent, 2004 37,8 Prozent, 2013 37,9 Prozent und 2015 35 Prozent Kinder unter 15 Jahren. Ihr Anteil ist nicht höher als der Anteil von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in derselben Situation, deren Kinder älter als 15 Jahre alt sind oder die keine Kinder haben. Zudem entspricht die Verteilung zwischen Mann und Frau bei den zu Hause Telearbeit leistenden Arbeitnehmenden mit Kindern unter 15 Jahren der Verteilung bei den Telearbeitenden insgesamt.

Regelmässige und gelegentliche Telearbeit zu Hause nach Familientyp



Der Anteil an Telearbeitenden bei den Arbeitnehmenden mit Kindern unter 15 Jahren ist signifikant. 2001 leisteten 7,9 Prozent der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Kindern unter 15 Jahren Telearbeit, während nur 5,0 Prozent der Arbeitnehmenden ohne Kinder unter 15 Jahren (ohne Kinder oder mit Kindern über 15 Jahren) Telearbeit verrichteten. 2004 waren es 10,7 Prozent gegenüber 7,8 Prozent und 2013 20,5 gegenüber nur 15 Prozent. 2015 beliefen sich die Anteile auf 23,5 gegenüber 16,7 Prozent. Dieser Unterschied betrifft sowohl Männer wie auch Frauen (2001, 2004, 2013 und 2015).

Anteil regelmässig oder gelegentlich Telearbeit leistender Personen nach Familientyp



Es ist also zu beobachten, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die kleinere Kinder haben oder noch jung sind, eher Telearbeit leisten. Dies bestätigt die These, gemäss welcher die Vereinbarkeit von Beruf und Familie ein Grund für die Telearbeit ist, wenn auch nicht der einzige oder wichtigste.

Es lässt sich auch feststellen, dass dieser Grund seit Beginn der 2000er-Jahre immer wichtiger geworden ist. Die Anzahl Beschäftigter mit Kindern unter 15 Jahren, die zu Hause Telearbeit leisten, nimmt ständig zu. Von 76 000 im Jahr 2001 ist sie auf 102 000 im Jahr 2004, 221 000 im Jahr 2013 und 239 000 im Jahr 2015 gestiegen. Diese Entwicklung wird auch durch die relativen Zahlen bestätigt: 2001 leisteten 7,9 Prozent der Arbeitnehmenden mit Kindern unter 15 Jahren Telearbeit, während es 2004 10,7 Prozent, 2013 20,5 Prozent und 2015 23,5 Prozent waren.

5 Vor- und Nachteile der Telearbeit

Die Telearbeit hat auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite wie auch für die Allgemeinheit mehrere Vorteile. Die Risiken, Nachteile und Grenzen dieser Arbeitsform sind jedoch nicht zu vernachlässigen.³⁶

5.1 Arbeitgeberseite

5.1.1 Vorteile

Den Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen ermöglicht diese Arbeitsform eine grosse Mobilität der Beschäftigten und eine dezentralisierte oder sogar von einem bestimmten Arbeitsort losgelöste Arbeitsorganisation. In gewissen Tätigkeitsbereichen oder -arten entspricht die Mobilität einem Erfordernis, beispielsweise wenn sich jemand häufig zu den Kunden begeben muss. Die dezentralisierte Arbeitsorganisation ist in den übrigen Fällen für die Arbeitgeberin-

³⁶ Für eine Zusammenfassung der erwarteten positiven Auswirkungen, deren zeitlichen Entwicklung und etwaige Realisierung (bis Ende der 90er-Jahre), siehe BUSER/POCHET/PULVER, 10–14.

nen und Arbeitgeber eine arbeitsorganisatorische Option. Die erwarteten Vorteile bestehen vor allem in einer besseren Flexibilität, einer grösseren Produktivität und in der Kosteneinsparung, hauptsächlich infolge des geringeren Raumbedarfs.³⁷ Die Telearbeit wirkt sich auch auf die Qualität der erbrachten Arbeit aus, insbesondere weil Zeit und Energie gespart wird, da kein Arbeitsweg zurückgelegt werden muss und das Arbeiten zu Hause die Möglichkeit bieten kann, sich besser auf die Aufgaben zu konzentrieren. Es geht auch darum, die Motivation der Arbeitnehmenden zu steigern und sie ans Unternehmen zu binden, indem ihnen entgegengekommen wird, insbesondere wenn sie eine Familie haben. Auch die Motivation und das Vertrauensverhältnis können durch die grössere Autonomie bei der Telearbeit verbessert werden.

5.1.2 Nachteile

Diese Vorteile lassen auch die potenziellen Nachteile für die Arbeitgeberseite erkennen. Die Mobilität ist nicht für alle notwendig, und die Anwesenheit in den Räumlichkeiten der Organisation kann einem konkreten Bedürfnis wie der Möglichkeit der Verwendung von Werkzeugen oder Maschinen oder der Einsichtnahme in Dokumente vor Ort entsprechen. Die Anwesenheit vor Ort hat jedoch vor allem auch einen qualitativen Aspekt, der leiden kann, wenn Telearbeit geleistet wird. Es stellt sich somit die Frage, ob die neuen Kommunikationsmittel diesen Verlust ausgleichen können. Ein bereits viel diskutierter Aspekt³⁸ betrifft den informellen Austausch beim direkten Kontakt der Mitarbeitenden. Diese Kontakte fördern den Ideenaustausch und damit die Innovation, was gemäss kritischen Meinungen bei einer Person, die zu Hause arbeitet, nicht der Fall ist.

Die Schwierigkeit, Fernarbeit zu kontrollieren, wird im Zusammenhang mit der Telearbeit oft als Hinderungsgrund für deren Einführung genannt. Bevorzugt werden eine hierarchische Leitung der Arbeit und eine klassische Arbeitskontrolle und -überwachung. Es steht fest, dass Telearbeit nicht umgesetzt werden kann, ohne den Führungsstil zu ändern. Zudem muss eine verstärkte Orientierung an der Autonomie der Arbeitnehmenden verbunden mit der Kontrolle des Arbeitsergebnisses stattfinden. Dieser Punkt kann auch als Vorteil oder positive Entwicklung gewertet werden. Zu bemerken ist zudem, dass sich die Mittel zur Fernkontrolle der Informatik- und Telekommunikationsgeräte derart entwickelt haben, dass die totale und unverhältnismässige Kontrolle der Telearbeitenden genauso zu einem Problem geworden ist wie die fehlende Kontrolle (siehe Ziff. 7.7.2 unten).

5.2 Arbeitnehmerseite

5.2.1 Vorteile

Für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer liegt der Hauptvorteil in der Flexibilität der Telearbeit, dank welcher vor allem Berufs- und Familienleben besser vereinbart werden können.³⁹ Telearbeitende, die zu Hause bleiben, können ihre Arbeitszeit freier organisieren und somit Aufgaben im Haushalt und in der Kinderbetreuung übernehmen. Die Telearbeit sollte

³⁷ Zu diesen und den anderen in diesem Abschnitt genannten Vorteilen, siehe BUSER/POCHER/PULVER, 35 und *economiesuisse*, Home Office: mehr Effizienz dank moderner Arbeitsformen, dossierpolitik, 10. April 2012, verfügbar unter http://www.economiesuisse.ch/sites/default/files/downloads/dp08_HomeOffice_web.pdf, 3 (Kosteneinsparung) und 4 (Gesamtübersicht der positiven Wirkungen).

³⁸ Siehe insbesondere Tages-Anzeiger, Glaubenskrieg ums Homeoffice, 27.2.2013. Das Unternehmen Yahoo hat darum 2013 beschlossen, Telearbeit zu verbieten. Yahoo folgt wahrscheinlich dem Ansatz von Google, gemäss welchem die Kontakte zwischen Mitarbeitenden maximal gefördert werden sollen und Telearbeit daher begrenzt wird. So hat ein Kadernmitglied von Google auf die Frage, wie viele Mitarbeitende Telearbeit ausführen, geantwortet: «So wenige wie möglich» (The Sydney Morning Herald, Do as we say, not as we do: Googlers don't telecommute, 19.2.2013).

³⁹ Siehe insbesondere die Chancen und Risiken der Telearbeit bezüglich Vereinbarkeit von Familie/Beruf gemäss ULICH, 66 (Tabelle 2). Ebenfalls BUSER/POCHER/PULVER, 49 und POPMA, 10. Siehe auch oben Ziff. 4.2.3.

es insbesondere erleichtern, Frauen nach der Geburt von Kindern auf dem Arbeitsmarkt zu halten, denn noch heute übernehmen vor allem die Frauen die Familienarbeit. Ein weiterer Vorteil ist die Reduktion von Müdigkeit und Stress, da der bisweilen lange Arbeitsweg nicht mehr zurückgelegt werden muss. Schliesslich bietet die Telearbeit auch Menschen, die aufgrund einer Behinderung nur beschränkt mobil sind, eine Möglichkeit, einer Arbeitstätigkeit nachzugehen.

5.2.2 Risiken

Die Telearbeit birgt auch für die Beschäftigten Risiken. Ein Risiko ist die Isolation von den Arbeitskolleginnen und -kollegen und deren eventuelle Folgen für die soziale Eingliederung oder die berufliche Weiterentwicklung.⁴⁰ Arbeitnehmende, die nicht da sind, laufen Gefahr, weniger wahrgenommen zu werden und bei einer möglichen Beförderung benachteiligt zu sein. Die Isolation und Dezentralisation hindern die Arbeitnehmenden auch daran, sich gemeinsam zu organisieren.

Weitere Risiken betreffen zudem den Gesundheitsschutz. Die Ergonomie des Arbeitsplatzes ist am Wohnsitz der Arbeitnehmenden oder an einem anderen Ort ausserhalb der Organisation nicht zwingend garantiert. Zudem können die Flexibilisierung des Arbeitsortes und die Arbeitszeiten zu Problemen führen.⁴¹ Für die Telearbeitenden kann die organisatorische Autonomie von Vorteil sein. Durch die Möglichkeit, sich an jedem Ort zu verbinden, können die Aufgaben jedoch auch jederzeit erfüllt werden. Arbeitszeit und Freizeit werden somit immer weniger deutlich getrennt. Die Technologien können folglich auch zu vermehrten beruflichen Anfragen führen und die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dem Druck aussetzen, rasch und jederzeit zu reagieren. Dass sich daraus ernsthafte Probleme in Form von Stress und fehlender Erholung ergeben können, ist heute anerkannt, auch wenn die Auffassung herrscht, dass die Forschung und die empirischen Daten dazu noch nicht ausreichen.⁴² Zu derartigen Problemen kann auch die übermässige Verpflichtung zur Erreichbarkeit – bis hin zu einer ständigen Erreichbarkeit oder einem ständigen Abfragen der E-Mails ohne definierte Pausen – führen. Eine solche praktisch ununterbrochene Tätigkeit kann die Folge von Arbeitsüberlastung und zu kurzen Fristen sein. Sie kann aber auch die Folge von Anforderungen sein, welche die betroffene Person selbst an sich stellt, weil sie immer auf dem neuesten Stand sein will, schnell reagieren will oder sich unter Druck gesetzt fühlt, weil die Arbeitskolleginnen und -kollegen oder die Vorgesetzten die E-Mails auch am Wochenende versenden. Eine Studie hat gezeigt, dass sich Kader, die eine flexibilisierte Arbeitsorganisation leiten müssen, Sorgen über die Kontrolle der Arbeitslast der betroffenen Mitarbeitenden machen.⁴³ Diese Risiken sind ernst zu nehmen, weil sie allenfalls die positiven Auswirkungen der autonomen Organisation und Flexibilisierung aufheben und zu Problemen führen können, welche die Attraktivität der Telearbeit mindern.

Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Vereinbarkeit von Beruf und Familie können sich die positiven Auswirkungen aufheben. Die Telearbeit, hier als Telearbeit zu Hause verstanden, ermöglicht es der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer, zu Hause zu arbeiten und am Familienleben teilzunehmen. Zu Hause arbeiten führt jedoch zu einer Durchlässigkeit des

⁴⁰ ULICH, 66.

⁴¹ Zu diesen Aspekten siehe insbesondere die Untersuchung der Gewerkschaft SYNDICOM aus dem Jahr 2014 in der Telekommunikationsbranche: Entgrenzung der Arbeit – 20 Antworten von 3500 Beschäftigten der Schweizer Telecombranche zu ihrer Arbeitssituation, Bern, Februar 2015, abrufbar unter <http://www.syndicom.ch/de/newsactivites/dossiers/delimitation-du-travail.html>, insbesondere S. 29–49. Ebenfalls POPMA, 12–13 und SBB/SWISSCOM, 17. Die Problematik der Trennung von Privat- und Berufsleben ist seit Langem bekannt und war bereits in den 90er-Jahren Gegenstand wissenschaftlicher Studien: siehe BUSER/POCHET/PULVER, 11.

⁴² Siehe POPMA, 12–13; VON KAENEL (Ständige Erreichbarkeit), 2–3; DOMENIG, N 851 und 852–854.

⁴³ WEICHBRODT/SCHULZE/GISIN/TANNER/WELGE, 31.

Arbeitsraums, zur Verflechtung von Privat- und Berufssphäre und zur Auflösung der gewöhnlichen Trennung zwischen Arbeits- und Freizeit, Berufs- und Familienleben.⁴⁴ Arbeitnehmende, die zum Arbeiten ins Büro gehen, haben klare Verhältnisse. Das Privatleben findet daheim statt, das Berufsleben im Büro. Die Arbeitszeit beginnt mit der Ankunft im Büro und endet, wenn die Organisation verlassen wird. Diese Trennung gibt es bei der Telearbeit nicht mehr.

Diese Verflechtung führt dazu, dass die Koordination zwischen Arbeits- und Familienzeit ausgehandelt werden muss – was belastend sein kann. Ausserdem bedeutet die Tatsache, dass der arbeitende Elternteil zu Hause ist, für die Familie nicht unbedingt, dass derjenige besser für sie da ist.⁴⁵ Die Anwesenheit kann auch bedeuten, einer Mehrfachbelastung ausgesetzt zu sein, die zu Spannungen führt. Eine gelungene Vereinbarkeit ist somit nicht im Voraus gegeben und bedingt einen adäquaten Rahmen.⁴⁶ Das erste Element einer gelungenen Vereinbarkeit von Beruf und Familie ist, dass die Telearbeiterin oder der Telearbeiter Arbeitsort und Arbeitszeit mindestens zum Teil selbst bestimmen kann. Vom Arbeitgeber festgelegte Arbeitszeiten oder eine objektiv übermässige Arbeitsbelastung lassen es beschränkt oder schlimmstenfalls gar nicht zu sich einzurichten. Ein weiteres förderliches Element liegt in der Möglichkeit, über vorhersehbare Freizeit für die Familie zu verfügen. Das ist nur möglich, wenn der Flexibilität Grenzen gesetzt werden.

Die Qualität der Arbeit hängt auch davon ab, wie die Betroffenen auf diese Verflechtung reagieren, vor allem ob sie eine neue Form von Trennung schaffen oder nicht. Je nachdem, ob die Person beispielsweise einen separaten Arbeitsraum schafft und sich hinter verschlossener Tür isoliert oder ob sie auf die Beanspruchung durch die Kinder reagiert und ihre berufliche Tätigkeit ständig unterbricht, werden die Auswirkungen der Telearbeit zu Hause anders ausfallen.⁴⁷

Bis hierher wurde im vorliegenden Abschnitt nur von der Telearbeit zu Hause gesprochen. Andere Formen der Telearbeit können auch andere Auswirkungen auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie haben. Die Arbeit in Telearbeitszentren etwa ermöglicht weiterhin eine Trennung von Privat- und Berufsleben.⁴⁸

5.3 Allgemeinheit

Für die Allgemeinheit können sich aus der Telearbeit und den damit verbundenen Errungenschaften verschiedene Vorteile ergeben.⁴⁹ Die Telearbeit wurde unter dem Gesichtspunkt einer besseren räumlichen Organisation untersucht, da sie theoretisch einer grossen Anzahl von Beschäftigten die Möglichkeit bietet, ihre Tätigkeit auszuüben, ohne ihr Zuhause zu verlassen, womit keine neuen Arbeitsräume geschaffen werden müssen. Die Telearbeit führt auch zu einer Umwandlung der Raumnutzung, da nicht mehr so klar zwischen Wohn- und Arbeitsräumen unterschieden wird. Das Zuhause oder ein Teil davon wird als Arbeitsbüro genutzt. Neben der räumlichen Organisation kann die Möglichkeit arbeiten zu können, ohne ausser Haus gehen zu müssen, für die Arbeit in Randregionen von Interesse sein oder, wie bereits erwähnt, für Menschen mit einer Behinderung, die nur beschränkt mobil sind.

Die Vorteile der Telearbeit werden aber vor allem aus der Perspektive der Verkehrs- und Umweltschutzpolitik betont.⁵⁰ Im Fokus steht hauptsächlich, dass Fahrten im Auto oder in

⁴⁴ ULICH, 66; JURCZYK, 116; POPMA, 15–16.

⁴⁵ JURCZYK, 117.

⁴⁶ JURCZYK, 117.

⁴⁷ JURCZYK, 118.

⁴⁸ Siehe ULICH, 67.

⁴⁹ Zu den verschiedenen hier genannten Aspekten, siehe bereits im Jahr 1999 BUSER/POCHET/PULVER, 12–13.

⁵⁰ Z. B. BUELLER, Vera, Le télétravail réduit le flux de pendulaires, environnement 3/2012, 22.

öffentlichen Verkehrsmitteln zur Arbeit und zurück eingespart werden können. Telearbeit ermöglicht somit auf der einen Seite die Entlastung der grossen Verkehrsachsen und des öffentlichen Verkehrs, indem die Anzahl der Fahrten reduziert wird oder indem die Fahrten von den Hauptverkehrszeiten auf die Nebenverkehrszeiten verschoben werden.⁵¹ Auf der anderen Seite ergeben sich Energieersparnisse und eine Verminderung der Umweltverschmutzung.

Auf die Telearbeit wird zudem bezüglich der Verwirklichung von Zielen der Arbeits- und Familienpolitik gesetzt, insbesondere der besseren Vereinbarkeit von Berufs- und Familienleben. Die entsprechenden Vor- und Nachteile für die Beschäftigten wurden bereits oben erwähnt.

6 Regelungen zur Telearbeit

6.1 Qualifikation des Vertrags

6.1.1 Im Allgemeinen

Der Besondere Teil des Obligationenrechts kennt drei Vertragstypen, die Arbeitsleistungen zum Gegenstand haben: den Arbeitsvertrag, den Auftrag und den Werkvertrag. Charakteristisch für den Arbeitsvertrag ist das Subordinationsverhältnis zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern: Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer steht «im Dienst» der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers (Art. 319 Abs. 1 OR). Demgegenüber erbringen Beauftragte (Auftrag) sowie Unternehmerinnen und Unternehmer (Werkvertrag) ihre Leistung unabhängig. Der Werkvertrag kennzeichnet sich dadurch, dass die Tätigkeit zur Herstellung eines Werks führt (Art. 363 Abs. 1 OR), während der Auftrag gemäss dem Wortlaut des Gesetzes darin besteht, ein übertragenes Geschäft oder übertragene Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1 OR).

Je nachdem, wie die Telearbeit leistende Person ihre Tätigkeit erfüllt und welche Organisation mit der anderen Partei vereinbart wurde, kann sie an einen dieser drei Vertragstypen gebunden sein. Zudem sind Sonderformen dieser Verträge denkbar. Sofern die gewählte Definition für Telearbeit diese Tätigkeitsarten umfasst, kann die Person Handelsreisende (Art. 347 ff. OR) oder Agentin (Art. 418a ff. OR) sein. Sie könnte vor allem auch den Bestimmungen über den Heimarbeitsvertrag (Art. 351 ff. OR), einer besonderen Form des Arbeitsvertrags, unterstehen.

Gemäss Artikel 394 Absatz 2 OR sind Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart unterstellt sind, den Vorschriften über den Auftrag zu unterstellen. Wörtlich genommen schliesst diese Bestimmung Arbeitsleistungen im Rahmen von Innominatkontrakten aus. Das Bundesgericht hat jedoch anerkannt, dass Verträge über eine Arbeitsleistung als Innominatkontrakte, gemischte Verträge oder Verträge sui generis qualifiziert werden können.⁵² Demzufolge kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Telearbeit in einem Innominatkontrakt geregelt wird.

Das Postulat bezieht sich auf die Bestimmungen zum Arbeitsvertrag und setzt somit einen Arbeitsvertrag voraus. Dieser Bericht beschränkt sich folglich auf die allgemeinen oder besonderen Bestimmungen über den Arbeitsvertrag. Unter Ziffer 6.1.2 unten werden dennoch

⁵¹ ECOPLAN, 10. Die zeitliche Verschiebung der Fahrten durch die Erledigung eines Teils der Arbeit vor der Fahrt zur Arbeit war einer der im Pilotprojekt der SBB und der SWISSCOM erprobten und untersuchten Punkte, WorkAnywhere (SBB/SWISSCOM, 24–25).

⁵² BGE 109 II 462, anschliessend bestätigt in BGE 112 II 41, 118 II 163.

die Auswirkungen behandelt, welche die Ausübung einer Telearbeitstätigkeit auf die Qualifizierung eines Arbeitsverhältnisses haben kann.

Das Postulat bezieht sich zudem auf das Obligationenrecht, das grundsätzlich die Arbeitsverhältnisse im privaten Sektor regelt. Der Bericht wird sich somit vor allem auf die im Obligationenrecht geregelten Arbeitsverhältnisse konzentrieren. Die im öffentlichen Recht geregelten Verhältnisse werden nur kurz erläutert (Ziff. 6.5).

6.1.2 Auswirkungen der Telearbeit auf die Qualifikation als Arbeitsvertrag

Es stellt sich die Frage, ob die Erbringung einer Arbeitsleistung in Form von Telearbeit einen Einfluss auf die Qualifikation des Arbeitsverhältnisses hat. Die Telearbeit führt in erster Linie zu einer Flexibilisierung des Arbeitsortes. Sie führt des Weiteren zu einer Flexibilisierung der Arbeitszeit und zu einer gewissen Autonomie der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmer. Es muss geprüft werden, ob der Vertrag unter Berücksichtigung dieser zwei Elemente immer noch als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann. Wenn dies nicht der Fall ist, wäre allenfalls der Schutz der betroffenen Person nicht gewährleistet.

Der Arbeitsort steht in Zusammenhang mit dem Kriterium der Subordination. Die Subordination ist persönlicher, funktioneller, wirtschaftlicher⁵³ sowie gemäss einigen Bundesgerichtsurteilen auch zeitlicher Natur⁵⁴ und ist durch die Einordnung in eine fremde Organisation gekennzeichnet. Die arbeitnehmende Person ist also in eine hierarchische Struktur eingegliedert und erhält Weisungen. Sie ist auch organisatorisch integriert. Das Subordinationsverhältnis impliziert demnach, dass die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber den Ort und den Zeitpunkt für die Erbringung der Arbeitsleistung definiert. Das Bundesgericht hat jedoch deutlich darauf hingewiesen, dass die Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation nicht notwendig eine Tätigkeit in den Räumen des Unternehmens oder an einem festen Ort voraussetzt: Die Arbeit kann auch an einem von der Arbeitnehmerin oder vom Arbeitnehmer selbst gewählten Ort verrichtet werden.⁵⁵ Die Unabhängigkeit bezüglich Ort und Zeitpunkt der Arbeitserbringung ist höchstens ein Indiz der auf eine selbstständige Tätigkeit hinweist.⁵⁶

Diese Rechtsprechung betrifft auch den Zeitpunkt der Erbringung der Arbeitsleistung. Sie impliziert somit, dass die Flexibilität, über welche Telearbeitende bei der Organisation ihrer Arbeitszeit verfügen, die Vertragsqualifikation ebenfalls nicht entscheidend beeinflusst.⁵⁷ Das Bundesgericht lässt in bestimmten Fällen auch eine flexiblere Würdigung der hierarchischen Subordination zu. Wenn die betroffene Person eine Kaderfunktion oder eine typischerweise freiberufliche Tätigkeit ausübt, wird ihr grösserer Unabhängigkeitsgrad anerkannt.⁵⁸ Der Arbeitgeber wird auch keine Fachanweisungen geben können, wenn die zu erfüllende Aufgabe besondere Fachkenntnisse voraussetzt, über welche nur die beschäftigte Person verfügt.⁵⁹ Angesichts dessen, dass der Vertrag unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls qualifiziert wird, werden schliesslich die anderen Aspekte, bei welchen Telearbeitende über eine grössere Autonomie verfügen, für diese Qualifikation eine ähnliche Bedeutung haben. Bei der Telearbeit deuten das Fehlen direkter Überwachung, die Zielsetzungen und die Ergebniskontrolle sowie die beschränkten Weisungen zum Verhalten oder zur Kleidung sicher-

⁵³ Unter anderen: Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2011 vom 5. Juli 2011 E. 5.6.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.1.

⁵⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_714/2010 vom 14. Dezember 2010 E. 3.4.2.

⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts 4C.390/2005 vom 2. Mai 2006 E. 2.5; Urteil des Bundesgerichts 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.4.1.

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.4.2.

⁵⁷ So: Urteil 4C.276/2006 E. 4.4.1.

⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2013 vom 27. März 2014 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2011 vom 5. Juli 2011 E. 5.6.1.

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.390/2005 vom 2. Mai 2006 E. 2.5.

lich auf eine geringere Weisungsbefugnis hin, sie stellen die Qualifikation der Rechtsverhältnisse jedoch nicht grundsätzlich in Frage.

Auch zu erwähnen ist, dass das Bundesgericht bei der Weisungsbefugnis einen differenzierten Ansatz verfolgt. Diese Befugnis besteht auch dann, wenn die Tätigkeit selbstständig erbracht wird; es kommt vielmehr auf das Mass an Weisungsgebundenheit an.⁶⁰ Die Frage ist also, ob die Telearbeit aufgrund des geringeren Masses an Weisungsgebundenheit als selbstständige Tätigkeit qualifiziert werden kann. Damit auf einen Arbeitsvertrag geschlossen werden kann, müssen die Weisungen den Gegenstand und die Organisation der Arbeit beeinflussen und zu einem Kontrollrecht führen und dürfen sich nicht auf einfache Anweisungen zur Arbeitsausführung beschränken.⁶¹ Demnach kann gestützt auf die typischen Autonomieelemente der Telearbeit nicht a priori ausgeschlossen werden, dass ein Subordinationsverhältnis besteht. Unternehmen, welche Mitarbeitenden, die über ein Büro verfügen, Telearbeit als Möglichkeit anbieten, bemühen sich, ihre Telearbeitenden weiterhin in ihre Organisation zu integrieren. Die GAV der Post (gültig bis 31.12.2015) und der Swisscom sehen ausdrücklich vor, dass Telearbeitende in die Verfahren und die Organisation des Unternehmens integriert werden müssen (siehe Ziff. 6.4 unten). Die Nutzung von Telekommunikationsmitteln, die zur Definition der Telearbeit gehört, dient zudem der Integration der Telearbeitenden in die Organisation des Unternehmens.⁶² Der Arbeitgeber fordert grundsätzlich auch, dass Telearbeiterinnen und Telearbeiter im Bedarfsfall oder an gewissen festen Tagen präsent sind. Die Frage der Autonomie der Telearbeitenden und ihrer Integration ins Unternehmen stellt sich je nach Form der Telearbeit anders. Die Arbeit in Satellitenbüros oder Bürogemeinschaften begrenzen die Autonomie der Telearbeitenden, da es sich um Räume des Arbeitgebers oder zumindest um vom Arbeitgeber bestimmte Räume handelt. Die Einrichtung des Arbeitsplatzes und die Materiallieferung werden vom Arbeitgeber geregelt. Alternierende Telearbeit führt zu einer starken Einordnung in die Organisation, weil ein Teil der Arbeit immer noch in den Räumen des Arbeitgebers erbracht wird. Die Qualifikation als Arbeitsvertrag kann somit nur bei gewissen Formen von Telearbeit in Frage gestellt werden, so wie bei der permanenten Telearbeit zu Hause oder der mobilen Telearbeit. Ein Arbeitsvertrag kann nicht automatisch ausgeschlossen werden, sondern nur dann, wenn gewisse Bedingungen in Bezug auf den Grad der Unabhängigkeit, die den Telearbeitenden bei der Erfüllung ihrer Leistung geboten wird, erfüllt sind.

Überdies prüft das Bundesgericht als weiteres Unterscheidungskriterium den Grad der wirtschaftlichen Abhängigkeit im Arbeitsverhältnis.⁶³ Charakteristisch für diese Abhängigkeit ist vor allem eine vertragliche Bindung an einen einzigen Vertragspartner, die einen Einsatz für andere Partner ausschliesst. Wenn dieses Kriterium zusammen mit weiteren nicht genügt, um das Vertragsverhältnis als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren, können sich die Gerichte durch die wirtschaftliche Abhängigkeit veranlasst sehen, die Schutzbestimmungen des Arbeitsvertrags sinngemäss anzuwenden.⁶⁴ Dieses Kriterium bietet somit einen weiteren Schutz.

Der Gesetzgeber hat zwar eingegriffen, um die traditionelle Heimarbeit den Bestimmungen des Arbeitsvertrags zu unterstellen, obwohl es sich um einen Grenzfall handelt, der manchmal als Arbeitsvertrag, manchmal als Werkvertrag einzustufen ist.⁶⁵ Wie nachfolgend darge-

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 4C.390/2005 vom 2. Mai 2006 E. 2.5.

⁶¹ Urteil des Bundesgerichts 4P.83/2003 vom 9. März 2004 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 2C_714/2010 vom 14. Dezember 2010 E. 3.4.2.

⁶² Siehe z. B. in Bezug auf die Telearbeit zu Hause (*Homeoffice*), DOMENIG, N 122 und 124.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts 4C.276/2006 vom 25. Januar 2007 E. 4.6.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 4.2.

⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_553/2008 vom 9. Februar 2009 E. 5.

⁶⁵ Botschaft des Bundesrates vom 25. August 1967 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titels^{bis} des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag), (im Folgenden Botschaft 1967), BBl 1967 II 241, hier 267–268 und 284–285.

stellt (Ziff. 6.3.2), ist Heimarbeit i.S. von Artikel 351 ff. OR eine autonomere Arbeitsform als die Telearbeit, mit der Folge, dass Telearbeit meist nur den allgemeinen Bestimmungen des Arbeitsvertrags unterstellt wird.

Die Gefahr, dass Telearbeiterinnen und -arbeiter den Schutz auf Grundlage der Qualifikation ihres Vertrags als Arbeitsvertrag verlieren, ist somit auf Sonderfälle beschränkt. Die Telearbeit ist viel eher eine Form der flexibilisierten Erfüllung des Arbeitsvertrags, durch die nicht die Art des Rechtsverhältnisses grundsätzlich in Frage gestellt wird, sondern allenfalls eher die Angemessenheit der Bestimmungen über den Arbeitsvertrag. Verbunden mit der Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen kann Telearbeit in bestimmten Konstellationen, wie der permanenten Telearbeit, allerdings vermehrt dazu führen, dass der Vertrag nicht klar als Arbeitsvertrag qualifiziert werden kann, da es in solchen Fällen schwieriger ist, auf ein Subordinationsverhältnis zu schliessen.⁶⁶

6.2 Allgemeine Bestimmungen des Arbeitsrechts

6.2.1 Privatrecht

Telearbeitende mit einem Arbeitsvertrag unterstehen den Bestimmungen nach Artikel 319 ff. OR. Aus Artikel 319 Absatz 1 OR ergeben sich vier Kriterien für die Definition des Arbeitsvertrags: die Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit, ein Subordinationsverhältnis und die Entrichtung eines Lohnes. Das Subordinationsverhältnis ist das wesentliche Unterscheidungsmerkmal des Arbeitsverhältnisses.⁶⁷ Da der Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein zentrales Ziel der Bestimmungen zum Arbeitsvertrag ist, geht es bei der Qualifikation des Vertrags vor allem um diesen.

In bestimmten Fällen kann es vorkommen, dass beim Arbeitsverhältnis eine bestimmte, insbesondere wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, ohne dass der Vertrag als Arbeitsvertrag qualifiziert werden könnte. Dementsprechend kann der Vertrag einer anderen Vertragsart zugeteilt oder als Innominatkontrakt betrachtet werden, wobei die Schutzbestimmungen des Arbeitsvertragsrechts in diesen Fällen analog anwendbar sind (siehe Ziff. 6.1.2 oben).

6.2.2 Öffentliches Recht

Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsbestimmungen gelten auch für die Telearbeitenden. So gilt das Bundesgesetz vom 13. März 1964⁶⁸ über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG) für alle öffentlichen oder privaten Betriebe (Art. 1 Abs. 1). Ein Betrieb im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn ein Arbeitgeber dauernd oder vorübergehend einen oder mehrere Arbeitnehmende beschäftigt, unabhängig davon, ob bestimmte Einrichtungen oder Anlagen vorhanden sind (Art. 1 Abs. 2 ArG). Der Begriff des Betriebs knüpft somit an das zwischen dem Arbeitgeber und den Beschäftigten begründete Rechtsverhältnis an und nicht an das Bestehen von Räumlichkeiten. Deswegen gilt das ArG auch für die Telearbeit, auch wenn diese am Wohnsitz der Arbeitnehmenden ausgeführt wird. In den Artikeln 2–4 ArG werden die Ausnahmen vom Geltungsbereich aufgezählt. Artikel 3 Buchstabe f ArG schliesst die Heimarbeiterinnen und -arbeitnehmer aus, weswegen auf den ersten Blick auch die Telearbeit von diesem Ausschluss betroffen sein könnte. Der Begriff der «Heimarbeiternehmer» bezieht sich jedoch auf die Gesetzgebung für die Regelung der Heimarbeit im traditio-

⁶⁶ Zur grundsätzlichen Qualifikation als Arbeitsvertrag und zu den Grenzfällen, siehe TA-SWISS, 77.

⁶⁷ Siehe z. B. Urteil des Bundesgerichts 4A_602/2013 vom 27. März 2014 E. 3.2.

⁶⁸ SR 822.11

nellen Sinn⁶⁹, die sich, wie bereits aufgezeigt wurde, von der Telearbeit unterscheidet⁷⁰. Unter Heimarbeit kann hier die Arbeit gemäss dem Heimarbeitsgesetz gemeint sein, das sich auf die gewerbliche oder industrielle Arbeit beschränkt, oder jene gemäss dem Heimarbeitsvertrag (Art. 351 ff. OR), der sich auch auf die technischen und kaufmännischen Tätigkeiten bezieht⁷¹. Der Unterschied ist nicht nur theoretischer Art: Wenn sich die Ausnahme von Artikel 3 Buchstabe f ArG auf den weiten Begriff von Artikel 351 ff. OR beziehen würde, wäre eine Kategorie von Heimarbeitnehmenden weder vom ArG noch vom HArG erfasst und somit nicht vom öffentlichen Arbeitsrecht geschützt. Dem ist jedoch nicht so, denn die Ausnahme im ArG wurde eingeführt, um das allgemeine Gesetz vom entsprechenden Spezialgesetz abzugrenzen, das heisst vom HArG. Der Zweck der Ausnahme besteht darin, Personen mit einem an ihre Situation angepassten Spezialschutz auszuschliessen. Es bestand nie die Absicht, eine Lücke im Schutz zu schaffen.⁷² Deswegen muss der Begriff der Heimarbeit im Sinne von Artikel 3 Buchstabe f ArG als identisch mit dem im HArG verwendeten Begriff interpretiert werden. Demzufolge unterstehen Heimarbeitnehmerinnen und Heimarbeitnehmer nach Artikel 351 ff. OR, die nicht vom HArG geschützt werden, den Bestimmungen des ArG.⁷³

Artikel 3 ArG schliesst gewisse Arbeitnehmerkategorien vom gesetzlichen Geltungsbereich aus. Gewisse dieser Arbeitnehmerkategorien wie solche, welche eine höhere leitende oder eine wissenschaftliche Tätigkeit ausüben (Bst. d), können Telearbeit leisten. Unter diese Ausnahme fallende Beschäftigte unterstehen jedoch den Vorschriften über den Gesundheitsschutz (Art. 3a Bst. b ArG). Eine andere Kategorie gemäss Artikel 3 ArG, die Handelsreisenden (Bst. g), übt eine Tätigkeit aus, welche per definitionem aus mobiler Telearbeit besteht, soweit Telearbeit nicht auf Tätigkeiten beschränkt wird, die auch in den Räumlichkeiten des Betriebs ausgeübt werden können.

6.3 Besondere Bestimmungen des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht enthält keine besonderen Bestimmungen, welche spezifisch die Telearbeit regeln. Die traditionelle Heimarbeit hingegen wird im Privatrecht wie auch im öffentlichen Recht reglementiert. Der Heimarbeitsvertrag ist ein besonderer Arbeitsvertrag, der in den Artikeln 351 ff. OR geregelt wird. Darüber hinaus umfasst das Heimarbeitsgesetz (HArG)⁷⁴ öffentlich-rechtliche Bestimmungen über die Heimarbeit.

6.3.1 Öffentliches Recht: Heimarbeitsgesetz

Die Telearbeit gemäss obiger Definition (Ziff.3.4) untersteht nicht dem HArG, welches sich auf die gewerblichen und industriellen Hand- oder Maschinenarbeiten beschränkt (Art. 1 Abs. 4 HArG). Telearbeit wird daher durch die allgemeinen Bestimmungen des ArG geregelt.

⁶⁹ Botschaft des Bundesrates vom 30. September 1960 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, BBl 1960 II 909, 930–931 und 948.

⁷⁰ Siehe Ziff. 3.1.3.

⁷¹ Siehe Botschaft vom 27. Februar 1980 zu einer Revision des Bundesgesetzes über die Heimarbeit (Botschaft 1980), BBl 1980 II 282, hier 285.

⁷² Botschaft 1980, 285.

⁷³ In diesem Sinn: GEISER (Arbeitsgesetz), N 31 ad Art. 3 ArG; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad Art. 351 OR; PULVER, 43; DOMENIG, N 825; offenbar anderer Meinung: ZK-STAEHELIN, N 2 ad Art. 351 OR.

⁷⁴ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Heimarbeit, SR 822.31.

6.3.2 Privatrecht: Heimarbeitsvertrag

Die Anwendung der Bestimmungen von Artikel 351 ff. OR ist nicht vorweg auszuschliessen, da diese auch die technischen und kaufmännischen, wissenschaftlichen und künstlerischen Tätigkeiten abdecken, die mit der Ablieferung eines Arbeitserzeugnisses verbunden sind, wie das Führen von Buchhaltungen, Schreivarbeiten, Übersetzungen oder das Zeichnen von Plänen. Auf eine Arbeit, bei der kein Arbeitserzeugnis geschuldet ist, sind die Artikel 351 ff. OR gemäss Bundesgericht nicht anwendbar.⁷⁵ Die anderen Elemente der Definition des Heimarbeitsvertrags müssen ebenfalls erfüllt sein.

Ein Merkmal des Heimarbeitsvertrags ist zunächst die Freiheit, den Ort der Arbeitsausführung selbst zu wählen. Die beschäftigte Person kann die Arbeiten zudem in ihrer Wohnung oder in einem andern von ihr bestimmten Arbeitsraum ausführen (Art. 351 OR). Die Heimarbeiterin oder der Heimarbeiter kann die Arbeiten entgegen der allgemeinen Regelung, wonach die übernommene Arbeit in eigener Person zu leisten ist (Art. 321 OR), auch «mit Familienangehörigen» ausführen. Es muss überdies ein Subordinationsverhältnis bestehen; ansonsten wird der Vertrag nicht als Arbeitsvertrag eingestuft. In Bezug auf den Ort der Ausführung der Arbeit ist die Weisungsbefugnis jedoch beschränkt. Da der Arbeitgeber aber nicht vor Ort ist, ist sie gemäss überwiegender Meinung sogar allgemein oder zumindest bezüglich organisatorischer Weisungen beschränkt.⁷⁶ Diese gesetzlichen Merkmale zeigen, dass die Heimarbeitsgesetzgebung für die traditionelle Heimarbeit bestimmt ist. Die Anwendung dieser Bestimmungen auf die Telearbeit ist jedoch nicht ausgeschlossen. So können sie angewendet werden, wenn die Telearbeit zu Hause ausgeübt wird, ohne dass zwingend dort gearbeitet werden muss, und wenn die Weisungsbefugnis ausdrücklich oder angesichts der Umstände eingeschränkt ist. Die heutzutage übliche Verbindung der Telearbeiterinnen oder Telearbeiter mit dem Intranet oder Informatiksystem des Arbeitgebers oder die Erfüllung von Aufgaben in enger Zusammenarbeit mit den Kolleginnen und Kollegen bedeuten allerdings eine Einordnung in die Organisation, die ihre Autonomie so einschränken kann, dass nicht mehr von einem Heimarbeitsvertrag gesprochen werden kann.⁷⁷ Die Sonderbestimmungen in Art. 351 ff. OR sind so nur noch beschränkt anwendbar. Auch die alternierende regelmässige Telearbeit, die zum Teil in den Räumen der Organisation ausgeführt wird, bietet keine der Definition von Artikel 351 OR entsprechende Unabhängigkeit. Die in Artikel 351 OR vorgesehene Einbindung von Familienmitgliedern in die Arbeitsausführung legt ausserdem nahe, dass die Telearbeiterin oder der Telearbeiter die Arbeit nicht in eigener Person erfüllen müsste.⁷⁸ Wird dieses Merkmal so ausgelegt, dann ist es noch unwahrscheinlicher, dass die Bestimmungen über die Heimarbeit auf die Telearbeit anwendbar sind. Gemäss der Botschaft zur Totalrevision des Arbeitsvertrags weist die Einbindung von Familienangehörigen zwar auf das Vorliegen eines Heimarbeitsvertrags hin, ist jedoch nicht ein unerlässliches Merkmal.⁷⁹ Nach dem Ansatz des Bundesgerichts schliesslich, wonach reine Dienstleistungen ohne Lieferung eines Arbeitserzeugnisses nicht inbegriffen sind, ist eine Reihe von Telearbeitstätigkeiten, wie gewisse Informatiktätigkeiten, vom Geltungsbereich von Artikel 351 ff. OR ausgeschlossen.⁸⁰

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die spezialrechtlichen Bestimmungen zum Heimarbeitsvertrag nur punktuell anwendbar sind, wie zum Beispiel bei permanenter Telearbeit, die in der autonomen Erfüllung von Schreib- oder Übersetzungsarbeiten mit Lie-

⁷⁵ BGE 132 V 181 E. 2.2.

⁷⁶ AUBERT (Travail à domicile), 4; PULVER, 44; GEISER (AJP 1995), 566; FRANZ WALDNER, 124 und 219; gegenteiliger Meinung: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad Art. 351 OR.

⁷⁷ BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 1 ad Art. 351 ff. OR; AUBERT, D., N 28 ad. Art. 351 OR; SANER, 96; FRANZ WALDNER, 219.

⁷⁸ PULVER, 43.

⁷⁹ Botschaft 1967, 414.

⁸⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad Art. 351 OR.

ferung eines Arbeitserzeugnisses besteht. Der Grund für diesen Schluss ist, dass die Artikel 351 ff. OR die traditionelle Heimarbeit regeln sollen, eine Arbeitsform, von welcher sich die Telearbeit trotz Ähnlichkeiten unterscheidet. Doch auch wenn diese spezialrechtlichen Bestimmungen für die Telearbeit nicht direkt gelten, können sie in den Fällen, in welchen die Telearbeit den allgemeinen Bestimmungen über den Arbeitsvertrag untersteht, analog gelten.

6.4 Gesamtarbeitsverträge

Am 1. März 2012 gab es in der Schweiz 606 Gesamtarbeitsverträge (GAV).⁸¹ 592 davon enthalten normative Bestimmungen, das heisst Regelungen, die sich unmittelbar auf die einzelnen Arbeitsverhältnisse anwenden lassen (siehe Art. 357 OR). 217 von 606 sind Verbands-GAV für eine Branche oder einen Beruf und 389 von 606 sind Firmen-GAV, die von einem Arbeitgeber mit den Arbeitnehmerorganisationen unterzeichnet wurden.

Die typischen Berufe verschiedener Wirtschaftszweige mit einem GAV wie Bau oder Gastgewerbe sind von der Telearbeit nicht betroffen. In den Wirtschaftszweigen mit GAV, in denen Telearbeit möglich ist, wird die Telearbeit in einigen der untersuchten Verträge erwähnt oder geregelt.⁸² Artikel 26 Absatz 1 des GAV der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie zum Beispiel behandelt die Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben. Diese Bestimmung empfiehlt den Betrieben, bei der Arbeits- und Arbeitszeitgestaltung nach den betrieblichen Möglichkeiten auf die Bedürfnisse der Arbeitnehmenden, insbesondere derjenigen mit Familienpflichten, besonders Rücksicht zu nehmen. Die Telearbeit zu Hause wird als ein mögliches Modell genannt. Auf der anderen Seite schliesst Artikel 1 Absatz 3 die Anwendung des GAV auf die Heimarbeitsverträge aus, was auch die Telearbeit einzuschliessen scheint⁸³. Im GAV der Schweizerischen Uhren- und Mikrotechnikindustrie wird die Heimarbeit in Artikel 7.6 geregelt, wobei die traditionelle Heimarbeit und nicht Telearbeit gemeint zu sein scheint. Der GAV der SBB und der SBB Cargo aus dem Jahr 2015 sieht in Artikel 54 vor, dass Telearbeit im Einvernehmen zwischen der oder dem direkten Vorgesetzten und der einzelnen Mitarbeiterin oder dem einzelnen Mitarbeiter möglich ist.

In Artikel 2.3.4 des GAV der Swisscom ist die Telearbeit detaillierter geregelt. Diese Bestimmung bietet die Möglichkeit, «zeitweise von zu Hause aus» zu arbeiten. Es besteht jedoch kein Recht des Arbeitnehmers auf Telearbeit zu Hause. Die oder der direkte Vorgesetzte muss zustimmen. Es ist festgehalten, dass die Betroffenen in die Arbeitsabläufe und die Arbeitsorganisation integriert sind und dass bezüglich Arbeitszeit, Arbeitszeiterfassung, Erreichbarkeit und Sicherheit dieselben Regeln gelten wie im Büro. Es sind keine Abgeltungen geschuldet, insbesondere nicht für die technische Infrastruktur oder die Nutzung privater Räumlichkeiten. Ziffer 23 von Anhang 3 des GAV der Post, gültig bis zum 31. Dezember 2015⁸⁴, enthielt ebenfalls eine detaillierte Regelung der alternierenden Telearbeit. Zuerst wird unter Ziffer 230 die alternierende Telearbeit als Arbeit, die zeitweise am Arbeitsplatz der Post und zeitweise zu Hause ausgeübt wird, definiert. Ziffer 231 umfasst die Rahmenbedingungen. In Absatz 1 ist die Integration in die Arbeitsabläufe und die Arbeitsorganisation des Unternehmens verankert. Nach Absatz 2 beruht die Telearbeit auf Freiwilligkeit und bedarf der Zustimmung der oder des Vorgesetzten. Gemäss Absatz 3 werden verschiedene Punkte individuell vereinbart: Dauer und Inhalt der Arbeit, Ansprechzeiten, Einrichtung des Arbeitsplatzes zu Hause, Kostenbeteiligung und Datenschutz. Die Post stellt die technische Infra-

⁸¹ Bundesamt für Statistik, Gesamtarbeitsverträge nach Typ, Grösse und Wirtschaftssektor, http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/03/01/new/nip_detail.html?gnplD=2013-321.

⁸² Es wurde nur eine Auswahl an Verträgen untersucht, vor allem solche, welchen viele Beschäftigte unterstehen. Die Übersicht ist weder vollständig noch systematisch.

⁸³ Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag der Maschinen-, Elektro- und Metall-Industrie, Swissem Zürich, 11/2013, S. 9.

⁸⁴ Infolge der Änderung des Statuts der Post untersteht das Personal dem Privatrecht, zwischen der Post und den Gewerkschaften wurde ein neuer GAV abgeschlossen. Dieser ist am 1. Januar 2016 in Kraft getreten.

struktur zur Verfügung (Abs. 4), es besteht jedoch kein Anspruch auf Ersatz von Auslagen im Zusammenhang mit der Telearbeit, z.B. für die Nutzung privater Räumlichkeiten. Die Vereinbarung über die Telearbeit kann unter Einhaltung einer Frist von drei Monaten ohne Angabe von Gründen widerrufen werden (Abs. 7).

6.5 Öffentlicher Sektor

6.5.1 Bundespersonal

Nach Artikel 33 VBPV⁸⁵ können Bundesangestellte im Einvernehmen mit der zuständigen Stelle ihre Arbeit ganz oder teilweise ausserhalb des Arbeitsplatzes leisten. Mit dieser seit dem 1. Januar 2014 in Kraft stehenden Bestimmung werden die Artikel 64 und 64a BPV umgesetzt, welche die Arbeitszeit und die Arbeitszeitmodelle regeln. Artikel 64 Absatz 4^{bis} BPV sieht seit dem 1. Januar 2014 vor, dass die Arbeitszeit mit den Arbeitszeitmodellen der Jahresarbeitszeit oder der Vertrauensarbeitszeit geleistet wird. Die Departemente können zusätzlich das Arbeitszeitmodell der gleitenden Arbeitszeit anbieten. Telearbeit wird somit als eine flexible Möglichkeit der Arbeitsausführung verstanden, die wiederum an flexible Arbeitszeitmodelle gebunden ist. Die Angestellten haben jedoch kein Recht auf Telearbeit, und die zuständige Behörde muss diese Arbeitsform genehmigen. Wie in der Stellungnahme des Bundesrates zum Postulat Grossen (13.3358) erwähnt (siehe Ziff. 2 oben), laufen verschiedene Massnahmen zur Förderung der Telearbeit in der Bundesverwaltung.

6.5.2 Kantonales und kommunales Personal

Zwölf Kantone und drei Gemeinden sehen in ihren Personalverordnungen Telearbeit vor.⁸⁶ In diesen Erlassen wird die Telearbeit meist definiert und die alternierende Telearbeit in der Regel als einzig mögliche Form oder Hauptform bezeichnet. Mehrere schliessen die gelegentliche Telearbeit ausdrücklich vom Anwendungsbereich aus. Manchmal sind ein Mindestbeschäftigungsgrad und ein Maximalanteil der Telearbeit (z.B. höchstens 50 Prozent der Tätigkeit) vorgesehen. Gemäss den Verordnungen wird im Allgemeinen eine gegebenenfalls schriftliche Vereinbarung über die Ausführungsmodalitäten von Telearbeit abgeschlossen. Es besteht kein Recht auf Telearbeit; es handelt sich vielmehr um eine Möglichkeit, die vom Arbeitgeber genehmigt werden muss. Die Genehmigung der Telearbeit oder die Vereinbarung kann widerrufen bzw. aufgelöst werden. Telearbeit ist zudem keine Pflicht für die Mitarbeiterin oder den Mitarbeiter.

Eine der Bedingungen, welche für die Genehmigung von Telearbeit erfüllt sein müssen, und die in verschiedenen Verordnungen zu finden ist, ist dass die Tätigkeit für Telearbeit geeignet und der Arbeitsplatz am Wohnsitz der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers angemessen eingerichtet sein muss. Die Arbeitszeit wird in den meisten Verordnungen erwähnt. Die Autonomie bei der Gestaltung der Arbeitszeit bildet die Regel. Die starke Ausprägung der Autonomie wird dadurch abgemildert, dass die betroffene Person erreichbar sein muss und dass Nacht- oder Sonntagsarbeit ausgeschlossen ist oder in diesen Fällen keine Lohnzuschläge bezahlt werden. Die Vereinbarung von Zielen, die Kontrolle der Arbeitsergebnisse und die autonome Arbeitserfüllung sind in mehreren Verordnungen enthalten. Alle Verordnungen behandeln die Frage, ob privates Material genutzt werden kann oder ob das Material

⁸⁵ Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung, SR 172.220.111.31.

⁸⁶ AG, BE, BS, GE, LU, NE, SG, SH, SO, TG, VD, VS; Gemeinden von Bern, Lausanne und St. Gallen. Quelle: Informationsplattform «Vereinbarkeit Beruf und Familie: Massnahmen der Kantone und Gemeinden» (Stand der Gesetzgebungen per 31.8.2013), [http://www.berufundfamilie.admin.ch/informationsplattform/index.html?lang=de&subthemen\[\]=110&b=3&t\[\]=127&e=](http://www.berufundfamilie.admin.ch/informationsplattform/index.html?lang=de&subthemen[]=110&b=3&t[]=127&e=), wo die betroffenen Regelungen eingesehen werden können.

vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellt wird. In Bezug auf die Kostenübernahme zeigt sich, dass die Nutzung der privaten Infrastrukturen und des persönlichen Materials (Räume, Abonnemente, Büromaterial wie Drucker, Patrone, Papier) im Allgemeinen eher nicht entschädigt wird. Der Datenschutz, die Vertraulichkeit, die Einrichtung des Arbeitsplatzes, Arbeitsunfälle oder die Abhilfe gegen die Isolation der Telearbeitenden werden ebenfalls behandelt. Es besteht eine klare Tendenz, die Verantwortung für die Umsetzung der Vorschriften zum Gesundheitsschutz wie zur Ergonomie oder für die Geheimhaltungs- oder Datenschutzvorschriften den Telearbeiterinnen und -arbeitern zu übertragen.

7 Rechtsfragen

7.1 Weisungen

Die Weisungsbefugnis steht in engem Zusammenhang mit dem Subordinationsverhältnis, einem Merkmal des Arbeitsvertrags (siehe oben Ziff. 6.1.2). Gemäss Artikel 321*d* Absatz 1 OR kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmenden im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Die Subordination der Beschäftigten ist jedoch nicht unbegrenzt. Die Weisungen müssen dem Bedarf des Betriebs entsprechen und sich nur auf die auszuführende Arbeit beziehen; sie müssen dem Vertrag und zwingendem Recht, und insbesondere die Persönlichkeit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers achten (Art. 328 OR).⁸⁷ In Bezug auf die zuletzt genannte Bestimmung ergibt sich das zulässige Mass an Subordination aus einer Interessenabwägung zwischen dem Bedarf des Betriebs und der Achtung der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden. Sind die Weisungen unrechtmässig, besteht keine Einhaltungspflicht der Beschäftigten.

Sind die Weisungen des Arbeitgebers rechtmässig, so müssen sich auch die Telearbeitenden wie alle anderen Angestellten daran halten. Aufgrund der besonderen Situation der Telearbeitenden ist der Bedarf des Betriebs jedoch nicht derselbe. Je nach Sachbereich wird die Interessenabwägung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. So wird beispielweise die Weisungsbefugnis in Bezug auf die Kleidung oder das Verhalten bei Telearbeit zu Hause begrenzt sein.⁸⁸ Sofern die Arbeitszeit nicht vertraglich geregelt ist, fällt deren Festlegung ebenfalls unter die Weisungsbefugnis. Die Flexibilisierung der Arbeitszeit ist nicht zwingend mit der Telearbeit verbunden; sie ist vielmehr das Ergebnis einer Weisung des Arbeitgebers oder einer Vereinbarung mit der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer. In der Praxis wird Telearbeit mit einer grösseren Autonomie der Arbeitnehmenden bei der Festlegung ihrer Arbeitszeit verbunden. Diese Autonomie kann auch eingeschränkt werden, z.B. durch die Pflicht, zu bestimmten Zeiten erreichbar zu sein, oder dem Verbot, ab einer bestimmten Uhrzeit zu arbeiten. Sie ist jedoch nicht ausschliesslich ein Merkmal der Telearbeit und kann auch bei Beschäftigten bestehen, die ihre Leistung in den Räumlichkeiten des Betriebs erbringen.

Mit den geltenden Bestimmungen (Art. 321*d* und Art. 328 OR) können die Besonderheiten der Telearbeit demnach aufgefangen werden. Sie sind genereller Art und können je nach Form der Arbeitsausführung unterschiedlich umgesetzt werden. Dieser gesetzliche Rahmen ist für die Telearbeit somit nicht problematisch.

Die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers bildet den Rahmen, in welchem der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen einseitig ohne Zustimmung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers

⁸⁷ BGE 132 III 115 E. 5.2, Urteil des Bundesgerichts 4A_613/2010 vom 25. Januar 2011 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 4C_103/2008 vom 30. Juni 2008 E. 6.2.

⁸⁸ PULVER, 24.

festlegen kann. In diesem Kontext stellt sich die Frage, ob Telearbeit vorgeschrieben werden kann. Diese Frage wird nachfolgend im Zusammenhang mit dem Anspruch der Arbeitnehmenden auf Telearbeit in einem eigenen Kapitel behandelt. Auf die Weisungsbefugnis und deren Grenzen wird auch in Zusammenhang mit den weiter unten untersuchten besonderen Fragen eingegangen.

7.2 Recht oder Pflicht zur Telearbeit; Notwendigkeit einer vorgängigen Zustimmung

Die Einführung von Telearbeit bringt die Frage der Bestimmung des Arbeitsortes mit sich. Dementsprechend ist die Vereinbarkeit der Telearbeit mit den Bestimmungen zum Arbeitsort zu prüfen – mit anderen Worten ob und unter welchen Bedingungen ein von den Räumlichkeiten des Arbeitgebers entfernter Arbeitsort eingerichtet werden kann.

Der Arbeitsort wird in den Artikeln 319 ff. OR nicht geregelt. Er untersteht somit der allgemeinen Bestimmung nach Artikel 74 OR über den Ort der Erfüllung von Leistungen. Dieser Artikel verweist zunächst auf den ausdrücklichen oder aus den Umständen zu schliessenden Willen der Parteien (Art. 74 Abs. 1 OR). Der Arbeitsort geht somit in erster Linie aus dem Arbeitsvertrag hervor.

Die Möglichkeit der Telearbeit kann sich aus einer Vereinbarung im Zeitpunkt des Abschlusses des Arbeitsvertrages oder aus einer späteren Vereinbarung zur Änderung des Arbeitsvertrages ergeben. In einer Vertragsklausel kann der Arbeitgeber ermächtigt werden, den Arbeitsort einseitig abzuändern (Mobilitätsklausel). Diese Klausel kann jedoch nichtig sein, wenn sie gegen zwingende Bestimmungen des Arbeitsrechts verstösst oder dem Arbeitgeber so viel Freiheit verleiht, dass die allgemeinen Schranken für die Vertragsfreiheit wie jene nach Artikel 27 Absatz 2 ZGB verletzt werden.⁸⁹ Zudem muss es der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer zum Zeitpunkt, in dem der Arbeitgeber von seinem Bestimmungsrecht Gebrauch macht, zugemutet werden können, den Arbeitsort zu ändern.⁹⁰ Streitigkeiten um Mobilitätsklauseln drehen sich vor allem um den Wechsel an einen anderen Unternehmensstandort. Es stellt sich nun die Frage, wie es sich bei der Telearbeit zu Hause oder der mobilen Telearbeit verhält. Einerseits stellt es für die Arbeitnehmenden bezüglich Arbeitsweg oder Familien- bzw. Privatleben keinen Nachteil dar, für die Arbeit zu Hause zu bleiben. Telearbeit wird unter diesem Gesichtspunkt sogar als vorteilhaft angesehen. Andererseits darf die Telearbeit zu Hause nicht gleich behandelt werden wie der Einsatz an einem anderen Unternehmensstandort. Wenn sich eine Person mit einer allgemeinen Mobilitätsklausel einverstanden erklärt hat, kann folglich nicht davon ausgegangen werden, dass sie auch der Arbeit zu Hause zugestimmt hat. Die Klausel müsste sich spezifisch auf die Telearbeit zu Hause beziehen.⁹¹ Die Telearbeit zu Hause muss sich auch einrichten und organisieren lassen und darf das Privat- und Familienleben der betroffenen Person nicht belasten. Wenn die beschäftigte Person einer Mobilitätsklausel zugestimmt hat, die sich spezifisch auf die Telearbeit zu Hause bezieht, muss sie sich zwar mit den für sie vorhersehbaren Änderungen abfinden; die Klausel selbst könnte aber unter Berufung auf den Schutz des Privat- und Familienlebens der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers als nichtig angesehen werden.⁹² Sie kann auch gegen zwingende Bestimmungen des Gesundheitsschutzes verstossen. Mobile Telearbeit ihrerseits kann sich aus der zu erfüllenden Aufgabe ergeben. Der Arbeitgeber darf den Arbeitsort jedoch nicht dem jeweiligen Einsatzort entsprechend verlegen. Denn wenn jeder Weg zu einem sich ändernden Arbeitsort als Arbeitsweg gelten würde, würde der Arbeitge-

⁸⁹ Zu den möglichen Schranken, siehe: VON KAENEL (Einseitige ...), 336–342.

⁹⁰ DOMENIG, N 233.

⁹¹ DOMENIG, N 231–232.

⁹² VON KAENEL (Einseitige ...), 340–341.

ber die Bestimmungen über die Verrechnung der zusätzlichen Wegzeit als Arbeitszeit (Art. 13 ArGV 1) sowie diejenigen über den Ersatz der Aufwendungen für den Arbeitsweg (Art. 327a Abs. 1 OR) umgehen. Der Arbeitgeber kann der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer jedoch Einsätze ausserhalb des Arbeitsortes zuteilen. Diese Weisungen haben dem Bedarf des Arbeitgebers zu entsprechen und müssen für die arbeitnehmende Person im Rahmen ihrer privaten und familiären Situation akzeptabel sein. Wenn die mobile Telearbeit sich nicht aus der erfüllten Aufgabe ergibt, kann sie der Arbeitgeber einführen, wobei die Einschränkungen bezüglich der Telearbeit zu Hause ebenfalls gelten.

Besteht keine vertragliche Grundlage, kann Telearbeit mithilfe einer Änderungskündigung eingeführt werden. Das schweizerische Recht lässt dies unter gewissen Bedingungen zu. Mit der Änderungskündigung kann der Vertrag nicht einseitig abgeändert werden, sondern können Arbeitnehmende unter Druck gesetzt werden, damit sie ihr Einverständnis geben, da bei einer Verweigerung der Vertrag aufgelöst würde. Das Bundesgericht fordert, dass die mit einer Kündigung verknüpfte oder daraus folgende Änderung aus sachlichen, betrieblichen oder marktbedingten Gründen gerechtfertigt ist und dass sie nicht vor Ablauf der Kündigungsfrist erfolgt.⁹³ Die Änderung muss auch dem geltendem Recht und den anwendbaren GAV und Normalarbeitsverträgen entsprechen.⁹⁴ Da die Telearbeit an sich nicht gesetzeswidrig ist, kann sie eingeführt werden, wenn die formellen Bedingungen eingehalten werden und sie einem objektiven Bedarf des Betriebs entspricht.

Die Bestimmung des Arbeitsorts fällt auch dann unter die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers nach Artikel 321d OR, wenn der Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber diese Befugnis nicht erteilt.⁹⁵ Ohne Vertragsgrundlage ist die Möglichkeit einer einseitigen Einführung von Telearbeit durch den Arbeitgeber aufgrund der begrenzten Weisungsbefugnis jedoch sehr eingeschränkt.⁹⁶ Erstens führt ein einseitiger Entscheid des Arbeitgebers, Telearbeit anzuordnen, zur Änderung des gemäss Vertrag oder stillschweigender Vereinbarung bestimmten gewöhnlichen Arbeitsortes. Zweitens besteht aufgrund des Persönlichkeitsschutzes der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers (Art. 328 OR) und des öffentlichen Arbeitsrechts auch dann, wie oben erwähnt, die Pflicht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie des Gesundheitsschutzes, wenn im Vertrag kein bestimmter Arbeitsort festgelegt ist und die beschäftigte Person bereits gewohnt ist, ihre Aufgaben zu Hause oder andernorts zu erfüllen. Zudem müsste der Arbeitgeber bei Telearbeit zu Hause über die privaten Räume der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers verfügen können. Diese Befugnis hat er jedoch nicht. Bei Telearbeit ist die beschäftigte Person auch gezwungen, ihre privaten Räumlichkeiten angemessen einzurichten. Dies kann als zusätzliche vertragliche Pflicht aufgefasst werden, die der Zustimmung bedarf.⁹⁷ Der Arbeitsort kann somit grundsätzlich nur punktuell und für eine bestimmte Dauer geändert werden, wenn der Arbeitgeber ein überwiegendes Interesse geltend machen und die Telearbeit im konkreten Fall verlangt werden kann. Wenn die Telearbeit einem momentanen Bedarf oder einer Dringlichkeit entspricht, kann sie auch aufgrund der Treuepflicht einseitig angeordnet werden, da die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Interessen des Arbeitgebers wahren und gegebenenfalls vorübergehend an einem anderen Ort arbeiten muss.⁹⁸

Die Einführung von Telearbeit ohne Zustimmung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers ist somit nicht ausgeschlossen, wenn sie gestützt auf einen gültigen Vertrag erfolgt und zumutbar ist.

⁹³ BGE 123 III 246 E. 3b und 4a.

⁹⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C.282/2006 vom 1. März 2007 E. 4.2.

⁹⁵ DOMENIG, N 179.

⁹⁶ Im Zusammenhang mit der Telearbeit zu Hause, siehe DOMENIG, N 181 ff.

⁹⁷ DOMENIG, N 200.

⁹⁸ DOMENIG, N 207.

Für die Telearbeit bedarf es hingegen der Zustimmung des Arbeitgebers. Für die Beschäftigten besteht kein Anspruch auf Telearbeit. Die Zustimmung kann jedoch stillschweigend erfolgen. Wenn der Arbeitgeber von der Arbeitsausführung seiner Angestellten zu Hause Kenntnis hat und darauf nicht reagiert, kann ihm seine Zustimmung entgegengehalten werden. Eine Pflicht, Telearbeit zuzulassen, wird in der Lehre hingegen unter besonderen Umständen aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (Art. 328 OR) vertreten, so etwa im Fall einer Mutter, die ein schwer krankes Kind längerfristig intensiv pflegen muss.⁹⁹

7.3 Gesundheitsschutz

7.3.1 Im Allgemeinen

Der Gesundheitsschutz ist ein wichtiger und unbestrittener Aspekt des Schutzes der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden. Nach Artikel 328 Absatz 2 OR hat der Arbeitgeber zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann. Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Artikel 6 Absatz 1 ArG und dem UVG, welches den Arbeitgeber in Artikel 82 Absatz 1 verpflichtet, Berufsunfälle und Berufskrankheiten zu verhüten. Damit begründen die privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Bestimmungen ein und dieselbe Pflicht.¹⁰⁰ Der Gesundheitsschutz kann somit sowohl mit privatrechtlichen Mechanismen wie auch durch die zuständigen Verwaltungsbehörden sichergestellt werden, und es sind die straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen gemäss ArG und UVG anwendbar. Die Vorschriften des ArG können im Übrigen auch von Arbeitnehmenden, deren Vertrag nicht dem ArG untersteht, als Konkretisierung von Artikel 328 Absatz 2 OR herangezogen werden.¹⁰¹ Die gesetzlichen Regelungen sind flexible und anpassbare allgemeine Bestimmungen, die zu konkretisieren sind.

Der Arbeitgeber muss unter anderem für die einwandfreie Beschaffenheit der Arbeits- und weiteren Räume sorgen.¹⁰² In den Artikeln 11 ff. ArGV 3¹⁰³ wird diese Pflicht im Detail konkretisiert. Artikel 12 ff. VUV¹⁰⁴ definieren die Sicherheitsanforderungen an Gebäude und andere Konstruktionen, Artikel 33 ff. VUV jene bezüglich der Arbeitsumgebung wie Lüftung, Lärm, Vibrationen und Beleuchtung. Der Arbeitgeber muss zudem gute ergonomische Arbeitsbedingungen gewährleisten (Art. 2 Abs. 1 Bst. a ArGV 3). In Artikel 23 ArGV 3 wird präzisiert, dass Arbeitsplätze und Arbeitsmittel nach ergonomischen Gesichtspunkten zu gestalten und einzurichten sind. Artikel 24 ArGV 3 legt weitere Anforderungen fest. Die Arbeit am Bildschirm beispielsweise wird detailliert geregelt¹⁰⁵, insbesondere bezüglich Beleuchtung, Informatikausrüstung, Tischhöhe oder des verfügbaren Platzes.

Der Arbeitgeber muss auch vermeiden, von den Beschäftigten eine übermässige Anstrengung zu fordern, und er darf ihnen keine Arbeiten übertragen, die ihre Gesundheit beeinträchtigen oder gefährden könnten.¹⁰⁶ Er muss den Arbeitsablauf derart gestalten, dass Überbeanspruchungen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach Möglichkeit vermieden werden (Art. 6 Abs. 2 ArG). Diese Pflicht ist angesichts der Anforderungen an die Ver-

⁹⁹ DOMENIG, N 221–222.

¹⁰⁰ Botschaft 1967, 354.

¹⁰¹ BGE 132 III 257 E. 5.4.

¹⁰² Bericht 1967, 354; BGE 132 III 257 E. 5.2.

¹⁰³ Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsschutz), SR 822.113.

¹⁰⁴ Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (Verordnung über die Unfallverhütung), SR 832.30.

¹⁰⁵ SECO, Wegleitung zu ArGV 3 und ArGV 4, 323-4 bis 323-8.

¹⁰⁶ Botschaft 1967, 354, und Art. 2 Abs. 1 Bst. b ArGV 3.

fügbare und Erreichbarkeit der Arbeitnehmenden, die nachfolgend im Kapitel über Dauer und Verteilung der Arbeitszeit betrachtet werden, umso wichtiger. Auch aus privatrechtlicher Sicht ist es in der Rechtsprechung und der Lehre anerkannt, dass der Arbeitgeber eine Verantwortung für den Stress seiner Angestellten trägt.¹⁰⁷

Diese Bestimmungen behandeln die Situationen bei der Verrichtung von Telearbeit nicht spezifisch. Sie sind jedoch namentlich auch dann einzuhalten, wenn die oder der Beschäftigte von zu Hause aus Telearbeit ausführt.

7.3.2 Information, Anleitung und Anhörung

Die Information und Anleitung der Angestellten bezüglich der Vorschriften zur Wahrung ihrer Gesundheit sind ein wichtiger Aspekt des Gesundheitsschutzes. Sie sind in Artikel 5 ArGV 3 und Artikel 6 VUV vorgesehen. Zudem muss der Arbeitgeber die Arbeitnehmenden oder deren Vertretung im Betrieb zu Fragen des Gesundheitsschutzes (Art. 48 Abs. 1 Bst. a ArG) und über die Arbeitssicherheit anhören (Art. 61 VUV). Die Information, Anleitung und Anhörung sind bei Telearbeit besonders wichtig, da der Arbeitgeber die Räume oder den Arbeitsplatz nicht selbst einrichtet. Es macht dabei keinen Unterschied, ob es sich nun um das Zuhause der telearbeitenden Person oder einen wechselnden Arbeitsplatz wie bei der mobilen Telearbeit handelt.

7.3.3 Von den Arbeitnehmer zu beachtende Vorschriften

Die Beachtung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz hängt auch von den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern ab. Sie müssen den Arbeitgeber bei der Umsetzung dieser Vorschriften unterstützen (Art. 6 Abs. 3 ArG). Sie müssen die Weisungen des Arbeitgebers in Bezug auf den Gesundheitsschutz befolgen und die allgemein anerkannten Regeln berücksichtigen (Art. 10 Abs. 1 ArGV 3). Stellen sie die Gesundheit beeinträchtigende Mängel fest, beseitigen sie sie oder melden sie dem Arbeitgeber, wenn sie dazu nicht in der Lage sind (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3). Diese Vorschriften können eine Grundlage für die notwendigerweise grössere Autonomie der Telearbeitenden bilden.

7.3.4 Kontrolle durch Arbeitgeber und Behörden

Was schliesslich die Kontrolle angeht, kann der Arbeitgeber nur beschränkt dafür sorgen, dass die Massnahmen des Gesundheitsschutzes, wie nach geltendem Recht verlangt (Art. 5 Abs. 2 ArGV 3), eingehalten werden. Er kann gehalten sein zu überprüfen, ob der von der beschäftigten Person vorgesehene Arbeitsort geeignet ist, und könnte gelegentlich Kontrollen durchführen. Er kann jedoch nicht regelmässig prüfen, wie die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer seine Weisungen umsetzt. Er hat ohne Zustimmung der beschäftigten Person auch keinen Zugang zu deren privaten Räumlichkeiten.

Nicht nur der Arbeitgeber ist mit diesem Kontrollproblem konfrontiert, sondern auch die Behörden. Sie müssten bei den Telearbeitenden, die ihre Arbeitsleistung bei sich zu Hause erbringen, Kontrollen durchführen können. Das ist jedoch mit praktischen Problemen verbunden, welche die Behörden vom Handeln abhalten können. Artikel 45 Absatz 2 ArG berechtigt diese nur zum Zutritt zum Unternehmen. Diese Bestimmung zeigt, dass der Gesetzgeber nicht auf die Regelung der Telearbeit abzielte. Relevante Informationen können die

¹⁰⁷ Urteile des Bundesgerichts 4C.24/2005 vom 17. Oktober 2005 E. 7 und 4C.320/2005 vom 20. März 2006 E. 2, BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 21b bis 21e ad Art. 328 OR.

Behörden zumindest auf Grundlage von Artikel 45 Absatz 1 ArG erheben, wonach der Arbeitgeber und seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer den Vollzugs- und Aufsichtsbehörden alle Auskünfte zu erteilen haben, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen.

7.3.5 Würdigung der geltenden Regelungen

OR und ArG oder UVG enthalten allgemeine und somit flexibel anwendbare Regelungen, die Lösungen unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Telearbeit zulassen. So verlangen die Artikel 328 Absatz 2 OR und Artikel 5 ArG nur Massnahmen, die nach der Erfahrung notwendig und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Artikel 328 Absatz 2 OR beschränkt sich ebenfalls auf Massnahmen, die dem Arbeitgeber mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung zugemutet werden können. Diese Bestimmungen sind Ausdruck des allgemein geltenden Verhältnismässigkeitsprinzips, an das auch die Verwaltungsbehörden gebunden sind, die das öffentliche Arbeitsrecht umsetzen. An dieses Prinzip erinnert Artikel 2 Absatz 2 ArGV 3.

Die Ausführungsverordnungen hingegen enthalten detailliertere und konkretere Bestimmungen. Dies betrifft insbesondere die Vorschriften zur Einrichtung der Räume und des Arbeitsplatzes. Deren Eignung für die Telearbeit ist zu hinterfragen.

In Bezug auf die Einrichtung der Arbeitsräume und des Arbeitsplatzes gehen die Ausführungsbestimmungen von einem klassischen Modell der Arbeitsorganisation aus, bei welchem der Arbeitgeber die Räumlichkeiten gestaltet und verwaltet. Für die Telearbeit können sich diese in einem bestimmten Umfang als unangemessen erweisen. Der Arbeitgeber kann beispielsweise nicht die Wohnung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers einrichten. Er muss jedoch darauf achten, dass die Arbeit unter guten Bedingungen ausgeführt werden kann und dass eine angemessene Ausrüstung und den ergonomischen Grundsätzen entsprechende Zusatzgeräte zur Verfügung stehen. Es muss situativ gemäss dem persönlichen Bedarf und der Art der Arbeit entschieden werden, welche Anpassungen erforderlich sind. Beispielsweise müssen eventuell Spezialmöbel bereitgestellt werden, wenn das private Mobiliar für die Telearbeit weder geeignet ist noch angepasst werden kann. Zahlreiche Vorschriften können durchaus auch für die Telearbeit gelten oder sinngemäss angewandt werden, etwa jene zur Beleuchtung der Räume oder zur Einhaltung der ergonomischen Grundsätze. Der Arbeitgeber hat jedoch nur beschränkt die Möglichkeit, sie umzusetzen und deren Einhaltung zu kontrollieren. Einige Vorschriften können sogar mit Telearbeit oder gewissen Formen von Telearbeit unvereinbar sein. Dabei ist es ein Vorteil der geltenden Regelungen, dass die Pflicht zur Information und Anleitung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer besteht und dass den Telearbeitenden eine gewisse Autonomie eingeräumt werden kann (siehe Ziff. 7.3.3). Damit ist indes noch nicht garantiert, dass alle geltenden Vorschriften in ihrer heutigen Form eingehalten werden können. Der Arbeitgeber kann auch aus praktischen Gründen – z.B. weil der Wohnraum der betroffenen Person nicht geeignet ist – gezwungen sein, die Telearbeit nicht zuzulassen. Ansonsten würde er gegen die Bestimmungen des Gesundheitsschutzes verstossen.

7.3.6 Besondere Bestimmungen im Bereich Heimarbeit

Besondere Bestimmungen bestehen ausschliesslich für die traditionelle Heimarbeit, eine Arbeitsform, die, wie oben gesehen, fast ganz verschwunden ist. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften beschränken sich auf gewerbliche oder industrielle Aufgaben. So hat der Arbeitgeber aufgrund von Artikel 8 HArG zwei Verpflichtungen: die Übergabe von Arbeitsgeräten und Material, welche die Gesundheit nicht gefährden (Abs. 1), und die Erteilung von Anord-

nungen an die Heimarbeiterinnen und Heimarbeiter, welche diese befolgen müssen (Abs. 2).

7.4 Arbeitszeit, Lohn und Ferien

7.4.1 Dauer und Verteilung der Arbeitszeit

7.4.1.1 Flexibilität der Arbeitszeit

Das schweizerische Recht kennt keine gesetzliche Normalarbeitszeit. Die Dauer der Arbeitszeit wird in Arbeits- oder allenfalls Gesamtarbeitsverträgen geregelt. Die Telearbeit bildet hier keine Ausnahme.

Die Telearbeit ist in der Praxis mit Modellen flexibler Arbeitszeit verknüpft. Dank der Flexibilität können die Telearbeitenden z.B. ihr Familienleben oder ihre privaten Bedürfnisse besser mit den beruflichen Aufgaben vereinen. Ein Vater oder eine Mutter kann z.B. entscheiden, an bestimmten Tagen weniger Stunden zu arbeiten, um sich um die Kinder zu kümmern, während der andere Elternteil nicht da ist. Das schweizerische Recht lässt eine variable Dauer der Arbeitszeit zu, z.B. eine Jahresarbeitszeit oder ein Gleitzeitmodell. Eines der Kriterien, das in diesen Fällen zu beachten ist, ist ob die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Arbeitszeit frei bestimmen kann. Mit dem Gleitzeitmodell kann die beschäftigte Person in einem gewissen Umfang selbst bestimmen, wie viele Stunden pro Tag sie zu welcher Zeit arbeiten will, und sie kann Mehr- oder Minuszeit generieren, die sie zum gegebenen Zeitpunkt kompensieren muss.

Die Arbeitszeit kann nicht auf die gleiche Weise kontrolliert werden wie wenn die Arbeit in den Räumen des Betriebs ausgeführt wird. Der Arbeitgeber kann nicht kontrollieren, ob die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer tatsächlich präsent ist und arbeitet. Die Telearbeitenden müssen ihre Arbeitsstunden selbst erfassen. Im Vordergrund stehen demnach die Elemente des Vertrauensverhältnisses und der Autonomie, die für die Telearbeit charakteristisch sind. Es besteht aber auch die Gefahr, dass jemand, der leicht erreichbar und immer verbunden ist, seine Aufgaben erfüllt, ohne sie zu erfassen.¹⁰⁸ Beispielsweise kann ein eingehender Anruf aufgrund eines Arbeitsproblems die Einnahme der Mahlzeit des Telearbeitenden während 15 Minuten unterbrechen und einige Stunden später die Beantwortung einer geschäftlichen E-Mail via Smartphone den Einkauf hinauszögern.

Die Parteien können auch fixe Arbeitszeiten vereinbaren. Wenn dies nicht der Fall ist, können sie vom Arbeitgeber gestützt auf seine Weisungsbefugnis angeordnet werden. Doch auch dieser Aspekt ist ein Merkmal der Telearbeit: Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kann die Zeit frei einteilen. Je nach dem kann die betroffene Person ihre Arbeitszeiten frei bestimmen, zu fixen Zeiten arbeiten oder Zeitfenster festlegen, während denen sie arbeiten oder zumindest erreichbar sein muss. Die Flexibilität gibt ihr z.B. die Möglichkeit, eine einstündige Pause zu machen, um die Kinder von der Schule abzuholen.

7.4.1.2 Schranken aufgrund des öffentlichen Arbeitsrechts

Die flexible Regelung der Dauer und der Verteilung der Arbeitszeit muss jedoch innerhalb der Schranken des ArG erfolgen, die auch für die Telearbeit gelten. So beträgt namentlich die wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 oder 50 Stunden (Art. 9 Abs. 1 ArG), die Zeit für Tages- oder Abendarbeit liegt zwischen 6 Uhr und 23 Uhr (Art. 10 Abs. 1 ArG), und die tägliche Ruhezeit muss mindestens elf aufeinander folgende Stunden betragen (Art. 15a Abs. 1 ArG).

¹⁰⁸ Phänomen der «versteckten Überstunden», siehe ULICH, 66.

Die Arbeit zwischen 23 Uhr und 6 Uhr gilt als Nacharbeit, die unter Vorbehalt der Ausnahmen nach Artikel 17 ArG grundsätzlich verboten ist (Art. 16 ArG). Artikel 46 ArG und 73 Absatz 1 ArGV 1 verpflichten den Arbeitgeber, die Angaben für den Vollzug des ArG zu erfassen. Artikel 73 Absatz 1 ArGV 1 war lange umstritten, insbesondere in Bezug auf die Modelle mit flexibler Arbeitszeit, einem Merkmal der Telearbeit. Im Einvernehmen mit den Sozialpartnern konnte schliesslich eine Lösung gefunden und eine entsprechende Anpassung der ArGV 1 vorgenommen werden.¹⁰⁹ Diese Problematik ist jedoch weiterhin Gegenstand von Diskussionen, namentlich in Bezug auf eine entsprechende Lösung im Gesetz.¹¹⁰

Die Flexibilität und die Erreichbarkeit der Telearbeitenden sind an sich grosse Vorteile der Telearbeit. Wenn gewisse Grenzen nicht eingehalten werden, können sie jedoch zu einem grossen Problem bezüglich der Bestimmungen über die Dauer und die Verteilung der Arbeitszeit werden, welche - daran sei erinnert - dem Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dienen. Eine Nichtfestlegung der Zeitfenster, während denen die telearbeitende Person ihre Leistung erbringt oder erreichbar sein muss, führt zum Risiko der Leistung von Nacharbeit im Sinne des ArG oder der Überschreitung der Höchstarbeitszeit und damit einhergehend dem Verstoss der Bestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts.¹¹¹

Zudem besteht offensichtlich die Tendenz, ständig erreichbar und somit womöglich ständig aktiv zu sein. Dies kann vom Arbeitgeber gefordert werden, sich aus einer übermässigen Arbeitsbelastung ergeben, eine Antwort der betroffenen Person auf die Beanspruchung durch die Arbeitskolleginnen und -kollegen darstellen oder aus eigener, für den Arbeitgeber ersichtlicher Initiative erfolgen. Die ständige Erreichbarkeit weist verschiedene Merkmale auf, die zu verhängnisvollen Folgen für die Gesundheit wie Stress oder im Extremfall Burnout führen können: Anspannung wegen einer erwarteten Kontaktaufnahme, fehlende oder unterbrochene Pausen, jederzeitige Anfragen, ständige Unterbrechung der Arbeit durch Anrufe, schlecht gemanagte Verflechtung von Privat- und Berufsleben.¹¹² Wie oben gesehen (Ziff. 7.4.1) gebieten die Pflichten gemäss Artikel 328 OR und 6 ArG insbesondere, Arbeitsstress oder zu einer Überanstrengung oder Überbeanspruchung führende Arbeit zu vermeiden. Darum herrscht heute die Meinung, dass die unbegrenzte Beanspruchung der Telearbeitenden oder der vernetzten Beschäftigten im Widerspruch zu den Bestimmungen über den Gesundheitsschutz steht, weshalb ein Zeitrahmen für die Arbeitsleistung als ein wichtiges Element für die Regelung der Telearbeit oder jeder anderen Form von Fernarbeit erachtet wird.¹¹³

Eine solche Tendenz kann gewiss auch bei Mitarbeitenden bestehen, die im Büro arbeiten und ebenfalls nach einem Modell flexibler Arbeitszeit arbeiten. Die Auflösung der Grenzen zwischen Privat- und Berufsleben bei der Telearbeit erhöht dieses Risiko jedoch.¹¹⁴ Dieses Problem besteht typischerweise auch bei Fernarbeit, die keine Telearbeit ist, wie das Beantworten eines Anrufs oder einer E-Mail zu jeder Zeit und an jedem Ort. Diese Arbeitsformen,

¹⁰⁹ Siehe die neuen Art. 73a und 73b ArGV 1 und die Medienmitteilung des WBF vom 22. Februar 2015 «Arbeitszeiterfassung: Vermittlungsvorschlag von Bundesrat Schneider-Amman findet Unterstützung der Sozialpartner». Siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 7. November 2012 zum Postulat 12.3817 Chopard-Acklin «Erfassung flexibler Arbeitszeiten» und die Stellungnahme des Bundesrates vom 20. November 2013 zur Motion 13.3708 Aeschi «Pflicht zur Arbeitszeiterfassung. Möglichkeit der Verzichtserklärung in gewissen Branchen».

¹¹⁰ Siehe insbesondere die Motion 15.4089 Schneider-Schneiter «Für eine zeitgemässe Arbeitserfassung», deren Ablehnung der Bundesrat beantragt, sowie die parlamentarischen Initiativen 16.414 Graber «Teilflexibilisierung des Arbeitsgesetzes und Erhalt bewährter Arbeitszeitmodelle» und 16.423 Keller-Sutter «Ausnahme von der Arbeitszeiterfassung für leitende Angestellte und Fachspezialisten», denen die Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates am 19. August 2016 Folge gegeben hat.

¹¹¹ SGB/USS, Dossier Nr. 100, 22; VON KAENEL (Ständige Erreichbarkeit), 5; REUTTER/KLAUS, 162; DUNAND, 52; WYLER/HEINZER, 339.

¹¹² VON KAENEL, Ständige Erreichbarkeit, 2–3; SGB/USS, Dossier Nr. 100, 22; REUTTER/KLAUS, 162; LETSCH, N 33–35, 57–58 und 59–62; WYLER/HEINZER, 339.

¹¹³ SGB/USS, Dossier Nr. 100, 22; VON KAENEL (Ständige Erreichbarkeit), 2–3; REUTTER/KLAUS, 162; DUNAND, 50–51; WYLER/HEINZER, 339.

¹¹⁴ SGB/USS, Dossier Nr. 100, 20; LETSCH, N 54 und 57; DUNAND, 50–51; WYLER/HEINZER, 339.

die sich mit der Entwicklung der Möglichkeiten zur mobilen Verbindung und Kommunikation weit verbreitet haben, bergen hinsichtlich des Gesundheitsschutzes ähnliche Risiken.

7.4.1.3 Telearbeit und Arbeitszeit

Es stellt sich die Frage, ob die Zeit, während der die Telearbeitenden erreichbar sein müssen, als Arbeits- oder als Freizeit zu qualifizieren ist. Um zu bestimmen, ob die Vorschriften des ArG zur Arbeits- und Ruhezeit eingehalten werden, wird die als Arbeitszeit qualifizierte Zeit, berücksichtigt. Die Qualifizierung als Arbeitszeit ermöglicht es im Privatrecht ausserdem, zu ermitteln, ob die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Arbeit gemäss der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit geleistet und allenfalls Überstunden gemacht hat. Die privatrechtliche Arbeitszeit ist auch entschädigungspflichtige Zeit. Das schweizerische Recht kennt jedoch keine gesetzliche Definition der Arbeitszeit. Es besteht zudem auch kein einheitlicher Begriff der Arbeitszeit nach dem ArG und dem Arbeitsvertragsrecht.¹¹⁵

Öffentliches Arbeitsrecht

Als Arbeitszeit im Sinne des ArG gilt «die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten hat» (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1). Die betroffene Person muss sich dafür nicht in den Räumen des Betriebs aufhalten.¹¹⁶ Der Arbeitsplatz - ein Begriff, der bei der Anrechnung der Pausen an die Arbeitszeit verwendet wird (Art. 15 Abs. 2 ArG) - kann sich im Betrieb oder ausserhalb davon befinden (Art. 18 Abs. 5 ArGV 1). Das Merkmal des Ortes ist somit nicht ausschlaggebend dafür, dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber im Sinne von Artikel 13 Absatz 1 ArGV 1 zur Verfügung steht. Diese Bestimmung stellt somit in Bezug auf die Telearbeit kein Problem dar. Es ist allerdings einfacher zu bestimmen, dass eine Person dem Arbeitgeber zur Verfügung steht, wenn sie sich im Betrieb und nicht ausserhalb davon aufhält.

Wenn sich jemand dem Arbeitgeber im Sinne von Artikel 13 Absatz 1 ArGV 1 zur Verfügung hält, bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass er wirklich eine Arbeit ausführt. Es geht darum, dass die arbeitnehmende Person nicht frei über ihre Zeit verfügen kann, was im engeren Sinn die Zeit umfasst, während der sie der Weisungsbefugnis des Arbeitgebers untersteht. In einem von der Lehre vertretenen Sinn umfasst dies auch die Zeit, während der die arbeitnehmende Person mit Einwilligung des Arbeitgebers dessen Interessen «hauptsächlich» vertritt.¹¹⁷ Demzufolge ist die Zeit, während der eine angestellte Person, die sich zur Erreichbarkeit verpflichtet hat, tatsächlich einen Anruf oder eine E-Mail beantwortet, als Arbeitszeit anzusehen. Dasselbe gilt auch für die Zeit, während der sie anhaltend Anfragen beantworten muss, sodass sie nicht die Wartezeiten frei nutzen oder sich erholen kann.¹¹⁸ Über diese Situationen hinaus sollte sich die Auslegung von Artikel 13 ArGV 1 und dessen Anwendung auf die Telearbeit am Gesundheitsschutz, dem grundlegenden Zweck des ArG, ausrichten. Wie oben erwähnt können allein schon die Tatsache, erreichbar sein zu müssen, wie auch die Auflösung der Grenzen zwischen Privat- und Berufsleben zu physischen und psychischen Spannungen führen und die Gesundheit beeinträchtigen, ohne dass wirklich eine Beanspruchung erfolgt. Je nach konkreter Situation kann die entsprechende Zeit demnach als Arbeitszeit eingestuft werden, obwohl keine häufige Beanspruchung erfolgt.

In den Artikeln 14 und 15 ArGV 1 ist eine besondere Form der Erreichbarkeit geregelt: der Pikettdienst. Dabei handelt es sich nur um eine der Ausprägungen des Bereitschaftsdiens-

¹¹⁵ RUDOLPH/VON KAENEL, 198.

¹¹⁶ SECO, Wegleitung zu ArG-ArGV 1-ArGV 2, 113-1.

¹¹⁷ VON KAENEL, Ständige Erreichbarkeit, 4, übernommen in RUDOLPH/VON KAENEL, 198.

¹¹⁸ RUDOLPH/VON KAENEL, 207.

tes.¹¹⁹ Beim Pikettdienst hält sich die Arbeitnehmerin, der Arbeitnehmer «neben der normalen Arbeit» für Sonderereignisse wie die Behebung von Störungen oder die Hilfeleistung in Notsituationen bereit (Art. 14 Abs. 1 ArGV 1). Der Pikettdienst ist keine typische Telearbeit. Die Telearbeit leistende Person muss während der «normalen» Arbeitszeit für übliche Aufgaben erreichbar sein. Telearbeit wird folglich im Allgemeinen nicht als Pikettdienst gemäss diesen Bestimmungen qualifiziert. Demzufolge findet Artikel 15 Absatz 2 ArGV 1, der den Pikettdienst ohne tatsächliche Arbeit von der Arbeitszeit ausschliesst, keine Anwendung auf die Zeitspanne, in welcher die Telearbeiterin oder der Telearbeiter nicht arbeitet, aber das Mobiltelefon bei sich trägt, um auf Anrufe zu antworten. Diese Zeit kann somit als Arbeitszeit qualifiziert werden.

Es könnte jedoch eine sinngemässe Anwendung der Bestimmungen über Pikettdienst in Erwägung gezogen werden. Sie würde auf jeden Fall vom Einzelfall abhängen. So ist Artikel 15 Absatz 2 ArGV 1 umso weniger relevant, je mehr die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer davon ausgehen muss, aus irgendeinem Grund wie beispielsweise einer Frage, einer Präzisierung oder einer Besprechung kontaktiert zu werden und nicht nur bei Sonderereignissen. Artikel 14 Absatz 2–4 ArGV 1 können sich als nützliche Orientierungshilfe für die Telearbeit erweisen. Diese Bestimmungen zeigen, dass die Zeiträume, in denen die Person verfügbar ist, zu begrenzen sind, obwohl sie nicht als Arbeitszeit gelten und demzufolge die täglichen und wöchentlichen Höchstarbeitszeiten nicht anwendbar sind.

Artikel 13 Absatz 1 ArGV 1 bezieht sich ausdrücklich auf Artikel 6 Absatz 2 ArG. Damit wird darauf hingewiesen, dass Artikel 6 Absatz 2 ArG nur für die Arbeitszeit gilt. Daraus folgt, dass der Schutz vor Überbeanspruchung nach Artikel 6 Absatz 2 ArG ausschliesslich für die als Arbeitszeit qualifizierte Zeit gewährleistet wird und die Erreichbarkeitszeiten, die nicht als Arbeitszeit gelten, gemäss dem System des ArG nicht zur Überbeanspruchung führen können. Es ist demnach umso wichtiger, dass die Qualifizierung als Arbeitszeit unter dem Blickwinkel der potenziellen Gesundheitsbeeinträchtigung erfolgt und dass ausschliesslich in jenen in Fällen nicht von Arbeitszeit ausgegangen wird, in denen die Erreichbarkeit die Gesundheit der Telearbeiterin oder des Telearbeiters nicht beeinträchtigt.

Zusammengefasst hängt die Definition der Arbeitszeit nach ArG und ArGV 1 nicht vom Ort der Erfüllung der Arbeitsleistung ab. Dieser Ort kann sich ausserhalb des Betriebes befinden. Telearbeit stellt somit diesbezüglich keine besonderen Probleme. Die Arbeitszeit beschränkt sich zudem nicht auf die tatsächlich gearbeitete Zeit, sondern schliesst auch die Zeit ein, während der sich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung hält. Dies impliziert, dass die Zeit, während der die beschäftigte Person erreichbar sein muss, ohne tatsächlich zu arbeiten, nach heutiger Regelung als Arbeitszeit erfasst werden kann. Nicht ganz klar ist hingegen, ob potenziell erreichbare Arbeitnehmende dem Arbeitgeber im Sinne des Gesetzes zur Verfügung stehen. Dabei ist sicherlich das Kriterium zu berücksichtigen, wie stark eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer die Zeit im Dienste des Arbeitgebers nutzt. Ausserdem sind aufgrund des Schutzzwecks des ArG die gesundheitlichen Folgen der ständigen Erreichbarkeit zu beachten. Auf jeden Fall müssen immer die konkreten Umstände geprüft werden. Es besteht somit eine Unsicherheit bei der Qualifizierung der Arbeitszeit in Situationen der Telearbeit mit flexibler Arbeits- und Präsenzzeit. Schliesslich sind die Bestimmungen über den Pikettdienst auf die Telearbeit nicht direkt anwendbar, ausser es handelt sich um besondere Umstände. In gewissen Situationen kann jedoch eine sinngemässe Anwendung in Erwägung gezogen werden. Die zeitlichen Grenzen, die für den Pikettdienst unabhängig von dessen Qualifizierung als Arbeitszeit gelten, können nützliche Anhaltspunkte in Bezug auf die Erreichbarkeit der Telearbeitenden liefern.

¹¹⁹ SECO, Wegleitung zu ArG-ArGV 1-ArGV 2, 114-1.

Privates Arbeitsrecht

Im privaten Arbeitsrecht wird die Arbeitszeit anders definiert. Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Arbeit auf Abruf entschieden, dass die Zeit ohne effektive Tätigkeit, welche von der Arbeitnehmerin oder vom Arbeitnehmer im Betrieb oder ausserhalb davon zur Verfügung gestellt wird, als Arbeitszeit zu qualifizieren ist, die bei Leistung innerhalb des Betriebs zu hundert Prozent und ausserhalb des Betriebs zu einem reduzierten Satz zu entschädigen ist.¹²⁰ Die Parteien können von dieser Regelung mit einer Vereinbarung abweichen und jede Entschädigung ausschliessen. Sie sind jedoch nicht vollkommen frei, denn der Ausschluss jeder Entschädigung darf keine plötzlichen Lohnveränderungen zur Folge haben, welche die beschäftigte Person ihrer existenziellen Mittel berauben und so zum Beispiel den Schutz durch Kündigungsfristen vollkommen aushöhlen.¹²¹ Telearbeit kann nicht mit Arbeit auf Abruf verglichen werden: Telearbeitende erhalten in der Regel ein fixes Gehalt und leisten ihre Arbeit während einer vertraglich festgelegten Zeit. Trotzdem stellt sich die Frage, wie die Zeit, während der die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nicht arbeitet aber erreichbar sein muss, entschädigt wird.

7.4.1.4 Arbeitsweg und Arbeitszeit

Die Qualifizierung des Arbeitswegs als Arbeitszeit kann in Verbindung mit der Telearbeit besondere Fragen aufwerfen. Nach dem Privatrecht gilt der Weg zur Arbeit nicht als Arbeitszeit, da die beschäftigte Person ihre Arbeitskraft nicht dem Arbeitgeber zur Verfügung stellt. Die gleiche Regel gilt im öffentlichen Recht (Art. 13 Abs. 1 ArGV 1). Die Zeit, um sich an einen anderen Ort als den Arbeitsort zu begeben, ist jedoch als Arbeitszeit zu qualifizieren, zum Beispiel bei Dienstreisen. Auch hier besteht im öffentlichen Recht eine ähnliche Norm (Art. 13 Abs. 2 ArGV 1). Bei regelmässiger alternierender Telearbeit findet die allgemeine Regelung für den Weg in die Räumlichkeiten des Arbeitgebers an Büroarbeitstagen Anwendung. Anders könnte es sich verhalten, wenn die Telearbeiterin oder der Telearbeiter zu Hause arbeitet und aufgefordert wird, beispielsweise für eine Sitzung in den Betrieb zu kommen: Je nachdem, ob die Räumlichkeiten des Arbeitgebers auch an den vereinbarten Telearbeitstagen als Arbeitsort zu qualifizieren sind, fällt die Antwort anders aus. Die Regelung im öffentlichen Recht, wonach die Wegzeit bei einem Einsatz während des Pikettdienstes als Arbeitszeit gilt, könnte dabei als Inspirationsquelle dienen (vgl. Art. 15 Abs. 2 ArGV 1).

7.4.2 Lohn

Der Lohn ist die Hauptleistung, die vom Arbeitgeber aus dem Arbeitsvertrag geschuldet ist (Art. 319 Abs. 1 OR). Die Pflicht zur Entrichtung eines Lohnes ist bei Telearbeit nicht anders. Der Lohn für Heimarbeit richtet sich nach Artikel 4 Absatz 1 HArG nach den im eigenen Betrieb für gleichwertige Arbeit geltenden Ansätzen. Diese Norm fordert folglich die Gleichbehandlung von Heimarbeitnehmenden und im Betrieb Arbeitenden. Sie ist eine Ausnahme von der Möglichkeit der Parteien im privaten Arbeitsrecht, den Lohn frei zu bestimmen (Art. 322 Abs. 1 OR). Es stellt sich die Frage, ob es gerechtfertigt ist, dass die Telearbeit keine entsprechende Vorschrift kennt. Es handelt sich dabei um zwei unterschiedliche Situationen. Auf der einen Seite erleiden Arbeitende, die bereits in den Räumlichkeiten der Organisation arbeiten, keine Lohnminderung, wenn sie mit dem Arbeitgeber eine Vereinbarung für Telearbeit abschliessen. Auf der anderen Seite ist die soziale und berufliche Situation der traditio-

¹²⁰ BGE 124 III 249 E. 3a.

¹²¹ BGE 125 III 65 E. 4b, aa.

nellen Heimarbeitnehmenden und der Telearbeitenden nicht dieselbe. Letztere sind in der Regel qualifiziert, typischerweise nicht arm und leisten die Telearbeit nicht für einen Zusatzverdienst. Sie sind auch nicht von den Bestellungen ihres Arbeitgebers abhängig. Die Situation der Telearbeiterinnen und Telearbeiter birgt jedoch ebenfalls Risiken. Die Isolation bzw. die Tatsache, dass sie von den anderen Mitarbeitenden entfernt und nicht auf die gleiche Weise im Betrieb präsent sind, sind Elemente, die vielleicht keinen Einfluss auf die Festlegung des Lohnes, aber zumindest auf dessen Entwicklung haben. Denn Telearbeitende laufen Gefahr, dass sie von ihren Vorgesetzten nicht wahrgenommen und ihre Leistungen weniger anerkannt werden. Dadurch riskieren sie auch, bei einer Beförderung nicht in einer guten Ausgangslage zu sein.

Nach Artikel 4 Absatz 1 HArG ist ausserdem den mit der Heimarbeit verbundenen Mehr- und Minderaufwendungen für Arbeitgeber und Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer angemessen Rechnung zu tragen. Die Frage der Kostenübernahme wird anschliessend behandelt (siehe Ziff. 7.6). Mit Telearbeit kann der Arbeitgeber Kosten für Räume, Infrastruktur oder Material sparen, wenn die Telearbeitenden Verbindungen oder Geräte nutzen, über die sie für den privaten Bedarf verfügen. Die Überwälzung der Kosten auf die Arbeitnehmenden kann zum Teil über die Regelung des Auslagenersatzes gelöst werden. Wenn dies nicht möglich ist, kann Artikel 4 Absatz 1 HArG für die Telearbeit relevant sein. Sie bietet jedoch nicht unter allen Umständen eine angemessene Lösung. Eine Regelung auf der Ebene der Unkostenvergütung wäre dem deshalb vorzuziehen.

Ob die Zeitspanne, in welcher Telearbeitende erreichbar sind, als Arbeitszeit qualifiziert wird oder nicht, hat einen direkten Einfluss auf den geschuldeten Lohn. Wenn der Lohn von der Arbeitszeit abhängt, ist die Auswirkung auf diesen offensichtlich. Wenn der Lohn fix und die Normalarbeitszeit im Vertrag festgelegt ist, könnte die vertraglich vereinbarte Dauer je nach Qualifizierung dieser Zeitspanne überschritten werden und eine Kompensierung, allenfalls in Form von Geld, für die Überstunden geschuldet sein.

7.4.3 Ferien

Alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben Anspruch auf vier oder, wenn sie das 20. Altersjahr noch nicht vollendet haben (Art. 329a Abs. 1 OR), auf fünf Wochen Ferien pro Jahr. Diese Vorschrift gilt auch für die Telearbeit. Aufgrund des Vermischens der Grenzen zwischen Privat- und Berufsleben sowie der von Telearbeitenden allenfalls geforderten regelmässigeren Erreichbarkeit könnte eine erhöhte Gefahr bestehen, dass während der Ferien E-Mails geprüft oder Anrufe beantwortet werden. Diese würden dadurch ihre primäre, im System des Arbeitnehmerschutzes sehr wichtige Erholungs- und Ruhefunktion verlieren. Der Arbeitgeber könnte daher gezwungen sein, zur Kompensation Ferientage zu gewähren.¹²² Deswegen ist es bei Telearbeit erforderlich, dass diesbezüglich klare Grenzen gesetzt werden.

7.5 Arbeitsverhinderung

7.5.1 Im Allgemeinen

Nach Artikel 324a OR besteht die Pflicht, einer arbeitnehmenden Person, die ohne ihr Verschulden aus Gründen, die in ihrer Person liegen, an der Arbeitsleistung verhindert ist, den Lohn zu entrichten. Die Verhinderung kann beispielsweise wegen einer Krankheit, eines Unfalls oder der Erfüllung gesetzlicher Pflichten erfolgen. Diese Regelung gilt auch für die Tele-

¹²² DUNAND, 52; FANTI, 175.

arbeit. Telearbeitende haben bei Erfüllung der Voraussetzungen somit Anspruch auf die entsprechende Ausrichtung des Lohns.

Die Pflicht zur Lohnentrichtung fällt dahin, wenn die betroffene Person auf Grund gesetzlicher Vorschrift gegen die wirtschaftlichen Folgen unverschuldeter Arbeitsverhinderung obligatorisch versichert ist und während der Arbeitsverhinderung vier Fünftel ihres Lohns erhält (Art. 324b Abs. 1 OR). Sind die Versicherungsleistungen geringer, so hat der Arbeitgeber die Differenz zwischen diesen und vier Fünfteln des Lohnes zu entrichten (Art. 324b Abs. 2 OR). Wenn die Versicherungsleistungen erst nach einer Wartezeit gewährt werden, hat der Arbeitgeber für diese Zeit mindestens vier Fünftel des Lohns zu entrichten (Art. 324b Abs. 3 OR).

Der Arbeitgeber ist zudem von seiner Lohnfortzahlungspflicht befreit, wenn der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer durch schriftliche Abrede, Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag ein gleichwertiger Schutz garantiert wird (Art. 324a Abs. 4 OR). Ein solcher Schutz wird in der Praxis mit dem Abschluss einer Erwerbsausfallversicherung erreicht.

7.5.2 Bei einem Heimarbeitsvertrag

Artikel 324a OR gilt nur für Arbeitsverhältnisse, die mehr als drei Monate gedauert haben oder die für mehr als drei Monate abgeschlossen wurden. Demzufolge erhalten Beschäftigte bei kurz andauernden Verpflichtungen keinen Lohn bei Arbeitsverhinderung. Telearbeit ist von dieser Regelung nicht spezifisch betroffen, da kurze und punktuelle Verpflichtungen für sie nicht charakteristisch sind. Telearbeitende unterliegen jedoch einer Einschränkung, wenn ihr Vertrag als Heimarbeitsvertrag gilt. In diesen Fällen findet Artikel 324a OR nur dann Anwendung, wenn sie «ununterbrochen» beschäftigt werden (Art. 353b Abs. 1 OR). Die Beschäftigung ist dann eine ununterbrochene, wenn das Arbeitsverhältnis auf Dauer abgeschlossen wird und nicht auf die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe beschränkt ist. Der Arbeitgeber liefert also auf Dauer immer wieder Arbeiten, da er sich zu Beginn dazu verpflichtet hat oder weil sich ein solches Verhältnis mit der Zeit etabliert hat.¹²³ Die Arbeit kann Teilzeit oder Vollzeit ausgeübt werden, unregelmässig sein oder – anders als der Begriff «ununterbrochen» vermuten lässt – kurz unterbrochen werden.¹²⁴ Ein Vertrag über gelegentliche Heimarbeit ist hingegen an die Ausführung einer punktuellen Aufgabe geknüpft. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber sind anschliessend frei, weitere Arbeitsaufträge auszugeben bzw. zu übernehmen.¹²⁵ Der Gesetzgeber ging davon aus, dass diese gelegentlichen Verträge kurzfristig sind und nur selten länger als drei Monate andauern.¹²⁶ Aus Gründen der Rechtssicherheit willen hat er entschieden, die Anwendbarkeit von Artikel 324a OR bei gelegentlicher Heimarbeit unabhängig von der Dauer auszuschliessen.¹²⁷ Gemäss einer Lehrmeinung sind Tätigkeiten von einer gewissen Dauer immer als ununterbrochen zu betrachten, auch wenn eine einzige Aufgabe erfüllt wird.¹²⁸ Diese Meinung stützt sich auf die Ansicht des Gesetzgebers und auf Artikel 8 des alten HArG, von wo diese Bestimmung ursprünglich stammt. Das Arbeitsverhältnis gilt zudem als ununterbrochen, wenn die Verträge über die gelegentlichen Tätigkeiten als Kettenverträge zu betrachten sind: Diese sind rechtsmissbräuchlich und vom Arbeitsvertragsrecht verboten.¹²⁹

¹²³ FRANZ WALDNER, 143; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad Art. 353a OR; BK-REHBINDER, N 1 ad Art. 353a OR; VISCHER/MÜLLER, § 29 N 16.

¹²⁴ AUBERT (Travail à domicile), 6; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad Art. 353a OR; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad Art. 353–354 OR.

¹²⁵ Botschaft 1967, 417.

¹²⁶ *Ebd.*

¹²⁷ Botschaft 1967, 417.

¹²⁸ AUBERT, D., N 19 ad Art. 354 OR.

¹²⁹ BGE 119 V 46 E. 1c.

Telearbeitende werden bei einer Arbeitsverhinderung nur selten gestützt auf Artikel 353b Absatz 1 OR keinen Lohn erhalten. Denn die Telearbeitsverhältnisse können, wie bereits gesehen,¹³⁰ selten als Heimarbeitsverträge qualifiziert werden. Des Weiteren fallen sie auch nicht immer unter die Kategorie der gelegentlichen Tätigkeiten. Diese Bestimmung hat jedoch eine Lücke im Arbeitnehmerschutz geschaffen, die heute nur schwer zu rechtfertigen ist. Damals wollte der Gesetzgeber die Rechtssicherheit garantieren, indem die Lohnauszahlung bei Verhinderung unabhängig von der Dauer der gelegentlichen Verhältnisse ausgeschlossen wurde. Heute ist der Rechtsanwender mit der Vorschrift nach Artikel 324a Absatz 1 OR gut vertraut und die Bestimmung, wann ein Arbeitsverhältnis für mehr als drei Monate abgeschlossen wurde oder länger als drei Monate gedauert hat, ist in der Praxis etabliert.¹³¹ Dass bei gelegentlicher Heimarbeit von mehr als drei Monaten kein Lohn ausgerichtet wird, kann daher zurecht angezweifelt werden, ebenso wie die Unterscheidung zwischen ununterbrochener und gelegentlicher Tätigkeit.¹³² Diese Unterscheidung hat noch weitere Rechtsfolgen, beispielsweise für die Lohnauszahlung, die bei gelegentlicher Tätigkeit erst bei Vertragsende erfolgt (Art. 353a Abs. 1 OR).

7.6 Arbeitsgeräte und Auslagen

7.6.1 Situation bei Telearbeit

In Bezug auf die Beschaffung des benötigten Materials für die Arbeit ausserhalb des Büros bestehen mehrere Möglichkeiten. Die Telearbeitenden können vom Arbeitgeber ein Notebook oder ein Mobiltelefon erhalten, deren Nutzung zu privaten Zwecken zulässig sein kann, aber nicht muss. Die Telearbeitenden können auch ihre privaten Geräte zur Verrichtung der Telearbeit nutzen. Die Nutzung der privaten Ausrüstung im Büro, bekannt unter dem englischen Namen BYOD (Bring your own device, Bringen Sie Ihre eigenen Geräte mit), hat sich in den letzten Jahren stark entwickelt und wird wahrscheinlich noch zunehmen.¹³³ Informatik- oder Kommunikationsmittel können auch unabhängig von einer Vereinbarung über die Telearbeit benutzt werden. Das würde bedeuten, dass nicht zwingend Telearbeit im engen Sinn, sondern Fernarbeit geleistet wird. Es kann sich beispielsweise lediglich um den Zugriff auf die beruflichen E-Mails auf einem Smartphone oder einem privaten Computer handeln.

Bei Telearbeit zu Hause verwendet die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die privaten Räume, Möbel und Einrichtungen wie etwa das eigene Modem, den privaten Drucker oder Festnetzanschluss anstelle des Büros und der Ausrüstung des Betriebs. Zudem wird die betroffene Person den Netzanschluss verwenden, den sie für ihre privaten Bedürfnisse hat einrichten lassen (Abonnement für Festanschluss oder Internet und allenfalls für das Mobiltelefon). Demzufolge gehen ihre beruflichen Gespräche zulasten ihres privaten Internetabonnements, ihres Festnetz- oder, je nach Arbeitssituation, ihres Mobiltelefonabonnements. Es stellt sich die Frage, ob sich diese Konstellationen, bei welchen eine unklare Trennung von Privat- und Berufssphäre typisch ist, durch die heutigen Bestimmungen über die Bereitstellung von Material und den Auslagenersatz erfassen lassen.

¹³⁰ Siehe Ziff. 6.3.2.

¹³¹ BGE 131 III 623 E. 2.3. und 2.4.

¹³² In diesem Sinn: BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 4 ad Art. 353–354 OR, und BK-REHBINDER, N 4 ad Art. 353b OR, zur Ausnahme von Art. 324a OR und zur Unterscheidung selbst SUBILIA/DUC, N 16 ad Art. 351 OR; VISCHER/MÜLLER, § 29 Nr. 20.

¹³³ Siehe FANTI, 168–169; BIRKHÄUSER/HADORN, 201; PORTMANN, 42.

7.6.2 Bestimmungen zur Bereitstellung von Material und zum Auslagenersatz

Nach Artikel 327 Absatz 1 OR ist die Bereitstellung der Arbeitsgeräte und des Materials Sache des Arbeitgebers. Wenn der Arbeitgeber das nötige Material nicht liefert, gerät er in Verzug und muss den Lohn selbst dann entrichten, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer keine Arbeitsleistung erbringt (Art. 324 Abs. 1 OR). Sofern verabredet oder üblich, können die Beschäftigten die Arbeitsgeräte oder das Material auch selbst zur Verfügung stellen. In diesem Fall sind sie nach Artikel 327 Absatz 2 OR angemessen zu entschädigen. Gemäss dieser Bestimmung darf jedoch ausdrücklich etwas anderes verabredet oder üblich sein. Es handelt sich somit um eine dispositive Rechtsnorm. Folglich können sowohl die Bereitstellung von Arbeitsgeräten und -material als auch die entsprechenden Auslagen zulasten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers gehen.

Die notwendigen Auslagen für die Ausführung der Arbeit sind vom Arbeitgeber zu ersetzen (Art. 327a Abs. 1). Davon kann ausschliesslich zugunsten der Arbeitnehmenden abgewichen werden (Art. 327a Abs. 3 und 362 OR). Der Arbeitgeber kann die Auslagen somit nicht teilweise oder ganz auf die Angestellten überwälzen. Es kann höchstens durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag eine feste Entschädigung als Auslagenersatz festgesetzt werden, die jedoch alle notwendig entstehenden Auslagen decken muss (Art. 327a Abs. 2 OR).

Nach Artikel 5 Absatz 1 HArG hat der Arbeitgeber die Auslagen für Arbeitsgeräte zu ersetzen. Im Gegensatz zu Artikel 327 OR ist dies eine zwingende Bestimmung. Sie findet jedoch keine Anwendung auf die Telearbeit, da jene nicht als Heimarbeit im Sinne des HArG qualifiziert werden kann. Die Heimarbeit ist auf gewerbliche und industrielle Hand- und Maschinenarbeit beschränkt (Art. 1 Abs. 4 HArG).

7.6.3 Konsequenzen für die Telearbeit

7.6.3.1 Vorgängiges Einverständnis des Arbeitgebers

Die vorstehend genannten Bestimmungen bedeuten zunächst, dass Arbeitnehmende keinen Auslagenersatz fordern können, wenn sie sich entscheiden, ihre privaten Geräte zu nutzen oder sich ein Mobiltelefon oder einen Computer zu beschaffen, um ausserhalb des Büros arbeiten zu können. Der Arbeitgeber muss dem zustimmen (vielleicht mit Ausnahme von Notfällen, in welchen der spontane Einsatz klar den Interessen des Arbeitgebers dient). Grundsätzlich bedarf es der Zustimmung des Arbeitgebers, damit Telearbeit überhaupt ausgeführt werden kann (Ziff. 7.2). Liegt eine solche Zustimmung vor, hat dies eine Auswirkung auf den Ersatz der Auslagen. Die Genehmigung kann allerdings auch stillschweigend erfolgen. Demzufolge kann der diesbezüglich informierte Arbeitgeber die Bezahlung der Auslagen nicht verweigern.

7.6.3.2 Zwingende Bestimmungen: Verhältnis von Artikel 327 und Artikel 327a OR

Nach Artikel 327 OR ist es möglich, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Auslagen für Arbeitsgeräte und -material tragen zu lassen. Artikel 327a OR hingegen ist zwingendes Recht und verlangt, dass der Arbeitgeber durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehende Auslagen ersetzt. Somit stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die beiden Bestimmungen stehen, d.h. welche Vorrang hat. Je nach Antwort können die Auslagen auf die Beschäftigten überwälzt werden oder nicht.

Das Verhältnis zwischen Artikel 327 und 327a OR ist umstritten. Ein Teil der Rechtsprechung und der Lehre qualifiziert Artikel 327 OR als Spezialbestimmung in Abweichung von

der allgemeinen zwingenden Bestimmung nach Artikel 327a OR.¹³⁴ Ein anderer Teil privilegiert den zwingenden Charakter von Artikel 327a OR und lehnt es unabhängig von der Art der nötigen Auslagen für die Ausführung der Arbeit, dass Arbeitnehmende diese übernehmen müssen.¹³⁵ Andere Autoren subsumieren gewisse Güter wie die Berufskleidung unter Geräte und Material, unterstellen die entsprechenden Auslagen jedoch Artikel 327a OR.¹³⁶ Dadurch wird offenbar der zwingenden Bestimmung nach Artikel 327a OR Vorrang eingeräumt, ohne dass dies jedoch ausdrücklich festgehalten würde. Ein Autor betont den Widerspruch zwischen den zwei Bestimmungen und zieht einen Gesetzestext vor, das Artikel 327a OR den Vorrang gibt.¹³⁷

7.6.3.3 Begriff der Arbeitsgeräte und des Materials gemäss Art. 327 OR

Insbesondere wenn anerkannt wird, dass Artikel 327a OR Vorrang vor Artikel 327 OR hat, muss eine weitere Frage beantwortet werden: Welche Güter gelten als Arbeitsgerät und Material? Diese Qualifikation ist nicht in jedem Fall einfach vorzunehmen. Ein Telefon oder ein Notebook sind Arbeitsgeräte, während Stromkosten, Miete und Abonnemente in die Kategorie der Auslagen nach Artikel 327a OR fallen. Hingegen kann kurzfristiges Verbrauchsmaterial wie Papier oder Druckerpatronen zu Definitionsproblemen führen. Laut einer Lehrmeinung sollte diese Kategorie vom Material im Sinn von Artikel 327 OR ausgenommen werden, womit die entsprechenden Auslagen auch nicht zulasten der Arbeitnehmenden gehen dürften.¹³⁸

7.6.3.4 Durch Telearbeit «notwendig entstehende» Auslagen

Nach Artikel 327a Absatz 1 OR hat der Arbeitgeber im Gegensatz zu den Auslagen für den persönlichen Komfort «alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen».¹³⁹ Die Arbeitsausführung muss also der Grund für die Entstehung der Auslagen sein. Die Lehre anerkennt die subjektive Einschätzung einer sorgfältigen Arbeitnehmenden oder eines sorgfältigen Arbeitnehmers als Kriterium zur Bestimmung der Notwendigkeit der Auslagen.¹⁴⁰ Auch Artikel 327 Absatz 1 OR verpflichtet zur Ausrüstung der arbeitnehmenden Person mit den Geräten und dem Material, die diese zur Arbeit «benötigt».

Wenn die angestellte Person ihre Arbeitsleistung im Büro erbringen kann und aus persönlichen Gründen Telearbeit leistet, stellt sich die grundsätzliche Frage, ob die durch die Telearbeit entstehenden Auslagen im Sinne von Artikel 327 Absatz 1 OR überhaupt notwendig sind. Aufgrund einer relativ weit entwickelten steuerrechtlichen Praxis, die dies eher verneint (siehe Ziff. 7.12 unten), lohnt es sich, diese mögliche Auslegung zu prüfen. Im Steuerrecht können Arbeitnehmende, die ihre Arbeit in den Betriebsräumen erledigen können, ihre Auslagen für die Telearbeit nicht von den Steuern abziehen, da diese für die Erzielung des Einkommens nicht erforderlich sind. Dieser Auslegung schliessen sich die wenigen Lehrmeinungen, an die sich dazu in Verbindung mit den Artikeln 327 und 327a OR geäußert haben.¹⁴¹ Eine Neuerung bei der Telearbeit besteht darin, dass die Arbeit an zwei Orten geleis-

¹³⁴ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt, JAR 2009, 663 E. 4; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 3 ad Art. 327 OR; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 4 ad Art. 327 OR; ZK-STAEHELIN, N 7 ad Art. 327 OR; MÜLLER/STENGEL, IV, 1, a; REUTTER/KLAUS, 160 Fussnote 8.

¹³⁵ Appellationsgericht Basel-Stadt, BJM 2005, 141, E. 3a; BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, N 2 ad Art. 327 OR; CARUZZO, N 1 ad Art. 327 OR.

¹³⁶ BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 2 ad Art. 327 OR und N 3 ad Art. 327a OR; ZK-STAEHELIN, N 1 ad Art. 327 OR und N 2 ad Art. 327a OR, Art. 327 OR wird in N 7 ad Art. 327 OR jedoch als Lex specialis anerkannt.

¹³⁷ CR-AUBERT, N 2 ad Art. 327 OR.

¹³⁸ PULVER, 31–32, 214.3.

¹³⁹ Urteil des Bundesgerichts 4C.315/2004 vom 13. Dezember 2004 E. 2.2.

¹⁴⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad Art. 327a OR; ZK-STAEHELIN, N 2 ad Art. 327a OR; BRUNOLD, N 18.

¹⁴¹ Hauptsächlich CARCAGNI ROESLER, 88–90 und DOMENIG, N 751 ff.

tet werden kann und die betroffene Person je nach Konstellation nach ihren Interessen entscheiden kann, an welchem der beiden Orte sie ihre Arbeit erbringt. Hinsichtlich der notwendig entstandenen Auslagen wäre die Folge, dass der Arbeitgeber nur die Kosten für den Arbeitsplatz im Betrieb tragen müsste.

In der Rechtsprechung zum Arbeitsrecht ist dieser Punkt noch nicht beurteilt worden. In der erwähnten Lehre vertritt eine Autorin die Meinung, dass die Auslagen für die Telearbeit nur dann notwendig sind, wenn die angestellte Person einerseits nicht die Möglichkeit hat, die Arbeitsleistung in den Räumlichkeiten des Unternehmens zu erbringen – weil sie kein Büro hat oder weil das Büro an den Telearbeitstagen besetzt ist –, und andererseits, wenn die Telearbeit auf Ersuchen des Arbeitgebers erbracht wird.¹⁴² Für einen anderen Autor genügt es, wenn die Arbeitsleistung in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers erbracht werden kann, damit die Auslagen für die Telearbeit nicht mehr als notwendig erachtet werden müssen.¹⁴³ Wenn die beschäftigte Person aus persönlichen Gründen beschliesst, ausserhalb der Räume des Arbeitgebers zu arbeiten, sind die Auslagen gemäss diesem Autor als persönliche oder private Auslagen zu betrachten, auch wenn der Arbeitgeber der Telearbeit zugestimmt hat.¹⁴⁴

Der steuerrechtliche Ansatz kann jedoch nur schwer auf das Vertragsrecht übertragen werden. Erstens genügt die materielle Möglichkeit, die Arbeitsleistung in den Räumlichkeiten des Unternehmens zu erbringen, nicht. Die angestellte Person muss auch tatsächlich frei sein, ihre Leistung in den Räumlichkeiten des Unternehmens zu erbringen, oder muss die Wahl gehabt haben, sich für Telearbeit zu entscheiden. Denn durch die Telearbeit auf Anordnung des Arbeitgebers hin entstehen Auslagen, die dafür notwendig sind. Zweitens basiert die Erbringung der Arbeitsleistung in Form von Telearbeit auch dann auf einer Vereinbarung von zwei Parteien, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer wählen kann, d.h. über eine gewisse Autonomie verfügt, oder wenn sie oder er selbst Telearbeit wünscht und den vollen Nutzen daraus zieht. Es kann demnach nicht vorweg ausgeschlossen werden, dass diese Vereinbarung massgebend dafür ist, was als «Ausführung der Arbeit» im Sinne von Artikel 327a Absatz 1 OR gilt, aus der sich «notwendig entstehende», zu ersetzende Auslagen ergeben. Die Vereinbarung scheint vielmehr eine angemessene Auslegungsgrundlage zu bieten. Das gilt ebenfalls bezüglich der Geräte und des Materials, die die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach Artikel 327 Absatz 1 OR «benötigt». Die oben zitierten Lehrmeinungen schliessen diese weitere, auf die Vereinbarung zwischen den Parteien gestützte Auslegung aus, und wählen eine engere. Gemäss dieser Interpretation muss die Art der Erbringung der Arbeitsleistung nicht nur vom Arbeitgeber genehmigt werden, damit die Auslagen als notwendig gelten, sie muss zudem den Interessen des Arbeitgebers dienen und nicht jenen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers.¹⁴⁵ Die dafür angeführten Argumente sind zwar vertretbar, doch lässt sich kein überzeugender und endgültiger Schluss daraus ziehen. Denn die Auslagen für den persönlichen Komfort sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zwar vom Geltungsbereich von Artikel 327a OR ausgeschlossen¹⁴⁶, doch führt eine vom Arbeitgeber akzeptierte Form der Arbeitsausführung nicht zwingend zu Auslagen für den persönlichen Komfort. In der Botschaft des Bundesrates von 1967 ist ausserdem eindeutig die Rede von Auslagen, die bei der Ausführung der «vertraglichen» Arbeit gemacht werden. Dort werden diese als Auslagen definiert, «die gemacht werden müssen, damit die übertragene Arbeit ausgeführt werden kann».¹⁴⁷ Die Erwähnung des Interesses des Arbeit-

¹⁴² CARCAGNI ROESLER, 88–90.

¹⁴³ DOMENIG, N 755 und 760.

¹⁴⁴ DOMENIG, N 760; ausserdem CARRUZZO, N 1 ad Art. 327a OR.

¹⁴⁵ Insbesondere DOMENIG, N 752 und 753, der der Auffassung ist, dass die Zustimmung des Arbeitgebers genügt.

¹⁴⁶ Zitiert von CARRUZZO, N 1 ad Art. 327a OR.

¹⁴⁷ Botschaft 1967, 340–341.

gebers¹⁴⁸ erscheint in diesem Zusammenhang nicht ausschlaggebend. Die Berücksichtigung des Interesses des Arbeitgebers bei der Beurteilung, welche Auslagen durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehen, ist im Übrigen umstritten.¹⁴⁹

Angesichts dieser Auslegungselemente kann die steuerrechtliche Praxis somit nicht ohne Weiteres auf das Arbeitsvertragsrecht übertragen werden. Diese Ansicht wurde allerdings in der Rechtsprechung bisher noch nicht bestätigt. Die wenigen Lehrmeinungen zu diesem Punkt sprechen sich überdies für eine Auslegung im Sinne des Steuerrechts aus. Aus diesen Lehrmeinungen lässt sich aber keine allgemeingültige Auslegung ableiten, die jede andere entkräften würde.

7.6.3.5 Geräte oder Material mit doppelter Nutzung (privat und beruflich)

Eine andere Frage betrifft die sowohl private wie auch berufliche Nutzung von Geräten oder Material. Können Arbeitnehmende, die ihre Privatgeräte nutzen, geltend machen, dass deren Nutzung durch die Arbeitsausführung im Sinne von Artikel 327a Absatz 1 OR notwendig ist? Die Notwendigkeit der entstandenen Auslagen könnte mit der Begründung verneint werden, dass die berufliche Nutzung nicht der entscheidende Grund dafür ist. Gemäss dieser Argumentation hätte die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Auslagen für den Kauf von Privatgeräten ohnehin gehabt, wobei die berufliche Nutzung bei Pauschalangeboten nichts an den Abonnementskosten ändert.¹⁵⁰ Dieses Argument kann auch für das private Mobiliar oder die Miete der privaten Wohnung gelten, zumindest dann, wenn die Ausübung der beruflichen Tätigkeit keine zusätzlichen Möbel oder die Miete eines weiteren Raums bedingt.¹⁵¹

Eine sinngemässe Anwendung von Artikel 327b OR über die Nutzung eines Privatfahrzeugs für die Arbeit würde zu einem anderen Ergebnis führen. Gemäss dieser Bestimmung muss der Arbeitgeber bei einer privaten wie auch beruflichen Nutzung des Fahrzeugs die Aufwendungen «nach Massgabe des Gebrauchs für die Arbeit» angemessen vergüten. Nebst den üblichen Aufwendungen für den Betrieb und den Unterhalt sind Arbeitnehmenden, die ein privates Fahrzeug stellen, zusätzliche Aufwendungen und eine angemessene Entschädigung für die Abnutzung geschuldet (Art. 327b Abs. 2 OR). Auf dieser Grundlage ist eine Beteiligung des Arbeitgebers an zumindest einem Teil der Anschaffungskosten für private Computer und Mobiltelefone oder an den Abonnementskosten denkbar.¹⁵²

Zwei Autoren vertreten eine weite Auslegung von Artikel 327a Absatz 1 OR. Diese stützt sich auf das Kriterium des Nutzens, den der Arbeitgeber unabhängig davon, ob die verwendeten Güter beim Erwerb für den privaten oder beruflichen Gebrauch vorgesehen waren, zieht.¹⁵³

7.6.3.6 Arbeit «an auswärtigen Arbeitsorten»

Schliesslich sieht Artikel 327a Absatz 1 OR vor, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die für den Unterhalt erforderlichen Aufwendungen ersetzt werden, wenn sie «an auswärtigen Arbeitsorten» arbeiten. Diese Bestimmung regelt den besonderen Fall, in dem die Aufwendungen für den persönlichen Unterhalt der Betroffenen als Auslagen betrachtet werden, was bei Kosten für den Arbeitsweg und die Verpflegung auf dem Weg ins Büro nicht der Fall

¹⁴⁸ Botschaft 1967, 341.

¹⁴⁹ BRUNOLD, N 15 und 18.

¹⁵⁰ Mögliche Auslegung gemäss STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad Art. 327a OR; BIRKHÄUSER/HADORN, 202.

¹⁵¹ In diesem Sinne in Bezug auf die Miete PULVER, 31; BEYELER, 5; CARRUZZO N 1 ad Art. 327a OR.

¹⁵² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Nr. 2 ad Art. 327a OR betreffend die Aufteilung der Kosten eines für den privaten Gebrauch erworbenen Generalabonnements, das jedoch für berufliche Fahrten genutzt wird. BIRKHÄUSER/HADORN, 202, und FANTI, 177, befürworten ebenfalls eine teilweise Übernahme der Kosten für das Telefonabonnement, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer ein privates Gerät nutzt.

¹⁵³ BRUNOLD, N 35; DOMENIG, N 750.

ist. Diese Bestimmung gilt nicht für die Telearbeit zu Hause, da der Wohnort einer zu Hause Telearbeit leistenden Person auch als ihr Arbeitsort gilt.¹⁵⁴ Mobile Telearbeitende, die sich zu Kunden begeben, werden jedoch entschädigt.

7.6.4 Problematische Punkte im Zusammenhang mit den Auslagen

7.6.4.1 Einführung

Im Folgenden soll aufgezeigt werden, bei welchen Punkten hinsichtlich der geltenden Bestimmungen rechtliche Risiken bestehen. Es werden auch Denkanstösse gegeben. Diese stellen eine Diskussionsgrundlage dar und lassen Schlussfolgerungen zu. Die allgemeinen Schlüsse sind Gegenstand der Synthese (Ziff. 10) und der Schlussfolgerung (Ziff. 11) des vorliegenden Berichts.

7.6.4.2 Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmenden über die Telearbeit

In Artikel 327a OR ist die Grundregel verankert: Nur die durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen werden ersetzt. Damit die Arbeit in Form von Telearbeit oder allgemein Fernarbeit ausgeführt werden kann, ist in der Regel jedoch die Zustimmung des Arbeitgebers erforderlich. Die Zustimmung ist somit eine Vorbedingung dafür, dass die Notwendigkeit der Auslagen anerkannt wird. Entscheidet sich eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer für den Kauf eines Notebooks, um ohne die Zustimmung des Arbeitgebers zu Hause zu arbeiten, kann sie oder er für diesen Kauf keinen Ersatz verlangen. Der Arbeitgeber kann hingegen zum Ersatz der Auslagen verpflichtet sein, wenn er der Fernarbeit stillschweigend zugestimmt hat.

Die Auswirkungen der Zustimmung auf die Übernahme der Auslagen sprechen in diesem Punkt für eine klare Regelung mit vorhersehbaren Folgen. Einerseits würden Arbeitnehmenden, die mit guter Absicht die Initiative ergreifen, um ihre Aufgaben effizienter zu erfüllen, die Auslagen nicht ersetzt. Es ist deshalb eine Regelung angezeigt, die ihnen klar vorgibt, unter welchen Bedingungen sie dies tun können. Andererseits könnte dem Arbeitgeber, der die Praxis der zumindest gelegentlichen oder auf gewisse Tätigkeiten wie E-Mail-Austausch beschränkten Telearbeit toleriert, allenfalls eine stillschweigende Einwilligung entgegengehalten werden, deren er sich nicht bewusst war.

7.6.4.3 Überwälzung der Auslagen auf die Telearbeitenden: Regelung des HARg für die Telearbeit?

Artikel 5 Absatz 1 HARg gilt nicht für die Telearbeit. Es könnte jedoch die Ansicht vertreten werden, dass diese Bestimmung auf die Telearbeit sinngemäss anwendbar ist, wenn der Schutz durch diese Bestimmung im Rahmen der gewerblichen oder industriellen Heimarbeit auch für die Telearbeit notwendig ist.

Es scheint einerseits, dass die abweichende Regelung nach Artikel 5 Absatz 1 HARg erklärbar ist. Die Einschränkung des HARg auf gewerbliche und industrielle Arbeiten ist vom Gesetzgeber gewollt. Bei der HARg-Revision, die zur Verabschiedung des Gesetzes von 1981 geführt hat, hat sich der Standpunkt durchgesetzt, dass nur Gewerbe- oder Industriearbeiterinnen und -arbeiter besser geschützt werden müssen. Ein Teil der Heimarbeitsverträge nach den Artikeln 351–355 OR genießt diesen Schutz daher nicht und untersteht der allgemeinen Regelung nach den Artikeln 327 und 327a OR. Das HARg, das im Übrigen verab-

¹⁵⁴ PULVER, 31.

schiedet wurde, als es die moderne Telearbeit noch nicht gab, regelt also ausschliesslich die traditionelle Heimarbeit. Auch das zur Arbeitsausführung verwendete Material ist anderer Natur, da die Arbeitsgeräte der Heimarbeiterinnen und -arbeiter oft Werkzeuge sind, während Telearbeitende Telekommunikationsmittel verwenden, die sie allenfalls bereits schon privat nutzen. Durch Telearbeit werden zudem Arbeiten ausgeführt, die die Arbeitnehmenden auch im Betrieb ausführen könnten. Telearbeitende hat oft ein eingerichtetes Büro im Betrieb.

Trotz diesen Unterschieden könnte aufgrund der Ähnlichkeit der Arbeitssituationen für die Telearbeit dieselbe Regelung in Betracht gezogen werden. Der Vorteil wäre, dass die Heimarbeit (gemäss HArG und OR) und die Telearbeit in derselben Bestimmung geregelt würden. Dies wäre umso mehr in Betracht zu ziehen, als die in Artikel 327 Absatz 2 OR vorgesehene Überwälzung der Auslagen für Geräte und Material auf die Arbeitnehmenden im Zusammenhang mit Artikel 327a Absatz 1 OR umstritten ist.

7.6.4.4 Durch die Ausführung der Arbeit «notwendig entstehende» Auslagen

In Bezug auf den Umfang der Auslagen, die nach Artikel 327a Absatz 1 OR zu ersetzen sind, sind verschiedene Auslegungen möglich. Je nach Auslegung muss die Person, die Telearbeit leisten will, dies auf eigene Kosten tun, wenn ihr der Arbeitgeber in seinen Räumlichkeiten einen Arbeitsplatz garantiert. Gemäss den Lehrmeinungen zu diesem Punkt genügt die Vereinbarung zwischen den beiden Parteien über die Erbringung der Arbeitsleistung in Form von Telearbeit nicht. Die Auslagen sind nur dann durch den Arbeitgeber zu ersetzen, wenn die Telearbeit in seinem Interesse geleistet wird. Demnach müssten Telearbeitende, die aus eigenem Interesse Telearbeit leisten wollen, diese selbst finanzieren. Falls sich dieser Ansatz durchsetzt, stellen sich verschiedene Fragen. Es müsste in jedem einzelnen Fall bestimmt werden, ob die Telearbeit eher den Interessen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers dient oder jenen des Arbeitgebers. Zudem wird bei diesem Ansatz davon ausgegangen, dass z.B. die Vereinbarkeit von Beruf und Familie ausschliesslich den Interessen der Arbeitnehmenden dient. Auf weniger unmittelbare Interessen wie die Mitarbeiterbindung, die erhöhte Motivation der Mitarbeitenden oder das Angebot attraktiver Arbeitsbedingungen, wird nicht eingegangen. In diesem Ansatz werden schliesslich lediglich die Interessen der Arbeitnehmenden und der Arbeitgeber einbezogen. Dies rechtfertigt sich deswegen, weil die auszulegende Bestimmung eine vertragliche Frage regelt. Es kann deswegen kein allgemeines, von den Interessen der Parteien unabhängiges Interesse an der Entwicklung der Telearbeit berücksichtigt werden.

Unabhängig davon, welche Auslegung bevorzugt werden sollte, ist zu berücksichtigen, dass Artikel 327a OR zu einer Zeit verabschiedet, in der es nicht üblich war, dass jemand zwei Arbeitsplätze hat. Die Telearbeit schafft somit eine neue Situation. Es ist folglich prüfenswert, ob die geltenden Regeln diesbezüglich noch angemessen sind.

7.6.4.5 Gemischte Nutzung: Regelung nach Art. 327b OR?

Eine Rechtsfolge von Artikel 327a Absatz 1 OR könnte sein, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die ihre privaten Räume oder Güter beruflich nutzen, dafür keine Vergütung erhalten, denn ihnen entstehen aus der beruflichen Nutzung keine zusätzlichen Auslagen. Sie müssen die Miete ohnehin bezahlen und haben ihre Möbel wie auch ihr privates Smartphone oder ihren privaten Computer unabhängig von ihrer beruflichen Tätigkeit erworben. Diese Gegenstände werden allerdings für den Berufszweck genutzt und auch abgenutzt.

Dies kann eine Kostenbeteiligung des Arbeitgebers rechtfertigen, wie sie in Artikel 327*b* OR bei beruflicher Nutzung eines Privatfahrzeugs vorgesehen ist.

7.7 Persönlichkeits- und Datenschutz

7.7.1 Allgemeines

Artikel 328 OR behandelt spezifisch den Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers. Diese Bestimmung, die alle Aspekte der Persönlichkeit schützt, wird in Artikel 328*b* OR in Bezug auf den Datenschutz konkretisiert. Nach dieser Bestimmung darf der Arbeitgeber zwei Datenarten bearbeiten: Daten zur Eignung der beschäftigten Person für das Arbeitsverhältnis sowie zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderliche Daten. Artikel 328*b* OR verweist zudem auf das Datenschutzgesetz (DSG).¹⁵⁵ Der Arbeitgeber muss demnach auch die Grundsätze und Vorschriften des DSG beachten, insbesondere die Verhältnismässigkeit, die Bearbeitung nach Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSG) sowie die Richtigkeit und Sicherheit der Daten (Art. 5 und 7 DSG). Artikel 328 und Artikel 328*b* OR stellen relativ zwingendes Recht dar (Art. 362 OR). Arbeitnehmende dürfen einer Regelung zu ihren Ungunsten wie dem Recht des Arbeitgebers, auf Daten zuzugreifen oder Privatkorrespondenz zu prüfen, nicht zustimmen. Gemäss Artikel 12 Absatz 1 und 13 Absatz 1 DSG ist eine Datenbearbeitung in Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich, wenn sie nicht durch Gesetz, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Einwilligung der verletzten Person gerechtfertigt ist.

Die Koordination von Artikel 328*b* OR, einer relativ zwingenden Bestimmung, mit den Rechtfertigungsgründen nach Artikel 13 DSG gestaltet sich schwierig und ist umstritten. Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass Artikel 328*b* OR die im DSG vorgesehenen Möglichkeiten einschränkt und dem Arbeitgeber Datenbearbeitungen verbietet, die nicht die Eignung der Arbeitnehmenden oder die Durchführung des Arbeitsvertrags betreffen.¹⁵⁶ Ein anderer Teil der Lehre ist der Auffassung, dass Artikel 328*b* OR das Prinzip der Verhältnismässigkeit und der Bearbeitung gemäss dem angegebenen Zweck (Art. 4 Abs. 2 und 3 DSG) konkretisiert, ohne die für die beiden genannten Zwecke erlaubten Bearbeitungen einzuschränken. Die in Artikel 328*b* OR definierten Zwecke würden sich nur so auswirken, dass bei einer mit ihnen konformen Bearbeitung eine rechtmässige Bearbeitung vermutet werden könne,¹⁵⁷ weshalb im Umkehrschluss vermutet werden könnte, dass Bearbeitungen zu anderen Zwecken unrechtmässig sind. Schliesslich findet sich in der Lehre eine dritte Meinung, nach welcher Artikel 328*b* OR keine eigene Tragweite hat.¹⁵⁸ Eine wichtige praktische Folge dieser Kontroverse betrifft die Zulässigkeit der Rechtfertigungsgründe nach Artikel 13 DSG, insbesondere die Einwilligung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers. Nach der ersten Lehrmeinung ist eine Datenbearbeitung zu anderen Zwecken als den in Artikel 328*b* OR erwähnten nicht gerechtfertigt, ausser sie liege im Interesse der betroffenen Person. Gemäss den anderen Meinungen können überwiegende private oder öffentliche Interessen in Betracht kommen, um eine Datenbearbeitung durch den Arbeitgeber zu anderen Zwecken zu rechtfertigen.¹⁵⁹ Unabhängig von diesen Standpunkten schliesst die Mehrheit unter Berücksichtigung des zwingenden Charakters der Bestimmung jedoch aus, dass Arbeitnehmende einer Verletzung

¹⁵⁵ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz, SR 235.1.

¹⁵⁶ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, N 2 ad Art. 328*b* OR; BRUNNER/WAEBER/BÜHLER/BRUCHEZ, N 1 ad Art. 328*b* OR; EDÖB (Datenbearbeitung), 6; CR-Aubert, N 1 ad Art. 328 OR; BSK-PORTMANN/RUDOLPH, N 7 und 26 ad Art. 328*b* OR; PÄRLI (Datenschutz), N 5 ad Art. 328*b* OR.

¹⁵⁷ MEIER, 2037, DUNAND, N 4 und 26 ad Art. 328*b*; PAPA/PIETRUSZAK, 579–580; SUBILIA/DUC, N 10 und 20 ad Art. 328*b* OR.

¹⁵⁸ BELSER, 65; PETER, 200.

¹⁵⁹ SUBILIA/DUC, N 20 ff. ad Art. 328*b* OR; PAPA/PIETRUSZAK, 580.

zustimmen können, die sich nicht im Rahmen von Artikel 328b OR bewegt.¹⁶⁰ Für andere Autoren ist es zulässig, dass Arbeitnehmende in eine Verletzung einwilligen, jedoch nur bei einer Bearbeitung in einem konkreten Fall und nicht allgemein und im Voraus, z.B. im Arbeitsvertrag.¹⁶¹ Die undifferenzierte Zulassung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund wird selten vertreten.¹⁶²

Bei diesen Bestimmungen handelt es sich um allgemeine Normen. Dies lässt somit eine Konkretisierung unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Telearbeit zu. Im Folgenden werden die konkreten Probleme der Telearbeit im Bereich des Datenschutzes behandelt.

7.7.2 Überwachung der Telearbeitenden

Artikel 26 Absatz 1 ArGV 3 verbietet Überwachungs- und Kontrollsysteme, die das Verhalten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer am Arbeitsplatz überwachen sollen. Die Überwachung zu anderen Zwecken wie der Sicherheit oder der Kontrolle der Produktivität oder der Leistungsqualität ist zulässig, auch wenn sie als Folge eine Verhaltenskontrolle ermöglicht und die Abgrenzung zwischen der Überwachung des Verhaltens und der Arbeitsleistung oft schwierig ist.¹⁶³ Auf jeden Fall muss die Überwachung verhältnismässig sein, und die Arbeitnehmenden sind vorab zu informieren.¹⁶⁴ Sie müssen zudem auch konsultiert werden, da es um den Gesundheitsschutz geht (Art. 48 Abs. 1 Bst. a ArG). In Bezug auf die Verwendung von Überwachungsprogrammen hat das Bundesgericht entschieden, dass die Installation von Spyware zur Überprüfung, ob das Internet privat genutzt wird, ohne Wissen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers, unzulässig ist.¹⁶⁵ Im konkreten Fall ging das Programm so weit, dass gewissermassen eine (verbotene) Verhaltenskontrolle erfolgte, die zu einer unverhältnismässigen umfassenden Überwachung führte.¹⁶⁶ Das Bundesgericht bejahte das Vorliegen einer Verhaltenskontrolle namentlich wegen des erfolgten Zugriffs auf Inhalte von besuchten Webseiten und E-Mails, ohne dass dabei private Inhalte unterschieden werden. Die Unverhältnismässigkeit der Überwachung bejahte das Bundesgericht aufgrund der Möglichkeit, dass weniger einschneidende Massnahmen hätten ergriffen werden können. Denn der Arbeitgeber hätte technische Massnahmen ergreifen können, um unzulässige oder dienstfremde Websites oder Dateien zu sperren. Wenn diese Massnahmen nicht genügen, kann ein Arbeitgeber die Missbräuche durch die Überprüfung der Logfiles aufdecken, die nur Randdaten zur Aktivität enthalten, ohne den Inhalt der Websites oder E-Mails offenzulegen.¹⁶⁷ Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte hat zudem präzisiert, dass die Randdaten vorab in anonymisierter Form ausgewertet werden können, wenn in Erfahrung gebracht werden soll, ob ein Missbrauch vorliegt. Eine personenbezogene namentliche Auswertung der Randdaten darf nur bei einem konkreten Missbrauchsverdacht durchgeführt werden.¹⁶⁸

Diese Regeln sind gegenüber allen Beschäftigten zu beachten. Die Telearbeit unterscheidet sich in diesem Punkt nicht grundlegend von der Arbeit an einem betriebsinternen Arbeitsplatz. Das Interesse des Arbeitgebers an der Kontrolle der Tätigkeiten im Netz könnte allerdings aufgrund der fehlenden physischen Kontrolle grösser sein. Das Kontrollsystem muss jedoch sorgfältig konzipiert sein, da Telearbeitende permanent mit ihrem Computer arbeitet

¹⁶⁰ In Fussnote 156 zitierte Autoren sowie BK-REHBINDER/STÖCKLI, N 12 ad Art. 328b OR; DUNAND, N 32 ad Art. 328b OR; FANTI, 189; BIRKHÄUSER/HADORN, 203–204.

¹⁶¹ ZK-STAEHELIN, N 9 ad Art. 328b OR; MEIER, N 2040; PAPA/PIETRUSZAK, 580.

¹⁶² Vielleicht RIESELMANN-SAXER, 42, ohne explizit zu sein.

¹⁶³ SECO Wegleitung ArGV 3 – ArGV 4, 326-1.

¹⁶⁴ BGE 130 II 425 E. 4.2 und 4.4; Urteil des Bundesgerichts 6B_536/2009 vom 12. November 2009 E. 3.6.2.

¹⁶⁵ BGE 139 II 7 E. 5.5.

¹⁶⁶ BGE 139 II 7 E. 5.5.3 und 5.5.4.

¹⁶⁷ EDÖB, Überwachung, 3.

¹⁶⁸ EDÖB, Überwachung, 9.

und ihr E-Mail-Programm und Telefon intensiver nutzen. Eine Überwachung könnte somit schneller als umfassend und permanent qualifiziert werden. Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Verletzungen sind ausserdem technische Sperrmassnahmen und genaue Anweisungen zu den Nutzungsgrenzen entscheidend, allenfalls in einem Nutzungsreglement. Private Nachrichten sollten, falls sie erlaubt sind, ebenfalls klar identifiziert werden.

7.7.3 Datensicherheit

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Sicherheit der bearbeiteten Daten zu gewährleisten. Nach Artikel 7 DSGVO müssen Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden. Diese Pflicht wird in den Artikeln 8–12 DSGVO präzisiert. Artikel 8 Absatz 1 DSGVO besagt zum Beispiel, dass Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der Daten gewährleistet werden müssen, und zählt gewisse zu vermeidende Risiken auf (insbesondere Datenverlust oder Datenvernichtung, Datenfälschung, Datendiebstahl oder widerrechtliche Datenverwendung). In Artikel 9 Absatz 1 DSGVO werden Kontrollen aufgezählt, die für den Zugriff auf die Daten oder die Bearbeitungsschritte eingerichtet werden müssen. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte hat einen detaillierten Leitfaden zu den technischen und organisatorischen Massnahmen publiziert, die zu ergreifen sind.

Das Besondere an der Telearbeit ist, dass der (Informatik-)Arbeitsplatz und die beruflichen Daten ausserhalb des Betriebs liegen. Einerseits könnten betriebsexterne Dritte darauf zugreifen. Andererseits muss eine Verbindung von ausserhalb des Betriebs auf das betriebsinterne System gewährleistet werden. Diese Besonderheiten erfordern umso mehr eine Regelung der Fälle, in denen der Zugriff ausserhalb der Organisation erlaubt ist.¹⁶⁹ Sie implizieren auch besondere Schutzvorkehrungen wie strengere Authentifizierungsvorschriften sowie die Sicherung der Mitteilungen und des Zugangs zum Netz.¹⁷⁰ Der Arbeitgeber muss die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zudem auf die gesteigerten Risiken der Telearbeit und das entsprechende Verhalten zu deren Minderung hinweisen. Diese Massnahmen gehen aus den geltenden allgemeinen Bestimmungen hervor, weshalb keine spezialrechtlichen Bestimmungen erforderlich sind.

7.7.4 Nutzung privater Geräte

Die Nutzung privater Geräte (siehe Ziff. 7.6.1) zur Erbringung einer Arbeitsleistung führt auf das Problem der Verwischung der Grenze zwischen Privat- und Berufsleben zurück. Dass auf diesen Geräten private Daten vorhanden sind, erschwert die Überwachung und die Umsetzung technischer Massnahmen für den Arbeitgeber, da er Gefahr läuft, die Datenschutzpflichten zu verletzen. Zunächst gehören die Geräte der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer, die oder der den Arbeitgeber darauf zugreifen lassen muss, damit er zum Beispiel Programme für die Datenverwaltung installieren kann. Jede Form der Kontrolle und des Zugriffs auf berufliche Daten auf diesen Geräten muss unter Wahrung der privaten Daten der Arbeitnehmenden erfolgen. Sicherungsmassnahmen sind allerdings umso notwendiger, als das Informatikumfeld auf diesen Geräten im Allgemeinen nicht sicher und je nach Gerät verschieden ist. Klare Regeln und Grenzen für die berufliche Nutzung sind in diesen Situationen umso wichtiger.

In der Lehre werden dementsprechend verschiedene konkrete Situationen diskutiert. Allgemein wird auf die Gefahr einer Verletzung der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin oder des

¹⁶⁹ EDÖB, Sicherheit, 12.

¹⁷⁰ EDÖB, Sicherheit, 12 und 22.

Arbeitnehmers und den engen Handlungsspielraum für den Arbeitgeber hingewiesen. So ist für die Durchsuchung eines privaten Geräts immer die Zustimmung der betroffenen Person nötig. Zudem ist eine Durchsuchung nur zulässig, wenn ein schwerer Missbrauch vorliegt, der ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers berührt.¹⁷¹ Die Überwachung der Aktivitäten auf dem Gerät, eine häufig in Programmen zur Datenverwaltung auf privaten Geräten integrierte Funktion,¹⁷² wird aus Sicht Arbeitnehmerschutzes ebenfalls als Risiko gesehen. So werden insbesondere die Widerrechtlichkeit gewisser Kontrollfunktionen in marktgängigen Produkten, die Verletzung der Arbeitnehmerrechte oder die Widerrechtlichkeit des Zugriffs auf E-Mail- oder Gesprächsinhalte hervorgehoben.¹⁷³ Schliesslich wird auch die – technisch mögliche und manchmal angezeigte – Löschung von Daten auf privaten Geräten durch das Gesetz eingeschränkt, wenn berufliche und private Daten vermischt sind. Dies ist etwa dann der Fall, wenn das Arbeitsverhältnis endet, ein Gerät verloren geht oder gestohlen wird. Es muss nicht nur ein überwiegendes Interesse an der Löschung der Daten bestehen; der Arbeitgeber muss auch vermeiden, private Daten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zu beschädigen, zumal eine solche Beschädigung gemäss Artikel 144^{bis} StGB strafrechtlich geahndet werden kann. Denn bestraft wird, wer «unbefugt elektronisch oder in vergleichbarer Weise gespeicherte oder übermittelte Daten verändert, löscht oder unbrauchbar macht». Diese Probleme können allerdings eingeschränkt werden, indem die Bedingungen und Modalitäten für die Löschung im Voraus geregelt werden und technische Lösungen implementiert werden, mit denen berufliche und private Daten getrennt oder Sicherungskopien der privaten Daten angefertigt werden können. Es bestehen somit Probleme, die nicht vollständig behoben, jedoch weitgehend entschärft werden können. Abschliessend ist anzumerken, dass die oben erwähnte Kontroverse über die Tragweite von Artikel 328b OR (siehe Ziff. 7.7.1) hier praktische Folgen haben kann. Wenn angenommen wird, dass nur die Bearbeitungszwecke gemäss Artikel 328b OR rechtmässig sind, kann jede Bearbeitung rein privater Daten nur dann – namentlich durch Einwilligung – gerechtfertigt werden, wenn sie im Interesse der Arbeitnehmenden erfolgt.

7.8 Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht, Geschäftsgeheimnis

Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer unterstehen der Treuepflicht (Art. 321a OR). Aus dieser Pflicht ergibt sich die Geheimhaltungs- oder Verschwiegenheitspflicht, die in Artikel 321a Absatz 4 OR ausdrücklich verankert ist. Gemäss dieser Bestimmung dürfen Arbeitnehmende geheim zu haltende Tatsachen, wie namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, anderen nicht mitteilen.

Die Geschäftsgeheimnisse sind ebenfalls strafrechtlich geschützt. So verbietet Artikel 162 StGB den Verrat eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses, das infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahrt werden soll.

Diese Bestimmungen gelten für Telearbeitende wie für alle anderen Beschäftigten. Telearbeitende müssen aufgrund ihrer besonderen Situation sicherlich besondere Verhaltensregeln beachten. So müssen sie z.B. darauf achten, berufliche Dokumente oder Daten bei sich zuhause oder an anderen Orten vor dem Zugriff unbefugter Dritter aufzubewahren. Aufgrund der Arbeitserfüllung ausserhalb der Räumlichkeiten des Arbeitgebers bestehen im Vergleich mit Arbeitnehmenden, die ihre Arbeit im Büro ausführen, höhere Risiken. Die Treue- und Geheimhaltungspflicht wie auch der strafrechtliche Schutz des Geschäftsgeheimnisses sind

¹⁷¹ BIRKHAUSER/HADORN, 205.

¹⁷² FANTI, 190–192.

¹⁷³ Respektive: FANTI, 192; REUTTER/KLAUS, 165; METILLE, 118–119.

jedoch allgemein geregelt und müssen konkretisiert werden. Die spezifischen Auswirkungen für die Telearbeit können von den bestehenden Bestimmungen abgeleitet werden.

7.9 Haftung des Arbeitgebers, Haftung der Arbeitnehmenden

7.9.1 Haftung des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann gegenüber den Arbeitnehmenden wie auch gegenüber Dritten haftbar werden.

Wenn der Arbeitgeber seine Pflichten gegenüber den Arbeitnehmenden wie den Gesundheitsschutz, den Persönlichkeitsschutz oder den Datenschutz nicht erfüllt, kann er bei einem Verstoss gegen die Bestimmungen des ArG, des DSG oder des StGB verwaltungs- oder strafrechtlich sanktioniert werden. Artikel 59 ArG sieht Strafsanktionen bei einem Verstoss gegen die Bestimmungen des Gesundheitsschutzes oder der Arbeits- und Ruhezeiten vor (Abs. 1 Bst. a und b). Nach Artikel 34 Absatz 1 DSG werden Verletzungen des Auskunftsrechts oder der Informationspflicht gemäss Artikel 14 DSG bestraft.

Zivilrechtlich gesehen kann der Arbeitgeber vertraglich haftbar und für den der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer entstandenen Schaden ersatzpflichtig, werden (Art. 97 OR); ausserdem muss er bei einer Persönlichkeitsverletzung Genugtuung leisten, wenn deren Schwere dies rechtfertigt (Art. 49 OR). Die Arbeitnehmenden verfügen bei einer Persönlichkeitsverletzung zudem über die allgemeinen Rechtsbehelfe nach Artikel 28a ZGB. Sie können auch eine deliktische Haftung des Arbeitgebers geltend machen, wenn die Verletzung eine unerlaubte Handlung darstellt (Art. 41 ff. OR). Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, haftet er für das Verhalten seiner Organe (Art. 55 Abs. 2 ZGB). Gemäss Artikel 101 OR oder im Bereich der Delikthaftung nach Artikel 55 OR haftet er auch für jenes seiner Hilfspersonen. Artikel 101 Absatz 3 OR findet auf Dienstverhältnisse Anwendung und lässt eine Wegbedingung der Haftung durch Verabredung nur für leichtes Verschulden zu.

Der Arbeitgeber haftet deliktisch oder, wenn ein Vertragsverhältnis besteht, vertraglich auch für Schäden Dritter. Ein praktisches Beispiel bei Telearbeit ist der Verlust oder Diebstahl von Daten von Kunden oder Geschäftspartnern. Die Haftung hängt namentlich von der Einhaltung der Pflichten gemäss DSG ab. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall die Haftung für seine Hilfspersonen ausschliessen (Art. 101 Abs. 2 OR). Er kann auch den Befreiungsbeweis gemäss Artikel 55 OR erbringen, indem er nachweist, dass er bei der Auswahl, Instruktion und Überwachung seiner Mitarbeitenden mit der gebührenden Sorgfalt vorgegangen ist und darüber hinaus für eine zweckmässige Arbeitsorganisation gesorgt hat.¹⁷⁴ Im Zusammenhang mit der Telearbeit sind genügende organisatorische Sicherheitsmassnahmen und die Instruktion der Telearbeitenden über diese Sicherheitsmassnahmen und das Verhalten zum Schutz der Daten besonders sachdienlich. Die Sorgfalt bei der Überwachung kann an die Situation der Telearbeit angepasst, jedoch nicht ausgeschlossen werden, weil sich die Telearbeitenden nicht in den Betriebsräumen befinden.

7.9.2 Haftung der Arbeitnehmenden

Artikel 321e OR regelt die Haftung der Arbeitnehmenden. Diese haften für den Schaden, den sie dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügen (Abs. 1). In Absatz 2 wird das Mass der Sorgfalt festgelegt, für das die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer einzustehen hat. Dieses bestimmt sich nach dem Vertrag, jedoch auch unter Berücksichtigung des Berufsrisi-

¹⁷⁴ BGE 110 II 456.

kos, des Bildungsgrades und der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften der beschäftigten Person, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen. Diese Bestimmung gehört zum relativ zwingenden Recht (Art. 362 Abs. 1 OR), sodass die Haftung der Arbeitnehmenden im Arbeitsvertrag nicht verschärft werden darf. Zu betonen ist zudem, dass bei der Bestimmung der Haftung und des Schadenersatzes neben den Faktoren nach Absatz 2 weitere Faktoren wie die Schwere des Verschuldens, die Höhe des Lohnes der beschäftigten Person oder das Mitverschulden des Arbeitgebers berücksichtigt werden, wobei den Gerichten bei der Beurteilung der Haftung und des Schadenersatzes ein grosses Ermessen zusteht.¹⁷⁵ Diese Bestimmung ist günstiger als die Bestimmungen zur Herabsetzung des Schadenersatzes gemäss Artikel 43 und 44 OR.

Mit Bezug auf die Telearbeit sind es insbesondere der Verlust oder die Beschädigung des Informatikmaterials, wofür die Arbeitnehmenden haften könnten. Dasselbe gilt für den Verlust oder Diebstahl von Betriebsdaten. Die allgemeine Regelung nach Artikel 321e OR gilt gleich wie für die Personen, die in den Räumlichkeiten des Arbeitgebers arbeiten. Bei der Bestimmung der Haftung kann es ausschlaggebend sein, dass Informatikdaten immer mit Risiken verbunden sind; absolute Sicherheit gibt es nicht. Weisungen und Vorschriften des Arbeitgebers sind ebenfalls besonders wichtig. Wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer private Geräte benutzt, könnte die Praxis zur Nutzung des Privatfahrzeugs analog beigezogen werden. Das Unfallrisiko geht in diesem Fall zulasten des Arbeitgebers, ob es sich nun um ein Geschäftsauto oder um das private Fahrzeug handelt, allenfalls nach Massgabe der beruflichen Nutzung.¹⁷⁶ Vorbehalten bleibt natürlich ein allfälliges Verschulden der angestellten Person, aufgrund dessen sie für die entstandenen Schäden haften kann.

7.9.3 Haftpflichtversicherung des Arbeitgebers und der Arbeitnehmenden

7.9.3.1 Leistungskonkurrenz der Versicherungen

Das Postulat, das mit den vorliegenden Bericht erfüllt wird, verweist auf Situationen, in welchen Arbeitgeber und Arbeitnehmende klären müssen, welche Haftpflichtversicherung die Folgen von Schäden deckt. Eine solche Leistungskonkurrenz setzt voraus, dass ein Dritter einen Schaden erlitten hat und sowohl die Haftung des Arbeitgebers wie auch die der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers in Frage kommen.

Im Versicherungsbereich wird anerkannt, dass Artikel 72 Absatz 1 VVG, der das Regressrecht der Schadensversicherung vorsieht, welche die Leistung an die geschädigte Person ausbezahlt hat, analog für die Haftpflichtversicherung gilt, ohne jedoch den Regress der Versicherung auf die Mithaftenden aus schuldhafter unerlaubter Handlung zu begrenzen.¹⁷⁷ Wenn die Versicherung des Arbeitgebers die von diesem geschuldete Entschädigung bezahlt, kann sie gegen die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer Regress nehmen, wenn diese gegenüber dem Dritten ebenfalls haftet. Dies gilt umgekehrt auch gegenüber dem Arbeitgeber, wenn die Haftpflichtversicherung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers den Dritten entschädigt hat. Privathaftpflichtversicherungen schliessen aber den von der versicherten Person während der Ausübung einer unselbstständigen Tätigkeit verursachten Schaden allgemein aus (siehe Ziff. 7.9.3.2).

¹⁷⁵ BGE 110 II 344 E. 6 b und c.

¹⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4C.24/2005 vom 17. Oktober 2005 E. 6.1.

¹⁷⁷ CR-WERRO, N 44 ad Art. 51 OR.

7.9.3.2 Deckung von Telearbeit durch Haftpflichtversicherungen

In den Unterkapiteln 7.9.1 und 7.9.2 wurde die Haftung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers bzw. des Arbeitgebers dargestellt. Es kann fraglich sein, ob die vom Arbeitgeber oder von der arbeitnehmenden Person abgeschlossene Haftpflichtversicherung ein von der anderen Partei oder Dritten verursachten Schaden ganz deckt. Im Folgenden werden ein paar kurze Anmerkungen dazu gemacht.

Eine Versicherung, welche die Haftung des Arbeitgebers gegenüber Dritten abdeckt, könnte sich z.B. auf in den Betriebsräumen verursachte Schäden beschränken. Dies ist z.B. bei den Musterbedingungen des Schweizerischen Versicherungsverbands der Fall.¹⁷⁸ Nach Artikel 1 Buchstabe a, der den Gegenstand der Versicherung definiert, deckt der Versicherungsschutz «das Betriebsrisiko, d.h. Schädigungen aus betrieblichen Vorgängen und Arbeitsabläufen auf dem Betriebsareal oder auf externen Arbeitsstätten». Es stellt sich folglich die Frage der Deckung von Schäden, die verursacht werden, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer von einem anderen Ort aus auf die Betriebsdatenbank zugreift.

Die Arbeitnehmenden haben oft eine private Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Diese Versicherung schliesst den von der versicherten Person während der Ausübung einer unselbstständigen Tätigkeit verursachten Schaden allgemein aus.

7.10 Kollektive Arbeitsverhältnisse

Die kollektiven Arbeitsverhältnisse basieren auf den Arbeitnehmervertretungen im Betrieb einerseits und den gewerkschaftlichen Tätigkeiten und der Sozialpartnerschaft andererseits. Das Mitwirkungsgesetz¹⁷⁹ hat einen gesetzlichen Rahmen für die Mitwirkung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Betrieb geschaffen. Die gewerkschaftliche Tätigkeit ist in erster Linie durch die Koalitionsfreiheit garantiert (Art. 28 BV).

Die Telearbeit wirkt sich auf die Wahrnehmung der kollektiven Rechte der Beschäftigten aus, weil diese grundsätzlich in den Betriebsräumen wahrgenommen werden. Telearbeitende müssen somit ihre Rechte in der gleichen Art ausüben können, obwohl sie sich ganz oder teilweise ausserhalb der Betriebsräume aufhalten. Die Arbeitnehmervertretungen hingegen müssen, ob es sich nun um eine Personalkommission oder Gewerkschaftsdelegierte handelt, mit den Telearbeitenden wie mit den in den Betriebsräumen tätigen Arbeitnehmenden in Kontakt stehen können.¹⁸⁰ Dieser Punkt wird gegenwärtig nicht durch spezifische Bestimmungen geregelt. Zwei kantonale Verordnungen behandeln zwar das Problem der sozialen Isolation der Telearbeitenden (GE, VS), befassen sich jedoch nicht mit der Frage der Ausübung von Kollektivrechten. Die Gesamtarbeitsverträge scheinen diese Frage auch nicht zu regeln.¹⁸¹

Telearbeit kann sich auf die Frage des Versands von E-Mail-Nachrichten oder der Veröffentlichungen im Intranet des Betriebs durch die Arbeitnehmervertretungen auswirken. So sieht Artikel 11 Absatz 2 des Mitwirkungsgesetzes vor, dass der Arbeitgeber der Arbeitnehmervertretung «im notwendigen Umfang Räume, Hilfsmittel und administrative Dienstleistungen» zur Verfügung stellt. Was notwendig ist, hängt unter anderem davon ab, ob im Betrieb Telearbeit ausgeübt wird.¹⁸² In Bezug auf die gewerkschaftliche Tätigkeit der Arbeitnehmenden

¹⁷⁸ Siehe unter <http://www.svv.ch/de/politik-und-recht/musterbedingungen/musterbedingungen-fuer-die-haftpflichtversicherung> (zuletzt besucht am 15.7.2016).

¹⁷⁹ Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, SR 822.14.

¹⁸⁰ In Bezug auf das Zutrittsrecht der Gewerkschaften siehe PÄRLI, 1455.

¹⁸¹ PÄRLI, 1462.

¹⁸² Siehe ORDOLLI, 308–309, 323 und 376.

ist festzustellen, dass die Möglichkeit, alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer über die Rolle und Organisation der Gewerkschaften zu informieren, und die Stärkung der gewerkschaftlichen Organisation am Arbeitsort zur gewerkschaftlichen Tätigkeit gehören, die durch Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe a OR geschützt ist.¹⁸³ Diese Bestimmung erfordert jedoch, dass die gewerkschaftliche Tätigkeit rechtmässig, das heisst gemäss Gesetz und Vertrag, ausgeübt wird.¹⁸⁴ Die gewerkschaftliche Tätigkeit im Betrieb kann nicht vollständig verboten, jedoch aus gerechtfertigten Gründen wie der Gewährleistung des ordnungsgemässen Betriebs oder der Kundenbeziehungen beschränkt werden.¹⁸⁵ Daraus folgt, dass die Nutzung von E-Mail für Gewerkschaftszwecke seitens der Arbeitnehmenden durch Artikel 336 Absatz 2 Buchstabe a OR unter den darin erwähnten Bedingungen geschützt wird. Es kann vorkommen, dass der Arbeitgeber in einem Reglement die E-Mail-Nutzung für gewerkschaftliche Tätigkeiten untersagt. Dieses Verbot muss aus einem gerechtfertigten Grund erfolgen und darf nicht jegliche gewerkschaftliche Tätigkeit im Betrieb behindern.¹⁸⁶

Der Versand von E-Mails durch betriebsexterne Gewerkschafterinnen und Gewerkschafter betrifft die Problematik des Zutrittsrechts.¹⁸⁷ Das Bundesgericht hat entschieden, dass ein solches Vorgehen die Interessen des Arbeitgebers weniger beeinträchtigt als ein physischer Zutritt.¹⁸⁸ Die Zulässigkeit des E-Mail-Versands wird insbesondere auf Grundlage des Interesses und der Notwendigkeit der Nachrichten für die Ausübung der gewerkschaftlichen Tätigkeit beurteilt. Dies ist beispielsweise im Vergleich mit der Möglichkeit, die Angestellten eines Betriebs physisch zu kontaktieren oder sie an ihrer privaten Post- oder E-Mail-Adresse zu erreichen. Die Interessenabwägung wird unterschiedlich gewürdigt. Eine Lehrmeinung kritisiert den Bundesgerichtsentscheid zum Zutrittsrecht und schliesst je nach Fall nicht aus, dass die Koalitionsfreiheit entgegen Artikel 186 StGB (Hausfriedensbruch) sogar den physischen Zutritt zum Unternehmen rechtfertigt. Eine andere Meinung weist hingegen auf die anderen Möglichkeiten wie den Kontakt über die persönlichen Kontaktangaben hin und lässt die Verwendung von E-Mail nur unter restriktiven Bedingungen zu.¹⁸⁹ Bei der Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass im Betrieb Telearbeitende tätig sind. Dadurch wird auch der elektronische Kontakt umso notwendiger, da sich der direkte Kontakt schwierig gestaltet, weil sich nicht alle Beschäftigten in den Betriebsräumen aufhalten.

7.11 Sozialversicherungen

7.11.1 Sozialversicherungspflicht

Telearbeit hat keine Auswirkungen auf die Sozialversicherungspflicht. Gemäss Artikel 1a Absatz 1 AHVG¹⁹⁰ sind die natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz oder mit einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz obligatorisch bei der AHV versichert (Bst. a und b). Die AHV-Unterstellung bestimmt die Beitragspflicht für die Invalidenversicherung (Art. 2 IVG¹⁹¹), die Erwerbsausfallversicherung (Art. 27 EOG¹⁹²) und die Arbeitslosenversicherung (Art. 2 Abs. 1 AVIG¹⁹³). Das Bundesgesetz über die Unfallversicherung¹⁹⁴ gilt für die in der Schweiz be-

¹⁸³ Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 1995, JAR 1996, 198 E. 5a, aa.

¹⁸⁴ Urteil des Appellationsgerichts für arbeitsrechtliche Streitigkeiten des Kantons Genf vom 18. April 2002, JAR 2003, 281, Ziff. 25.

¹⁸⁵ *Ebd.* Ziff. 30–32.

¹⁸⁶ Siehe ORDOLLI, Utilisation, 221.

¹⁸⁷ Zum Zutrittsrecht siehe das Urteil des Bundesgerichts 6B_758/2011 vom 24. September 2012 E. 1.3.

¹⁸⁸ *Ebd.* E. 2.

¹⁸⁹ Respektive NIGGLI, 1470–1471 und ORDOLLI, Utilisation, 221–222; siehe auch ANDERMATT, Ziff. 38, der das Zutrittsrecht anerkennt, sofern der reibungslose Betrieb des Unternehmens und der Arbeitsfrieden nicht gestört werden.

¹⁹⁰ Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10.

¹⁹¹ Bundesgesetz vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, SR 831.20.

¹⁹² Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft, SR 834.1.

¹⁹³ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz), SR 837.0.

schäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, einschliesslich der Heimarbeiterinnen und -arbeitnehmer (Art. 1a Abs. 1 UVG). Die berufliche Vorsorge, die Arbeitslosenversicherung und die Unfallversicherung verweisen für die Definition der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers bzw. der unselbstständigen Erwerbstätigkeit auf das AHVG (Art. 5 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 BVG¹⁹⁵, Art. 2 Abs. 1 Bst. a AVIG, Art. 1 UVV¹⁹⁶). Auch Heimararbeitende gemäss Artikel 351 ff. OR unterstehen der Arbeitslosenversicherung (Art. 8 Abs. 2 und Art. 18b AVIG, Art. 3 AVIV).

7.11.2 Selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit

Je nach dem, ob die Telearbeit als unselbstständige Tätigkeit qualifiziert werden kann oder nicht, wirkt sich dies auf den Bereich der Sozialversicherungen aus. Denn die AHV- und IV-Beiträge und die Deckung durch diese Versicherungen sind bei selbstständiger oder unselbstständiger Tätigkeit nicht dieselben. Überdies gelten die Arbeitslosen- und die Unfallversicherung nur für Arbeitnehmende und nicht für selbstständig Erwerbende. Wie im Folgenden jedoch dargelegt wird, ist die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit bei der Telearbeit nicht tangiert.

Im Vertragsrecht hat die Tatsache, dass eine Leistung ausserhalb der Betriebsräume erbracht wird, keinen entscheidenden Einfluss auf die Qualifikation als Arbeitsvertrag (siehe Ziff. 6.1.2). Der Begriff der unselbstständigen Erwerbstätigkeit gemäss Artikel 5 AHVG ist nicht identisch mit dem des vertraglichen Arbeitsverhältnisses; die Merkmale des Vertragsrechts können für die Sozialversicherungen höchstens als Anhaltspunkte dienen.¹⁹⁷ Entscheidend für die Qualifizierung als unselbstständige Erwerbstätigkeit sind die wirtschaftlichen Gegebenheiten; als unselbstständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt.¹⁹⁸ Die Rechtsprechung klassifiziert die unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeiten nicht schematisch, sondern fordert eine Beurteilung unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles. So ist im Zusammenhang mit der Telearbeit die Ausübung der Arbeiten in den eigenen Räumlichkeiten gemäss Rechtsprechung ein Kriterium, das für eine selbstständige Tätigkeit charakteristisch sein kann. Dieses Kriterium allein ist jedoch nicht entscheidend. Angesichts der von der Rechtsprechung angewendeten Methode, wonach die gesamten Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind, müssen weitere Elemente vorliegen, damit die Erwerbstätigkeit als selbstständig eingestuft werden kann. Das Bundesgericht hat überdies präzisiert, dass die freie Zeiteinteilung wie auch die Nutzung der eigenen Räumlichkeiten nicht zwingend auf eine arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit schliessen lassen.¹⁹⁹ So hat es im Rahmen von Aufträgen an einen Informatiker entschieden, dass die Arbeit im Stundenlohn, die teilweise Mandatserfüllung in den Betriebsräumen, die regelmässige Teilnahme an vom Arbeitgeber festgelegten Sitzungen sowie die persönliche Arbeitsleistung trotz freier Zeiteinteilung und teilweiser Ausführung der Arbeiten in eigenen Räumlichkeiten auf eine organisatorische Abhängigkeit schliessen lassen.²⁰⁰ Es hat ausserdem auf das Vorliegen einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit geschlossen, weil die Tätigkeit fast ausschliesslich für einen einzigen Vertragspartner ausgeführt wurde. Wenn die Aufträge regelmässig für den gleichen Auftrag-

¹⁹⁴ Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung, SR 832.20.

¹⁹⁵ Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, SR 831.40.

¹⁹⁶ Verordnung 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung, SR 832.202.

¹⁹⁷ BGE 122 V 281 E. 2a; 123 V 161 E. 1.

¹⁹⁸ *Ebd.*

¹⁹⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C.1029/2012 vom 27. März 2013 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 9C_132/2011 vom 26. März 2011 E. 4.2.

²⁰⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_132/2011 vom 26. April 2011 E. 4.1. und 4.2.

geber ausgeführt werden, sodass bei einem Wegfall dieser Aufträge eine ähnliche Situation eintritt, wie dies beim Stellenverlust einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers der Fall ist, kann das Kriterium der wirtschaftlichen Abhängigkeit dazu führen, dass eine Erwerbstätigkeit als unselbstständige Tätigkeit betrachtet wird, obwohl Arbeitsort und Arbeitsstunden frei gewählt werden können.²⁰¹

Ausserdem wird selbst dann, wenn Telearbeitende gewisse Auslagen übernehmen, nicht angenommen, dass sie ein Unternehmerrisiko tragen. Für die Erfüllung dieses Kriteriums sind nämlich beträchtliche Investitionen zu tätigen und Angestelltenlöhne zu bezahlen,²⁰² was für am Computer ausgeführte intellektuelle Tätigkeiten nicht typisch ist.

Im Allgemeinen ändert sich bei der Telearbeit somit nichts in Bezug auf die Unterstellung unter die Sozialversicherungen. Es müsste ein Grenzfall oder ein unklarer Fall vorliegen, in dem die Arbeit in den eigenen Räumlichkeiten und die freie Zeiteinteilung die Waage auf die Seite einer selbstständigen Erwerbstätigkeit kippen liessen. Ein solcher Fall scheint selten bzw. hypothetisch zu sein. Die für länderübergreifende Fälle (Telearbeit im Ausland oder für einen ausländischen Arbeitgeber) anwendbare Regelung wird unten behandelt (siehe Ziff. 7.13).

7.11.3 Berufs- oder Nichtberufsunfall

Ein besonderer Punkt ist im Zusammenhang mit der Unfallversicherung zu erwähnen. Telearbeit kann aufgrund der Vermischung von Privat- und Berufsraum zu Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen Berufs- und Nichtberufsunfall führen. Als Berufsunfälle gelten Unfälle, die der versicherten Person bei Arbeiten zustossen, die sie auf Anordnung des Arbeitgebers oder in dessen Interesse ausführt (Art. 7 Abs. 1 Bst. a UVG). Die erste Kategorie stellt kein Problem dar, weil sie nicht an den Arbeitsort gebunden ist. Die zweite Kategorie fasst die Unfälle zusammen, die sich während Arbeitspausen sowie vor und nach der Arbeit ereignen, wenn sich die versicherte Person befugterweise auf der Arbeitsstätte oder im Bereich der mit ihrer beruflichen Tätigkeit zusammenhängenden Gefahren aufhält (Art. 7 Abs. 1 Bst. a und b UVG). Diese zweite Kategorie könnte zu einem Problem führen, da einerseits der private Raum Arbeitsort ist und sich andererseits Arbeitsbeginn und -ende, Pausen und Unterbrüche vermischen und schwer trennbar sein können. Die Gerichte müssen entscheiden, ob die betroffene Person eine Pause macht oder ihre Arbeit unterbricht oder ob sie damit fertig ist oder nicht. Es kann somit nur fallweise entschieden werden.²⁰³ Zu beachten ist, dass die Unterscheidung für Personen mit einem Anstellungsverhältnis von weniger als 8 Stunden pro Woche wichtig ist (Beschäftigungsgrad von 20 Prozent pro Woche mit 40 Stunden). Diese geniessen bei Nichtberufsunfällen keinen Versicherungsschutz (Art. 8 Abs. 2, Art. 7 Abs. 2 UVG und Art. 13 Abs. 1 UVV).

7.12 Steuerliche Aspekte

7.12.1 Allgemeines

In der Schweiz erheben sowohl Bund und Kantone als auch die Gemeinden direkte Steuern. Bund und Kantone verfügen über eine eigene Steuerhoheit, die Gemeinden können hingegen nur innerhalb der ihnen vom Kanton zugewiesenen Kompetenz Steuern erheben. Der Verfassungsartikel über die Harmonisierung der direkten Einkommens- und Vermögensbeziehungsweise Gewinn- und Kapitalsteuern (Art. 129 BV) und das Bundesgesetz über die

²⁰¹ BGE 119 V 161 E. 3 a und b.

²⁰² BGE 119 V 161 E. 3b für den freien Journalisten.

²⁰³ PULVER, 68.

Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (StHG)²⁰⁴, das diesen konkretisiert, haben die Steuerfreiheit der Kantone ein wenig eingeschränkt. Das StHG hat auch zu einer Harmonisierung mit dem Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990²⁰⁵ über die direkte Bundessteuer (DBG) geführt.

Das StHG ist ein Rahmengesetz. Es ist an die kantonalen und kommunalen Gesetzgeber gerichtet und gibt die Grundsätze für die Steuerpflicht, das Steuerobjekt und die zeitliche Bemessung sowie für das Verfahrens- und Steuerstrafrecht vor. Entsprechend dem Verfassungsauftrag präzisiert das StHG, dass die Festlegung von Steuertarifen, Steuersätzen und Steuerfreibeträgen im Kompetenzbereich der Kantone bleibt (Art. 129 Abs. 1 und 2 BV und Art. 1 Abs. 3 StHG).

Das Postulat das dem vorliegenden Bericht zugrunde liegt, fordert, dass im Bericht die Steuerabzüge für Telearbeit behandelt werden. Im Folgenden liegt der Fokus deshalb hauptsächlich auf diesem Aspekt. Die Frage der Qualifikation der Telearbeit als selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit, die sich im Steuerrecht wie auch im Vertrags- oder Sozialversicherungsrecht stellt (siehe Ziff. 6.1.2 und 7.11.2), wird nicht behandelt. An dieser Stelle wird nur erwähnt, dass das Steuerrecht einen eigenen Begriff der selbstständigen und unselbstständigen Erwerbstätigkeit kennt. Wie im Vertrags- oder Sozialversicherungsrecht wirkt sich auch im Steuerrecht die Tatsache, dass Telearbeit geleistet wird, nicht erheblich auf diese Qualifikation aus.

Telearbeit, vor allem jene zu Hause, bedingt definitionsgemäss die Nutzung privater Räumlichkeiten und kann, wie gesehen, die Nutzung der Infrastruktur, der Geräte oder des privaten Materials der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers umfassen. Die betroffene Person kann auch zur Übernahme der entsprechenden Auslagen verpflichtet sein. Es stellt sich sodann die Frage, in welchem Umfang sie diese Auslagen gegebenenfalls von den Steuern abziehen kann.

7.12.2 Steuerabzüge

7.12.2.1 Direkte Bundessteuern

In Artikel 26 Absatz 1 DBG werden auf eine weit gefasste, jedoch abschliessende Weise die Berufskosten aufgezählt, die bei unselbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Artikel 17 abgezogen werden können. Gewisse Abzüge wie Fahr- oder Verpflegungskosten (Abs. 1 Bst. a und b) sind ausdrücklich aufgeführt. Die anderen fallen unter die allgemeine Klausel von Absatz 1 Buchstabe c, in der sie als übrige für die Ausübung des Berufs erforderliche Kosten definiert sind. Gemäss dieser Bestimmung sind Aufwendungen, die für die Erzielung eines Einkommens erforderlich sind und in einem direkten ursächlichen Zusammenhang dazu stehen, steuerlich abziehbar (Art. 1 Abs. 1 der Berufskostenverordnung²⁰⁶). Die Bedingung der Notwendigkeit ist im weiten Sinn zu verstehen und gemäss den konkreten Umständen zu prüfen.²⁰⁷

Die Nutzung eines privaten Arbeitszimmers wird unter den Begriff der Berufskosten von Artikel 26 DBG subsumiert. Nach Artikel 7 Absatz 1 der Berufskostenverordnung ist die Nutzung eines privaten Zimmers ausdrücklich in den übrigen Berufskosten inbegriffen, die als Pauschale abgezogen werden können. Wenn die steuerpflichtige Person effektiv höhere Kosten abziehen möchte, muss sie die gesamten tatsächlichen Auslagen und deren berufliche Not-

²⁰⁴ SR 642.14

²⁰⁵ SR 642.11

²⁰⁶ Verordnung des EFD vom 10. Februar 1993 über den Abzug von Berufskosten der unselbstständigen Erwerbstätigkeit bei der direkten Bundessteuer, SR 642.118.1.

²⁰⁷ Urteil des Bundesgerichts 2C_71/2014 vom 15. September 2014 E. 5.5.

wendigkeit nachweisen (Art. 26 Abs. 2 DBG und Art. 4 Berufskostenverordnung). Im Kreisschreiben zu den Berufskosten wird präzisiert, dass unselbstständig erwerbende Steuerpflichtige im Rahmen des Nachweises höherer Kosten belegen müssen, dass sie hauptsächlich und regelmässig ein Zimmer ihrer Privatwohnung für ihre Berufsarbeit benützen und es sich nicht bloss um gelegentliche berufliche Arbeiten in der Privatwohnung handelt, die keine Mehrkosten verursachen und damit keinen Anspruch auf einen Steuerabzug geben.²⁰⁸

Diese Bestimmungen bedeuten nicht, dass kein Nachweis über die Notwendigkeit der Auslagen für die Nutzung eines Privatzimmers oder von Privatmaterial erfolgen muss, wenn die steuerpflichtige Person bloss die Pauschale abzieht. Das Bundesgericht hat im Gegenteil kürzlich bestätigt, dass die Verweigerung des Pauschalabzugs für die Nutzung einer elektronischen Agenda, eines Computers und eines Druckers sowie eines Büros zu Hause rechtmässig ist. Gemäss dem Bundesgericht wurde im betreffenden Fall weder nachgewiesen, dass diese Geräte für die Erzielung des Einkommens erforderlich sind, noch dass solche in den Betriebsräumen fehlen. Das Gericht hat auch daran erinnert, dass jemandem, der seine beruflichen Aufgaben aus persönlichen Gründen lieber zu Hause erledigt, obwohl er an seinem Arbeitsort über einen Raum verfügt, der Abzug für ein privates Arbeitszimmer nicht gestattet ist.²⁰⁹

7.12.2.2 Harmonisierung gemäss StHG

Mit dem StHG sind die kantonalen Gesetze über Steuerabzüge harmonisiert worden. Abgezogen werden können die für die Erzielung der Einkünfte notwendigen Aufwendungen (Art. 9 Abs. 1 StHG). Das Bundesgericht hat entschieden, dass diese Harmonisierung abschliessenden Charakter hat und dass die Definition der notwendigen Auslagen klar ist und für die Kantone zwingend gilt.²¹⁰ Die Kantone haben bei der Definition der notwendigen Auslagen folglich keinen Handlungsspielraum. Einen grossen Ermessensspielraum haben sie jedoch bei der Festlegung und Einschätzung der Pauschalen.²¹¹ Die praktischen Auswirkungen können dementsprechend kantonal unterschiedlich sein.

Da sich Artikel 26 DBG und Artikel 9 StHG inhaltlich entsprechen und einheitlich ausgelegt werden sollten,²¹² gilt die in Anwendung von Artikel 26 DBG entwickelte Praxis zur Notwendigkeit der Nutzung von Privatmaterial oder Privaträumen auch für Artikel 9 StHG.

Das Bundesgericht konnte diese Frage im Zusammenhang mit Artikel 9 StHG²¹³ kürzlich erneut prüfen. So hat es wiederholt, dass eine steuerpflichtige Person, die aus persönlichen Gründen ihre beruflichen Aufgaben lieber zu Hause erledigt, obwohl sie an ihrem Arbeitsplatz über einen Raum verfügt, keinen Anspruch auf einen Abzug für ein privates Arbeitszimmer hat. Damit Auslagen als notwendig anerkannt werden, muss die Ausübung der Aufgaben am Arbeitsort nicht möglich oder zumindest nicht zumutbar sein. Das Bundesgericht, das basierend auf den Umständen des Einzelfalls urteilt, prüft somit insbesondere, ob der Arbeitgeber der beschäftigten Person Räumlichkeiten für die Erfüllung ihrer Aufgaben zur Verfügung stellt. Die gleiche Prüfung erfolgt bei der Nutzung privater Geräte. Dabei müssen Steuerpflichtige, die bei sich zu Hause arbeiten können, im Vergleich zu Mitarbeitenden, die

²⁰⁸ Eidgenössische Steuerverwaltung, Kreisschreiben Nr. 26, Abzug von Berufskosten der unselbständigen Erwerbstätigkeit, 22. September 1995, Ziff. 4.

²⁰⁹ Urteil des Bundesgerichts 2C_326/2008 vom 23. September 2008 E. 4.4.

²¹⁰ BGE 128 II 66 E. 4b; 133 II 287 E. 2.2.

²¹¹ Urteil des Bundesgerichts 2C_71/2014 vom 15. September 2014 E. 5.4.

²¹² Urteil des Bundesgerichts 2C_807/2011 vom 9. Juli 2012 E. 2.1.

²¹³ Urteil des Bundesgerichts 2C_71/2014 vom 15. September 2014 E. 5.5. und 5.6.

nur in den Betriebsräumen arbeiten können, im Betrieb allenfalls einen gewissen Verlust an Komfort in Kauf nehmen.²¹⁴ Die angebotenen Infrastrukturen müssen jedoch genügend sein.

Aus dieser für die direkten Bundessteuern und die kantonalen Steuern identischen Rechtsprechung ergibt sich, dass ein Teil der Telearbeit-Tätigkeiten bei den Steuern nicht abgezogen werden kann. Dies ist insbesondere bei regelmässig Telearbeit leistenden Personen der Fall, die nur teilweise zu Hause arbeiten. Diese verfügen über ein eingerichtetes Büro im Betrieb. Aus steuerrechtlicher Sicht können je nach Fall gemeinsame Büros oder Ausrüstungen in den Betriebsräumen genügen, damit die Aufwendungen nicht abgezogen werden können. Der Entscheid, Telearbeit zu leisten, wirkt sich steuerrechtlich nicht aus, wenn die Erfüllung von Berufsaufgaben zu Hause aus rein persönlichen Gründen erfolgt.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass vom Arbeitgeber bezahlte Auslagen nicht von den Steuern abgezogen werden können.²¹⁵ Die Frage der Steuerabzüge muss demnach im Zusammenhang mit der Kostenüberwälzung gemäss Artikel 327 ff. OR betrachtet werden. Zu bestimmen ist, ob der Arbeitgeber oder die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die Kosten tragen, und sofern sie dies tun, ob die Gesellschaft bereit ist, sie von diesen Auslagen durch eine grosszügigere Steuerabzugspraxis zu entlasten.

7.13 Internationale Sachverhalte

Internationale Sachverhalte werfen besondere Fragen über die Anwendung des Arbeits-, Sozialversicherungs- und Steuerrechts sowie des privaten und öffentlichen Rechts auf. Nachfolgend soll ein kurzer Überblick über die Rechtslage gegeben werden.

7.13.1 Im Ausland von zu Hause aus für einen Arbeitgeber in der Schweiz arbeitende Person

Unternehmen mit Sitz in der Schweiz können Personen beschäftigen, die im Ausland wohnen. Es ist sehr gut möglich, dass diese auch die Möglichkeit haben, zu Hause zu arbeiten. Diese Konstellation kann sich z.B. bei einem Grenzgänger ergeben, der sich teilweise oder ganz bei sich zu Hause arbeitet.

7.13.1.1 Zuständigkeit und anwendbares Recht im Vertragsrecht

Es muss bestimmt werden, welche Gerichte zuständig sind und welches Recht anwendbar ist. Ist die Schweiz, ein EU-Mitgliedsstaat, Island oder Norwegen betroffen, wird die gerichtliche Zuständigkeit für Zivilsachen durch das Lugano-Übereinkommen (LugÜ)²¹⁶ geregelt. Im Verhältnis zu anderen Staaten, und zur Bestimmung des von den schweizerischen Gerichten anwendbaren Rechts, gilt das schweizerische Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG)²¹⁷.

Die Artikel 18–21 LugÜ regeln die Zuständigkeit bei individuellen Arbeitsverträgen. Das LugÜ gilt, wenn sich der Wohnsitz der beklagten Person, z.B. des Arbeitgebers, in einem Vertragsstaat befindet (Art. 19 und 20 Abs. 1). Für die Geltung des LugÜ genügen auch eine Zweigniederlassung, eine Agentur oder eine sonstige Niederlassung in einem Vertragsstaat, da der Arbeitgeber für Streitigkeiten aus deren Betrieb als in diesem Vertragsstaat domiziliert

²¹⁴ Urteil des Bundesgerichts 2C_71/2014 vom 15. September 2014 E. 5.6.1 und 5.6.2.

²¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 2C_326/2008 vom 23. September 2008 E. 4.2.

²¹⁶ Übereinkommen vom 30. Oktober 2007 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, SR **0.275.12**.

²¹⁷ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht, SR **291**.

betrachtet wird (Art. 18 Abs. 2). Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer können unabhängig von ihrem Wohnsitz oder Arbeitsort am (Wohn-)Sitz ihres Arbeitgebers in der Schweiz (Art. 19 Abs. 1 LugÜ) oder am Ort der Zweigniederlassung, Agentur oder sonstigen Niederlassung klagen. Sie können auch am Ort, an welchem sie gewöhnlich ihre Arbeit verrichten, klagen, wenn sich dieser Ort in einem Vertragsstaat befindet (Art. 19 Ziff. 2 Bst. b LugÜ). Arbeitnehmende mit Wohnsitz in einem Vertragsstaat können vom Arbeitgeber hingegen ausschliesslich an ihrem Wohnsitz gerichtlich belangt werden (Art. 20 Abs. 1 LugÜ).

So kann eine Person, die in einem Nachbarstaat der Schweiz oder in einem anderen LugÜ-Vertragsstaat zu Hause Telearbeit leistet, ihre Ansprüche vor den Gerichten ihres Wohnortes anhängig machen, sofern dieser auch gleichzeitig ihr Arbeitsort ist. Es muss sich dabei allerdings um ihren gewöhnlichen Arbeitsort handeln. Denn das LugÜ sieht für die Arbeitnehmenden nicht wie Artikel 115 Absatz 2 IPRG einen Gerichtsstand an ihrem Wohnsitz vor. Als gewöhnlicher Arbeitsort gilt der Ort, an welchem die Telearbeit erbracht wird, wenn die betroffene Person die ganze Arbeit zu Hause leistet. Leistet sie hingegen nur alternierend Telearbeit, so hat sie einen Arbeitsort zu Hause und einen zweiten im Betrieb. In diesem Fall ist zu bestimmen, ob einer dieser Orte als gewöhnlicher Arbeitsort gilt, und wenn ja, welcher. Als gewöhnlicher Arbeitsort gilt gemäss Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes der Ort, an welchem die beschäftigte Person ihre Tätigkeit im Wesentlichen ausübt, das heisst derjenige Ort, an dem sie den grössten Teil ihrer Arbeit erledigt. Dieses Kriterium kann nur ausgeschlossen werden, wenn der Beweis erbracht wird, dass in qualitativer Hinsicht ein anderer Ort das Zentrum der Tätigkeiten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers darstellt.²¹⁸ Gemäss dem quantitativen Kriterium muss der grösste Teil der Arbeit an einem Ort erbracht werden; einige Autoren setzen diesbezüglich einen Schwellenwert von 60 Prozent²¹⁹. Demzufolge können Telearbeitende, die einen oder zwei von fünf Tagen zu Hause arbeiten, grundsätzlich keinen Gerichtsstand an ihrem Wohnsitz haben, da es sich sehr wahrscheinlich nicht um ihren gewöhnlichen Arbeitsort handelt.

Nach Artikel 115 Absätze 1 und 2 IPRG sind die schweizerischen Gerichte am Wohnsitz der beklagten Person (Arbeitgeber oder Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer), am Ort, an welchem gewöhnlich die Arbeit verrichtet wird und am Wohnsitz der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers zuständig. In den meisten Fällen gilt allerdings das LugÜ, wenn diese Gerichtsstände in der Schweiz liegen. Die einzige Situation, in welcher Artikel 115 IPRG zur Anwendung gelangt, ist die einer Klage des Arbeitgebers gegen die angestellte Person mit Wohnsitz in einem Nicht-LugÜ-Staat. Die Gerichtsstände des IPRG können jedoch der Bestimmung des zuständigen Gerichts dienen, wenn das LugÜ lediglich die internationale Zuständigkeit der Schweiz festlegt.

Gemäss dem Bundesgericht wird die Wahl des Gerichtsstands durch Artikel 115 IPRG weder eingeschränkt noch verboten.²²⁰ Hingegen sieht Artikel 21 LugÜ starke Beschränkungen vor. Nach diesem Artikel sind Gerichtsstandsvereinbarungen ausschliesslich dann zulässig, wenn sie nach der Entstehung der Streitigkeit getroffen werden oder für die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer zusätzliche Gerichtsstände vorsehen.

Sind schweizerische Gerichte zuständig, bestimmt sich das anwendbare Recht nach Artikel 121 IPRG. Absatz 1 sieht die Anwendung des Rechts des Staates vor, in welchem die beschäftigte Person gewöhnlich ihre Arbeit verrichtet. Eine genaue Definition dieses Begriffs wurde von der Rechtsprechung bisher noch nicht entwickelt. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass Telearbeitende, die ständig im Ausland arbeiten, dem ausländischen Recht unterstehen. Bei alternierender Telearbeit muss der gewöhnliche Arbeitsort bestimmt

²¹⁸ Siehe BSK-Meyer/Stojiljkovic, N 11 ad Art. 19 LugÜ und zitierte Verweise.

²¹⁹ BSK-Meyer/Stojiljkovic, N 12 ad Art. 19 LugÜ.

²²⁰ Urteil des Bundesgerichts vom 6. Mai 1997, JAR 1996, 299 E. 4.

werden. Wenn ein grosser Teil der Arbeit in den schweizerischen Betriebsräumen des Arbeitgebers ausgeführt wird, wie dies bei Telearbeit an einem Tag pro Woche der Fall ist, gilt schweizerisches Recht.²²¹ Kann kein alleiniger gewöhnlicher Arbeitsort ermittelt werden, kommt nach Artikel 121 Absatz 2 IPRG das Recht des Staates zur Anwendung, in dem sich die Niederlassung oder, wenn eine solche fehlt, in dem sich der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Arbeitgebers befindet. Im vorliegenden Fall (Arbeitgeber in der Schweiz und Telearbeiter im Ausland) wäre dies schweizerisches Recht. Die Parteien können auch im Arbeitsvertrag das Recht im Staat der Niederlassung, des Wohnsitzes oder des gewöhnlichen Aufenthalts des Arbeitgebers wählen (Art. 121 Abs. 3 IPRG). Sie können auch das Recht des Staates wählen, in dem die beschäftigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Wenn ausländisches Recht gilt, können die zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Arbeitsrechts auf Grundlage und unter den Voraussetzungen von Artikel 18 IPRG angerufen werden. Wenn hingegen schweizerisches Recht anzuwenden ist, können die zwingenden Bestimmungen ausländischen Rechts unter den, wenn auch restriktiven, Voraussetzungen von Artikel 19 IPRG berücksichtigt werden.

Wenn ausländische Gerichte angerufen werden und zuständig sind, bestimmt deren internationales Privatrecht das anwendbare Recht. In den EU-Mitgliedstaaten wird diese Frage durch die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)²²² geregelt. Gemäss Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. Wenn das anzuwendende Recht nicht durch Rechtswahl bestimmt wurde, findet das Recht am Ort der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung Anwendung (Art. 8 Abs. 2). Wenn der Ort, an dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird, nicht bestimmt werden kann, so ist das Recht am Ort der Niederlassung anwendbar, an dem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer eingestellt wurde (Art. 8 Abs. 3). Nach Artikel 8 Absatz 4 ist das Recht des Staates vorbehalten, zu dem der Vertrag eine engere Verbindung hat als zum Staat der gewöhnlichen Arbeitsverrichtung oder der Niederlassung, die die betroffene Person eingestellt hat. Artikel 8 Absatz 1 schränkt die freie Wahl des anwendbaren Rechts deutlich ein: Die zwingenden Bestimmungen zum Arbeitnehmerschutz des nach den Absätzen 2–4 anwendbaren Rechts können nicht durch Rechtswahl beseitigt werden. Dies heisst z.B., dass Arbeitnehmende mit gewöhnlichem Arbeitsort in einem EU-Staat den Schutz durch die zwingenden Bestimmungen dieses Staates geniessen. Demzufolge kann sich ein Telearbeiter mit gewöhnlichem Arbeitsort in einem Nachbarstaat der Schweiz auf die Schutzbestimmungen seines Arbeitsortes berufen, wenn er z.B. ausschliesslich zu Hause arbeitet. Dafür muss er die Gerichte an seinem gewöhnlichen Arbeitsort anrufen. Wie gesehen, sieht das LugÜ für die Arbeitnehmenden einen Gerichtsstand am gewöhnlichen Arbeitsort vor, und der Arbeitgeber kann ausschliesslich am Wohnsitz der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers Klage einreichen. Ein schweizerischer Arbeitgeber, der in seinen Verträgen die Anwendung des schweizerischen Rechts vorsieht, muss folglich auch die zwingenden Bestimmungen des Staates beachten, in welchem die beschäftigte Person ihre Arbeit erfüllt.

7.13.1.2 Öffentliches Arbeitsrecht

Die genannten Bestimmungen zu Gerichtsstand und anwendbarem Recht beziehen sich auf das private Arbeitsrecht. Das Arbeitsgesetz, das zum öffentlichen Recht gehört, gilt nicht für Telearbeitende, die ihre Arbeit zu Hause im Ausland erbringen.²²³ Da das Arbeitsgesetz kei-

²²¹ Siehe Urteil des Bundesgerichts 4A_489/2011 und 4A_491/2011 vom 10. Januar 2012 E. 2.1, in welchem das Bundesgericht einen gewöhnlichen Arbeitsort in der Schweiz für die «hauptsächlich» in Genf ausgeübten Tätigkeiten festhielt.

²²² ABI. L 177/6 vom 4. Juli 2008.

²²³ Siehe Art. 1 Abs. 3 ArG und BGE 139 III 411 E. 2.4.

ne Anwendung findet, können auch keine zivilrechtlichen Ansprüche auf Grundlage von Artikel 342 Absatz 2 OR geltend gemacht werden, wie das Bundesgericht kürzlich bestätigt hat.²²⁴ Telearbeitende könnten sich hingegen auf das öffentliche Arbeitsrecht des Staates, in dem sie arbeiten, berufen, wenn die entsprechende Gesetzgebung auf alle Personen anzuwenden ist, die in diesem Staat eine Arbeitsleistung erbringen. Dies ist grundsätzlich der Fall, da die Gesetze des öffentlichen Rechts dem Territorialitätsprinzip folgen.

7.13.1.3 Steuerrecht und Sozialversicherungen

Des Weiteren sind die ausländischen Gesetzgebungen des öffentlichen Rechts über Sozialversicherungen und Steuern zu beachten. In den Beziehungen zwischen der Schweiz und der EU regelt das Freizügigkeitsabkommen die Koordination der Sozialversicherungssysteme (Art. 8 und Anhang II). Dieses sieht insbesondere in Artikel 1 Absatz 1 des Anhangs II die Anwendung der Europäischen Verordnungen Nr. 883/2004 und 987/2009²²⁵ vor. Grundsätzlich wird an das System des Ortes der Ausübung der Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit angeknüpft (Art. 11 Abs. 3 der Verordnung Nr. 883/2004). Demzufolge wird eine Telearbeit leistende Person aus der Schweiz oder einem EU-Mitgliedstaat mit Wohnsitz in einem EU-Mitgliedstaat dem Sozialversicherungssystem dieses Mitgliedstaates unterstellt, wenn sie die ganze Arbeitsleistung zu Hause erbringt. Erbringt sie ihre Leistung teilweise in den Betriebsräumen in der Schweiz, gelten für sie die besonderen Bestimmungen nach Artikel 13 der Verordnung Nr. 883/2004 für Personen, die «gewöhnlich in zwei oder mehr Mitgliedstaaten eine Beschäftigung» ausüben. Wenn die Telearbeiterin oder der Telearbeiter in seinem Wohnsitzstaat einen wesentlichen Teil seiner Tätigkeit ausübt, untersteht er den dort geltenden Rechtsvorschriften (Art. 13 Abs. 1 der Verordnung Nr. 883/2004). Ist dem nicht so, untersteht sie dem Sozialversicherungssystem des Staates, in dem das Unternehmen oder der Arbeitgeber seinen Sitz oder Wohnsitz hat (Art. 13 Abs. 1 Bst. b Ziff. i der Verordnung Nr. 883/2004). Gemäss Artikel 14 Absatz 8 der Verordnung Nr. 987/2009 bedeutet ein «wesentlicher Teil der Beschäftigung oder selbstständigen Erwerbstätigkeit» in einem Mitgliedstaat, dass die beschäftigte oder selbstständig erwerbstätige Person dort einen quantitativ erheblichen Teil ihrer Tätigkeit ausübt, was aber nicht notwendigerweise der grösste Teil ihrer Tätigkeit sein muss. Bei der Bewertung, ob es sich um einen wesentlichen Teil der Tätigkeit handelt, wird die Arbeitszeit bzw. das Entgelt berücksichtigt (Art. 14 Abs. 8 Bst. a). Von einem wesentlichen Teil wird ausgegangen, wenn bei der Bewertung festgestellt wird, dass mindestens 25 Prozent der Tätigkeit in einem Mitgliedstaat ausgeübt werden. Demzufolge untersteht ein Telearbeiter, der mindestens 25 Prozent seiner Tätigkeit zu Hause ausübt, dem Sozialversicherungssystem seines Wohnsitzstaates. Dies führt aus schweizerischer Sicht oft dazu, dass die Tätigkeit zu Hause vertraglich auf 20 Prozent der Gesamttätigkeit beschränkt wird.²²⁶

Die Besteuerung natürlicher Personen in der Schweiz erfolgt auf der Grundlage des Wohnsitzprinzips (z.B. Art. 3 Abs. 1 DBG und Art. 3 Abs. 1 StHG). Die Besteuerung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Wohnsitz im Ausland richtet sich nach den Bestimmungen über die Quellensteuer (Art. 5 und Art. 91 ff. DBG und Art. 4, Art. 35 und Art. 36 StHG). So kann eine Person ohne Wohnsitz oder Aufenthalt in der Schweiz aufgrund wirtschaftlicher Zugehörigkeit besteuert werden. Im Fall von Telearbeitenden bezieht sich die wirtschaftliche Zugehörigkeit auf die Ausübung einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz (Art. 5 Abs. 1 Bst. a

²²⁴ BGE 139 III 411 E. 2.5.

²²⁵ Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1) und die Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.11).

²²⁶ ROHNER/MAAS, 329.

DBG und Art. 4 Abs. 1 und 2 Bst. a StHG). Telearbeitende, die einen Teil ihrer Leistung zu Hause im Ausland und einen Teil in der Schweiz erbringen, können folglich aufgrund wirtschaftlicher Zugehörigkeit in der Schweiz steuerpflichtig sein. Telearbeitende, die ihre ganze Tätigkeit im Ausland erbringen, müssten ihre Steuern hingegen in ihrem Wohnsitzstaat bezahlen, sofern die Voraussetzung der Erwerbstätigkeit in der Schweiz eine persönliche Anwesenheit in der Schweiz erfordert. In seiner älteren Rechtsprechung legte das Bundesgericht die wirtschaftliche Zugehörigkeit in einem sehr weiten Sinn aus und erachtete die persönliche Anwesenheit nicht als erforderlich.²²⁷ In einem jüngeren Urteil ist es jedoch auf diese Auslegung zurückgekommen und anerkennt nun, dass die persönliche Anwesenheit erforderlich ist.²²⁸

Aus Sicht des Arbeitgebers stellt sich die steuerrechtliche Frage, ob die Tätigkeit einer Telearbeiterin oder eines Telearbeiters zu Hause im Ausland eine steuerliche Zugehörigkeit des Betriebs im betreffenden Land begründet. Eine solche Zugehörigkeit muss sich aus der Gesetzgebung des Wohnsitzstaates der betroffenen Person ergeben. Liegt ein Doppelbesteuerungsabkommen mit der Schweiz vor, darf die Besteuerung der Tätigkeit einer Telearbeiterin oder eines Telearbeiters nicht gestützt auf das Abkommen ausgeschlossen werden. Diesbezüglich stützen sich die Doppelbesteuerungsabkommen für die Besteuerung der Unternehmensgewinne auf den Begriff der Betriebsstätte. Gemäss Artikel 7 des Musterabkommens der OECD, das im Wesentlichen den Inhalt der von der Schweiz abgeschlossenen Abkommen widerspiegelt,²²⁹ kann ein Unternehmen eines Vertragsstaates nur in diesem Staat besteuert werden, es sei denn, es übe in einem anderen Vertragsstaat durch eine dort gelegene Betriebsstätte eine Tätigkeit aus.²³⁰

Eine Betriebsstätte ist eine feste Geschäftseinrichtung, durch welche die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens ganz oder teilweise ausgeübt wird (Art. 5 Abs. 1 des Musterabkommens der OECD). Keine Betriebsstätte besteht, wenn die ausgeübten Tätigkeiten vorbereitender Art sind oder eine Hilfstätigkeit darstellen (Art. 5 Abs. 4 Bst. e des Musterabkommens der OECD). Die Ausübung der Tätigkeit am Privatwohnsitz schliesst die Qualifizierung als Betriebsstätte an sich nicht aus. Die Nutzung von Räumen für den Bedarf des Unternehmens muss regelmässig und langfristig sein und auf irgendeine Weise vom Arbeitgeber verlangt sein. Dies ist z.B. der Fall, wenn die Telearbeit leistende Person keine Möglichkeit hat, ihre Tätigkeit in den Räumlichkeiten des Unternehmens auszuüben.²³¹

7.13.2 In der Schweiz von zu Hause aus für einen Betrieb im Ausland arbeitende Person

Die für den ersten Fall vorgestellten Regelungen (Ziff. 7.13.1) gelten auch für Arbeitnehmende, die in der Schweiz für einen ausländischen Betrieb Telearbeit ausführen.

7.13.2.1 Vertragsrecht

In vertragsrechtlicher Hinsicht garantiert das LugÜ den Arbeitnehmenden, dass sie vom Betrieb nicht vor ausländischen Gerichten belangt werden können, sondern lediglich vor einem Gericht an ihrem Wohnsitz. Sie selbst können nur dann an ihrem Wohnsitz gegen den Betrieb klagen, wenn es sich um ihren gewöhnlichen Arbeitsort handelt. Somit muss grundsätz-

²²⁷ Namentlich Urteil des Bundesgerichts vom 29.1.1996, RDAF 1997 II 589 E. 2, das auf den Bundesratsbeschluss vom 9. Dezember 1940 über die Erhebung der direkten Bundessteuer (BdBSt) Bezug nimmt.

²²⁸ BGE 137 II 246 E. 4–8

²²⁹ OBERSON, *Droit fiscal international*, N 79.

²³⁰ Abrufbar auf: <http://www.oecd.org/fr/fiscalite/conventions/modeleocdedifferentesversions.htm>.

²³¹ Siehe SCHREIBER/HONOLD/JAUN, N 10 und 88–89 ad Art. 5; ROHNER/MAAS, 329 ff. und 333.

lich der grösste Teil der Arbeit am Wohnsitz ausgeführt werden. Ist dem nicht so, muss die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer am Wohnsitz des Arbeitgebers klagen. Wenn das IPRG greift, d.h. wenn der Arbeitgeber seinen Sitz nicht in einem LugÜ-Staat hat, kann die beschäftigte Person immer an ihrem Wohnort klagen.

Bezüglich einer Klage in der Schweiz kann der Vertrag die Anwendung schweizerischen Rechts (Recht am Wohnsitz der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers) oder des Rechts am Wohnsitz des Arbeitgebers vorsehen. Wurde keine Rechtswahl getroffen, ist das Recht am Ort anwendbar, an dem die Arbeit gewöhnlich verrichtet wird. Folglich ist schweizerisches Recht anwendbar, wenn die Telearbeit leistende Person ihre ganze Leistung zu Hause erbringt, bzw. das Recht am Ort der Betriebsräume, wenn sie dort den wesentlichen Teil ihrer Arbeit leistet. Gibt es mehrere gewöhnliche Arbeitsorte, ist das Recht am Ort der Niederlassung des Arbeitgebers oder andernfalls seines Wohnsitzes oder Aufenthaltes anwendbar. Zu beachten ist, dass sich der Betrieb in einem anderen Staat als dem befinden kann, in dem die Arbeit erbracht wird. So kann eine Telearbeit leistende Person in der Schweiz für eine deutsche Gesellschaft arbeiten, ihre Arbeit jedoch zwischen ihrem schweizerischen Wohnsitz und einem Arbeitsort in Frankreich erfüllen. Nach Artikel 18 und 19 IPRG schliesslich können sich Arbeitnehmende auf die international zwingenden Bestimmungen schweizerischen oder ausländischen Arbeitsrechts berufen.

Bei einer Klage im Ausland bestimmen die Bestimmungen des internationalen Privatrechts am Gerichtsstand das anwendbare Recht. In der Europäischen Union behält die Verordnung Rom I unabhängig von der vertraglichen Rechtswahl die Anwendung der zwingenden Bestimmungen des schweizerischen Rechts vor.

7.13.2.2 Öffentliches Arbeitsrecht

Telearbeitende die in der Schweiz für einen ausländischen Betrieb arbeiten, unterstehen grundsätzlich dem Arbeitsgesetz: Artikel 1 Absatz 3 ArG sieht denn vor, dass das Gesetz, soweit dies nach den Umständen möglich ist, auf Arbeitnehmende anwendbar ist, die ein im Ausland gelegener Betrieb in der Schweiz beschäftigt.

7.13.2.3 Steuerrecht und Sozialversicherungen

Telearbeitende in der Schweiz unterstehen im Grundsatz den schweizerischen Sozialversicherungen und bezahlen in der Schweiz Steuern. Bei einem Arbeitgeber mit Wohnsitz in der EU unterstehen die Telearbeitenden dem ausländischen Sozialversicherungssystem, sofern sie weniger als 25 Prozent ihrer Tätigkeit bei sich zu Hause ausüben.

Es stellt sich die Frage der Besteuerung des Arbeitgebers, dessen Sitz im Ausland ist und der eine Telearbeiterin oder einen Telearbeiter in der Schweiz beschäftigt. In der schweizerischen Gesetzgebung kann eine steuerliche Zugehörigkeit bestehen, wenn in der Schweiz eine Betriebsstätte in Form einer festen Geschäftseinrichtung unterhalten wird, in welcher die Geschäftstätigkeit ganz oder teilweise ausgeübt wird (Art. 51 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 DBG und Art. 21 Abs. 1 Bst. b StHG). Unter bestimmten Bedingungen ist nicht auszuschliessen, dass eine solche Zugehörigkeit aufgrund der Telearbeit zu Hause besteht. Analog zum Fall der im Ausland für einen Arbeitgeber in der Schweiz Telearbeit leistenden Person kann im vorliegenden Fall eine Steuerpflicht bestehen, wenn die Telearbeit leistende Person keinen Arbeitsplatz im Betrieb hat, die Telearbeit während langer, unbefristeter Zeit ausgeübt wird und diese einen wesentlichen Teil der betrieblichen Tätigkeit ausmacht.²³² Bei Vorliegen ei-

²³² Meinung vertreten durch ROHNER/MAAS, 329 ff. und 333.

nes Doppelbesteuerungsabkommens muss die Besteuerung durch die Schweiz gemäss den Bedingungen des Abkommens erfolgen, wie sie am Beispiel des Musterabkommens der OECD dargestellt wurden (Ziff. 7.13.1.3 oben).

7.13.3 Mobile Person

Das auf eine mobile Person anwendbare Rechtssystem hängt vom Ort ihres Wohnsitzes und des Wohnsitzes ihres Arbeitgebers ab sowie davon, ob ein einziger gewöhnlicher Arbeitsort bestimmt werden kann. Bei Mobilität zwischen mehreren Ländern kommt es häufiger vor, dass es keinen einzigen gewöhnlichen Arbeitsort gibt. Somit kommen subsidiäre Anknüpfungen gemäss den verschiedenen Gesetzen zur Anwendung. Im System des LugÜ können Arbeitnehmende ausschliesslich vor den Gerichten an ihrem Wohnsitz belangt werden; ihren Arbeitgeber müssen sie am Ort der Niederlassung, die sie angestellt hat, verklagen, wenn sie ihre Arbeit nicht in ein und demselben Staat verrichten. Wenn die Arbeit gewöhnlich in mehreren Staaten erfüllt wird, wird das anwendbare Recht jedoch oft gestützt auf Artikel 121 Absatz 2 IPRG bestimmt werden. Nach diesem Artikel gilt das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung, der Wohnsitz oder der gewöhnliche Aufenthalt des Arbeitgebers befindet. Nach Artikel 121 Absatz 3 IPRG kann auch eine entsprechende Rechtswahl getroffen werden oder es kann das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers gewählt werden.

Die Anwendung des ArG auf Arbeitnehmende, die einen Teil ihrer Arbeit in der Schweiz erbringen, kann problematisch sein. Der im Ausland erbrachte Teil der Tätigkeit kann von den schweizerischen Behörden nicht kontrolliert werden.

Die Unterstellung unter die Sozialversicherungen und die Besteuerung erfolgen gemäss den oben beschriebenen Kriterien (Ziff. 7.13.1 und 7.13.2).

8 Ausländische Gesetzgebungen

8.1 Europäische Union

8.1.1 Rahmenvereinbarung über Telearbeit

8.1.1.1 Einführung

Die Telearbeit ist in der EU durch eine Rahmenvereinbarung der Sozialpartner²³³ geregelt, die am 16. Juli 2002 abgeschlossen wurde. Diese Vereinbarung ist Teil der europäischen Beschäftigungsstrategie, die zum ersten Mal 1997 auf dem Sondergipfel des Europäischen Rates zu Beschäftigungsfragen in Luxemburg definiert wurde. In seinen Schlussfolgerungen ersucht der Rat die Sozialpartner, «auf den entsprechenden Ebenen, insbesondere auf Branchen- und Unternehmensebene, Vereinbarungen zur Modernisierung der Arbeitsorganisation, darunter auch anpassungsfähige Arbeitsregelungen, auszuhandeln, um die Unternehmen produktiv und wettbewerbsfähig zu machen und ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Anpassungsfähigkeit und Sicherheit zu erreichen». Daraus sind die drei Rahmenvereinbarungen der europäischen Sozialpartner über befristete Arbeitsverträge, Teilzeit- und Telearbeit hervorgegangen. Die Vereinbarung über Telearbeit ist auch Teil der Strategie des

²³³ Der Europäische Gewerkschaftsbund (EGB), die Union der Industrie- und Arbeitgeberverbände Europas (Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe, UNICE), die Europäische Union des Handwerks und der Klein- und Mittelbetriebe (Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises, UEAPME) und der Europäische Zentralverband der öffentlichen Wirtschaft (Centre européen des entreprises à participation publique, CEEP).

Europäischen Rates von Lissabon des Jahres 2000, deren Ziel es war, den Übergang zu einer wissensbasierten Wirtschaft zu fördern.

Die Anhörung der Sozialpartner und der Abschluss von Vereinbarungen auf Ebene der EU sind in Artikel 154 und 155 (früher Art. 138 und 139) des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)²³⁴ vorgesehen. Die Durchführung der Vereinbarungen erfolgt entweder nach den jeweiligen Verfahren und Gepflogenheiten der Sozialpartner und der Mitgliedstaaten oder auf gemeinsamen Antrag der Unterzeichnerparteien durch einen Beschluss des Rates (Art. 155 Abs. 1 AEUV). Die Vereinbarungen über Teilzeitarbeit und über befristete Arbeitsverträge wurden auf letzterem Weg umgesetzt und führten zur Annahme zweier europäischer Richtlinien, während die Rahmenvereinbarung über Telearbeit gemäss den von jedem Mitgliedstaat gewählten Modalitäten umgesetzt wurde.

8.1.1.2 Inhalt der Rahmenvereinbarung

In den allgemeinen Ausführungen der Vereinbarung über Telearbeit bemerken die Sozialpartner Telearbeit sowohl als Möglichkeit für Unternehmen, die Arbeitsorganisation zu modernisieren, als auch als Möglichkeit für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, Berufstätigkeit und soziales Leben in Einklang zu bringen und eine grössere Selbstständigkeit bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu erreichen. Telearbeit muss so gefördert werden, dass Flexibilität und Sicherheit zusammengehen, die Qualität der Arbeitsplätze erhöht wird und die Chancen von Behinderten auf dem Arbeitsmarkt verbessert werden. Mit der Vereinbarung soll ein allgemeiner europäischer Rahmen abgesteckt werden, der von den Mitgliedsorganisationen der unterzeichnenden Parteien umgesetzt wird.

Die Rahmenvereinbarung definiert die Telearbeit (Ziff. 2) und weist auf deren Freiwilligkeit hin (Ziff. 3). Nach Ziffer 2 bedeutet Telearbeit, dass Arbeit ausserhalb der Einrichtungen des Arbeitgebers ausgeführt wird. Nebst diesem Grundmerkmal umfasst die Definition verschiedene Präzisierungen. Für die Telearbeit ist die Verwendung von Informationstechnologie erforderlich. Der Begriff «Verwendung» zeugt von einem weit gefassten und flexiblen Ansatz, der die Weiterentwicklung der Technologie berücksichtigt. Die Definition wird jedoch anderweitig eingeschränkt: Telearbeit muss regelmässig ausgeführt werden, was Arbeitnehmende ausschliesst, die von Zeit zu Zeit z.B. zu Hause oder im Zug eine Aufgabe erfüllen. Es kann eine schrittweise implizite Wandlung des bisherigen Arbeitsverhältnisses zu regelmässiger Telearbeit stattfinden, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer z.B. immer mehr Arbeit hat und immer mehr Aufgaben am Abend auf dem Weg nach Hause oder am Morgen vor der Ankunft im Büro erledigt. Die in Ziffer 3 festgehaltene Freiwilligkeit der Telearbeit setzt eine schriftliche Vereinbarung und schriftliche Informationen voraus. Dadurch wird die Einführung von Telearbeit formalisiert, was der stillschweigenden Umwandlung in regelmässige Telearbeit vorbeugen kann. Eine weitere Einschränkung der Definition erfolgt durch den Ausschluss von Arbeiten, die nicht in den Betriebsräumen ausgeübt werden können. Somit stellt jede Arbeit, die aufgrund ihrer Art ausserhalb des Betriebs ausgeführt wird, keine Telearbeit dar. Dabei handelt es sich z.B. um den Unterhalt von Kopierern oder Druckern²³⁵ und allgemein um jede Tätigkeit, die typischerweise ausschliesslich bei den Kunden ausgeübt wird. Die Definition beschränkt sich schliesslich auf Arbeitsverhältnisse.

Die Freiwilligkeit bedeutet, dass die Telearbeit auf einer Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer beruht (Ziff. 3 Par. 1 und 3). In Ziffer 3 wird präzisiert, dass der betroffenen Person schriftliche Informationen gegeben werden müs-

²³⁴ ABl. C 326/47 vom 26.10.2012.

²³⁵ Confédération européenne des syndicats, Accord volontaire sur le télétravail, 2003, Text der Vereinbarung und Kommentar abrufbar auf: https://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/accord_fr_120503.pdf.

sen (Par. 2) und dass der Entscheid über den Wechsel zu Telearbeit rückgängig gemacht werden kann, wenn sie in der ursprünglichen Stellenbeschreibung nicht enthalten war (Par. 5). Wird der Entscheid rückgängig gemacht, hat dies zur Folge, dass die beschäftigte Person an ihren Arbeitsplatz in den Einrichtungen des Arbeitgebers zurückkehrt. Die Verweigerung der Telearbeit stellt zudem keinen Rechtfertigungsgrund für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses oder die Änderung der Anstellungsbedingungen dar (Ziff. 3 Par. 4). Letztere Bestimmung scheint die Möglichkeit einer Änderungskündigung zur Einführung von Telearbeit auszuschliessen.

Die Rahmenvereinbarung umfasst ferner Vorschriften zu verschiedenen besonderen Fragen. Mit einer Reihe von Vorschriften soll sichergestellt werden, dass für Telearbeitende dieselben Bedingungen gelten wie für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Einrichtungen des Arbeitgebers. Telearbeitende müssen also dieselben, durch geltende Rechtsvorschriften und Arbeitsverträge garantierten Rechte geniessen, sofern die Besonderheiten der Telearbeit keine spezifischen ergänzenden Vereinbarungen rechtfertigen (Ziff. 4). Sie haben dieselben kollektiven Rechte und müssen mit den Arbeitnehmervertretungen kommunizieren können und unter denselben Bedingungen an den Wahlen in die Gremien zur Arbeitnehmervertretung teilnehmen können (Ziff. 11 Par. 1 und 2). Die Rahmenvereinbarung sieht überdies vor, dass die Arbeitsbelastung und die Leistungsstandards der Telearbeitenden denen vergleichbarer Arbeitnehmender in den Einrichtungen des Arbeitgebers entsprechen müssen (Ziff. 9 Par. 2). Telearbeitende müssen die gleichen Aus- und Weiterbildungs- sowie Karrieremöglichkeiten haben und unterliegen den gleichen Beurteilungskriterien wie die anderen Arbeitnehmenden (Ziff. 10 Par. 1).

Eine letzte Reihe von Vorschriften befasst sich mit der Lösung von Problemen, welche die Telearbeit spezifisch oder verstärkt betreffen. So wird in der Rahmenvereinbarung daran erinnert, dass der Arbeitgeber für den Datenschutz (Ziff. 5) sowie auch für den Schutz der Gesundheit und für die Sicherheit (Ziff. 8) verantwortlich ist. Ziffer 5 und 8 verpflichten einerseits den Arbeitgeber, die Telearbeitenden über die Vorschriften in diesen beiden Bereichen zu informieren, und andererseits die Telearbeitenden, sie einzuhalten und ordnungsgemäss anzuwenden. Damit überprüft werden kann, ob die Gesundheitsschutz- und Sicherheitsvorschriften eingehalten werden, ist «im Rahmen der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Tarifverträge» der Zugang zum Telearbeitsplatz vorgesehen. Für den Zugang zum privaten Wohnobjekt sind eine vorherige Mitteilung und die Zustimmung der Telearbeiterin oder des Telearbeiters erforderlich. Die Rahmenvereinbarung erinnert ausserdem an die Respektierung der Privatsphäre der Beschäftigten und an die Grenzen für die Überwachung derselben (Ziff. 6). Ziffer 7 regelt die Ausrüstung: Die Fragen hinsichtlich der Ausrüstung, der Haftung und der Kosten sind vor Aufnahme der Telearbeit festzulegen (Par. 1). Die direkt durch die Arbeit entstehenden Kosten werden durch den Arbeitgeber gedeckt (Par. 3). Es wird auch daran erinnert, dass die Telearbeitenden die ihnen zur Verfügung gestellte Ausrüstung mit der gebotenen Sorgfalt behandeln müssen (Par. 6).

8.1.2 Rechte der Mitgliedstaaten

Ein Bericht aus dem Jahr 2010 hat die in den EU-Mitgliedstaaten verabschiedeten Regelungen zur Umsetzung der Rahmenvereinbarung umfassend dargelegt.²³⁶ Im Folgenden werden gestützt auf diesen Bericht gewisse Aspekte der Umsetzung dargestellt.

Zunächst ist die Form der Umsetzung unterschiedlich. Im Bericht werden die 21 Staaten, welche die Rahmenvereinbarung umgesetzt haben, in drei Gruppen eingeteilt: Die erste be-

²³⁶ WELZ, Christian/WOLF, Felix, *Telework in the European Union*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions 2010.

steht aus neun Staaten, welche die Rahmenvereinbarung durch meist nationale oder branchenübergreifende Kollektivverträge konkretisiert haben, die zweite aus sechs Staaten, welche nicht zwingende Massnahmen wie Richtlinien, Kodizes oder Empfehlungen zur Telearbeit angenommen haben, und die dritte Gruppe aus Staaten, die gesetzliche Massnahmen ergriffen haben.²³⁷ Somit wurde die Frage in 15 untersuchten Staaten in zwingender Form geregelt und in sechs in nicht zwingender Form.

Nationale oder berufsübergreifende Kollektivverträge wurden in sieben Staaten abgeschlossen, darunter Frankreich, Belgien und Luxemburg, wo der Kollektivvertrag per Staatsbeschluss auf sämtliche Arbeitnehmenden ausgeweitet wurde. In Dänemark, Italien und Spanien wurden in Ergänzung zum nationalen Kollektivvertrag Branchenverträge abgeschlossen. Österreich hat die Rahmenvereinbarung über Branchenverträge umgesetzt, die bereits vor der Unterzeichnung der Rahmenvereinbarung bestanden. Deutschland unterscheidet sich durch eine Umsetzung, welche betriebliche Verträge privilegiert.

Zum Inhalt der Regelungen²³⁸ hält der Bericht fest, dass alle auf irgendeine Weise die Freiwilligkeit der Telearbeit garantieren. Es ist auch breit anerkannt, dass für alle Arbeitnehmenden dieselben Vorschriften gelten sollen. Manchmal wird die soziale Isolation der Telearbeitenden behandelt. So hat beispielsweise Portugal die Arbeitgeber verpflichtet, die sozialen Kontakte zu fördern. Nach einigen Tarifverträgen in Deutschland ist eine regelmässige Teilnahme an Sitzungen im Unternehmen vorgeschrieben. In den meisten Regelungen wird die Anwendung der Vorschriften zur Arbeitszeit bestätigt. Bisweilen werden die Zuschläge für Überstunden in der Nacht, am Wochenende und während den Ferien oder ausserhalb der normalen Arbeitszeiten abgeschafft. Dies offensichtlich mit dem Ziel, Telearbeitende davon abzuhalten, zu jeder Zeit oder ununterbrochen zu arbeiten.²³⁹ Es besteht kein Zweifel daran, dass die Vorschriften zur Gesundheit und Sicherheit bei der Arbeit auch für Telearbeitende gelten, obschon sich die Frage stellt, wie diese insbesondere bei den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu Hause umgesetzt werden können.

Seit der Veröffentlichung des Berichts aus dem Jahr 2010 ist es zu weiteren Entwicklungen gekommen. Frankreich hat 2012 ein Gesetz über Telearbeit angenommen. Dadurch ändert sich die Aufteilung der Staaten auf die drei im Bericht identifizierten Gruppen: Es sind nur noch acht, die den Weg der Kollektivverträge gehen, und sieben haben ein Gesetz angenommen. Diese Veränderung entkräftet auch das Argument des Berichts, wonach ausschliesslich Staaten ohne starke sozialpartnerschaftliche Tradition eine Gesetzgebung verabschiedet haben. Frankreich hat im Rahmen seiner letzten grossen Revision des Arbeitsgesetzes ausserdem Bestimmungen zur «Anpassung des Arbeitsrechts an das digitale Zeitalter»²⁴⁰ verabschiedet, die namentlich das Recht der Angestellten auf Trennung der Verbindung umfassen.

Die deutsche Regierung hat im Oktober 2014 ebenfalls eine Änderung der Arbeitsschutzverordnungen verabschiedet. Dies unter anderem mit dem Ziel, Vorschriften für Telearbeitsplätze einzuführen.²⁴¹ Der Entwurf geht auf den geäusserten Regulierungsbedarf ein, indem einerseits Telearbeitsplätze als vom Arbeitgeber eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten definiert werden.²⁴² Diese Definition ist das Pendant zum Bild-

²³⁷ WELZ/WOLF, 9. Zur ersten Gruppe gehören Österreich, Deutschland, Dänemark, Italien, Spanien, Griechenland, Frankreich, Belgien, Luxemburg; zur zweiten Finnland, Irland, Lettland, Niederlande, Schweden und Vereinigtes Königreich; zur dritten Tschechien, Ungarn, Polen, Portugal, Slowakei und Slowenien.

²³⁸ WELZ/WOLF, 15–18.

²³⁹ Aus ähnlichen Beweggründen schalten einige Betriebe ihre Server während der Nacht aus oder sperren den Zugriff darauf.

²⁴⁰ Gesetz Nr. 2016-1088 vom 8. August 2016 über die Arbeit, die Modernisierung des sozialen Dialogs und die Sicherung der beruflichen Laufbahnen [*Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*], JORF Nr. 0184 vom 9. August 2016, Text Nr. 3, Art. 55 ff.

²⁴¹ Verordnung zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen, 30.10.2014, Drucksache 509/14.

²⁴² Art. 1 Nr. 2 § 2 Abs. 7 der Vorlage.

schirmarbeitsplatz (Art. 1 Nr. 2 § 2 Abs. 5 der Vorlage), der sich gemäss dem gewählten Begriff nur in den Arbeitsräumen befinden kann. Andererseits werden im Entwurf, im Bewusstsein der begrenzten Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers, die für die Telearbeit geltenden Vorschriften genannt (Art. 1 Nr. 2 § 2 Abs. 3 der Vorlage). So muss der Arbeitgeber die Gefährdungen für Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten beurteilen, sie unterrichten und unterweisen und die für die Gestaltung der Bildschirmarbeitsplätze vorgesehenen Massnahmen ergreifen.²⁴³ Der Entwurf zeigt auf, wie aktuell die Fragen im Zusammenhang mit der Telearbeit sind und dass Deutschland – das zu den Staaten zählt, die hauptsächlich eine Regulierung durch betriebliche Verträge gewählt haben – ebenfalls gesetzliche Massnahmen diskutiert. Der Entwurf ist jedoch insbesondere bei den Arbeitgebern stark umstritten, unter anderem aufgrund von Bestimmungen, die nicht die Telearbeit betreffen.²⁴⁴ Besonders hervorgehoben werden die Problematik der Umsetzung der Schutzbestimmungen und insbesondere die allfälligen Anforderungen des Arbeitgebers an die Einrichtung in der Wohnung der Beschäftigten oder sogar die Verweigerung der Telearbeit aufgrund mangelnder Sicherheit und mangelndem Gesundheitsschutz.²⁴⁵

Die Niederlande, die sich zur Umsetzung der Rahmenvereinbarung für nicht zwingende Massnahmen entschieden haben, haben am 9. Juni 2015 eine bedeutende Gesetzesänderung angenommen.²⁴⁶ Dieser Staat hat im Hinblick auf die Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen zugunsten von Personen, die von ihnen abhängige Familienangehörige unterstützen, einen Anspruch auf Telearbeit eingeführt. Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer stellt einen Antrag, den der Arbeitgeber, sofern die Funktion überhaupt mit Telearbeit vereinbar ist, nur aus den im Gesetz aufgezählten Gründen ablehnen kann. Die Niederlande zeichnen sich im Übrigen durch den höchsten Prozentsatz an Telearbeit aus.²⁴⁷

8.2 Ausserhalb der Europäischen Union

Ausserhalb der Europäischen Union hat der Bundesgesetzgeber der Vereinigten Staaten von Amerika im Jahr 2010 ein Gesetz angenommen, das dem Bundespersonal Telearbeit erlaubt und die Bedingungen dafür festlegt.²⁴⁸ Dieses Gesetz verpflichtet die Bundesbehörden, Weisungen zur Praxis der Telearbeit zu erlassen. Verlangt werden die Bestimmung einer für Telearbeitsfragen zuständigen Person und die Einführung einer Telearbeit-Schulung. Das Gesetz sieht vor, dass Telearbeit unabhängig von der vereinbarten Form von Telearbeit (regelmässig, gelegentlich etc.) auf einer schriftlichen Vereinbarung zu beruhen hat.

9 Ansicht der Sozialpartner

Zur Ergänzung des vorliegenden Berichts hat die Bundesverwaltung den Schweizerischen Arbeitgeberverband und den Schweizerischen Gewerkschaftsbund informell eingeladen, ihren Standpunkt zum Thema Telearbeit darzulegen. Während die Verwaltung beiden einige

²⁴³ Entwurf, S. 22.

²⁴⁴ Siehe Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA Die Arbeitgeber), Stellungnahme zum Verordnungsentwurf zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen (Bundesrats-Drucksachen 509/14 und 509/14 [B]) vom 12. Januar 2015 und Die Zeit-Online «Kanzleramt legt Nahles' Arbeitsstättenverordnung auf Eis», 26.2.2015, und die darin kritisierte Pflicht, am Arbeitsplatz abschliessbare Spinde zur Verfügung zu stellen.

²⁴⁵ BDA, Stellungnahme, *ebd.*, S. 2.

²⁴⁶ 245 Wet van 9 juni 2015 tot wijziging van de Wet aanpassing arbeidsduur ten einde flexibel werken te bevorderen, abrufbar auf https://www.eerstekamer.nl/behandeling/20150625/publicatie_wet/document3/f=/vjv1bblkhfw9.pdf. Siehe auch, Benjamin Dürr, Neues Gesetz in den Niederlanden – Ich will Heimarbeit – du darfst, Spiegel Online, 14. April 2015.

²⁴⁷ WELZ/WOLF, 4–5.

²⁴⁸ Telework Enhancement Act of 2010, Public Law 111–292.

konkrete Fragen stellte, stellte sie keine spezifischen Anforderungen bezüglich Inhalt und Form der Antworten.

Die erste Frage bezog sich auf die allgemeine Beurteilung der Telearbeit. Zweitens wurde gefragt, welche Bereiche auf dem Gebiet der Telearbeit am meisten Probleme bereiten. Die dritte Frage drehte sich darum, wie die Telearbeit vor dem Hintergrund des Vorgehens in der Europäischen Union geregelt werden sollte (europaweite Rahmenvereinbarung zwischen den Sozialpartnern und Umsetzung in den Mitgliedstaaten mittels Gesetzen, Kollektivverträgen oder nicht zwingenden Massnahmen; siehe vorne Ziff. 8.1). Obschon in der Schweiz das Instrument einer Rahmenvereinbarung nicht gängige Praxis ist, wurde diese Möglichkeit zur Diskussion gestellt.

Sowohl der Schweizerische Arbeitgeberverband als auch der Schweizerische Gewerkschaftsbund sind gegenüber der Telearbeit grundsätzlich positiv eingestellt, wobei der Schweizerische Gewerkschaftsbund Rahmenbedingungen einfordert, damit sich die positiven Auswirkungen entfalten können.

Der Schweizerische Arbeitgeberverband unterstützt den Ausbau flexibler Arbeitsformen wie der Telearbeit zu Hause sowie alle Varianten örtlicher und zeitlicher Flexibilität. Er betrachtet diese Arbeitsformen als Folge des flexiblen Arbeitsmarkts, dank dem die Unternehmen bedarfsgerechte und flexible Arbeitsmodelle einführen können. Fragen, die sich im betrieblichen Alltag stellen, würden durch betriebliche Vereinbarungen gelöst. Arbeitgeber und Arbeitnehmende fänden dabei für beide Seiten passende Lösungen. Zudem seien grundsätzlich die gesetzlichen Regelungen im Obligationenrecht sowie im Arbeitsgesetz anwendbar. Der Arbeitgeberverband sieht daher keinen Bedarf für neue gesetzliche Regulierungen, welche die Unternehmen darin einschränken könnten, flexible Arbeitsmodelle nach ihren Bedürfnissen anzubieten. Kleine Unternehmen müssten dabei andere Lösungen finden als grosse. So würde eine nationale Rahmenvereinbarung den konkreten betrieblichen Bedürfnissen nicht gerecht und könnte bestehende betriebliche Vereinbarungen verhindern oder verunmöglichen.

Für den Schweizerischen Gewerkschaftsbund hat die Telearbeit positive Aspekte, wenn sie freiwillig erfolgt, dem Bedürfnis der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers entspricht und die dieser Arbeitsform inhärenten Risiken angegangen und möglichst neutralisiert werden. Der Gewerkschaftsbund sieht hauptsächlich folgende Problemfelder:

- Haftungsrechtliche Probleme / Verwendung privater Geräte / Datenschutz: Es bestehen verschiedene, spezifisch mit dieser neuen Arbeitsform verbundene Risiken in Zusammenhang mit der Nutzung des Informatikmaterials ausserhalb des Büros, so beispielsweise in Bezug auf die Kosten für die Beschaffung und Abnutzung, Schäden, Datenverlust oder -diebstahl. Es bestehen keine spezifischen Vorschriften, und die geltenden allgemeinen Regelungen bieten keine klaren und einfachen Lösungen. Deshalb bedarf es analog zu den Regeln betreffend die Heimarbeit einer besonderen Regelung. Es könnte jedoch auch im Rahmen einer Revision der Bestimmungen zur Heimarbeit eine Ausdehnung auf die neuen Formen wie Telearbeit und Homeoffice vorgenommen werden.
- Bei Telearbeit gestaltet es sich sehr schwierig bzw. beinahe unmöglich, die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen zum Gesundheitsschutz zu kontrollieren. Dafür müssen Lösungen gefunden und dementsprechend besondere Regelungen erlassen werden.
- Vermischung zwischen Arbeitszeit und Freizeit; Abgrenzungsproblem.
- Soziale Vereinsamung der Telearbeitenden.
- Die gewerkschaftliche Organisation und Kommunikation gestalten sich schwieriger, wenn der Arbeitgeber den Zugang zum Intranet oder zu den E-Mail-Adressen der Ar-

beitnehmerinnen und Arbeitnehmer verweigert, obwohl das Informationsrecht Teil der verfassungsrechtlich und durch die ILO-Übereinkommen garantierten gewerkschaftlichen Tätigkeit ist.

- Unselbstständige oder selbstständige Erwerbstätigkeit, «Scheinselbstständigkeit»: Bei der Verrichtung von Telearbeit besteht die erhöhte Gefahr, dass Personen, die lediglich für einen einzigen Arbeitgeber tätig sind, ohne Arbeitsvertrag in dessen Organisation eingebunden sind. Dieses Phänomen verbreitet sich mit der Entwicklung der Internet-Plattformen und des Crowdfunding zunehmend. Hier stellen sich auch Fragen rund um die Telearbeit und die «Scheinselbstständigkeit» als Mittel zum Sozial- und Lohndumping.
- Anwendung von Schweizer Recht: Werden Personen im Ausland im Rahmen von Fernarbeit angestellt, so sollte es nicht möglich sein, die Anwendung des Schweizer Rechts auszuschliessen. Diese Fälle müssen regulatorisch angesprochen werden, indem ein Schweizer Gerichtsstand gewährleistet wird und Schweizer Recht, einschliesslich der flankierenden Massnahmen, für anwendbar erklärt wird.

Die grössten Probleme erkennt der Schweizerische Gewerkschaftsbund in den fehlenden Spezialregelungen in Haftungs- und Gerätefragen, bei der Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen zum Gesundheitsschutz, bei der «Scheinselbstständigkeit» sowie beim Vollzug der flankierenden Massnahmen.

Der Schweizerische Gewerkschaftsbund spricht sich für eine Regelung mit Kollektivverträgen aus. Wo keine Kollektivverträge bestehen, müssen die minimalen Rahmenbedingungen (Freiwilligkeit, Einhaltung Gesundheitsschutz etc.) für Telearbeit subsidiär gesetzlich geregelt werden.

10 Synthese

Aufgrund der Ergebnisse des vorliegenden Berichts können die Fragen des Postulates 12.3166 Meier-Schatz in Bezug auf die Verbreitung der Telearbeit (Ziff. 10.1), deren Vor- und Nachteile (Ziff. 10.2) und die damit verbundenen rechtlichen Probleme (Ziff. 10.3 bis 10.5) beantwortet werden.

10.1 Verbreitung der Telearbeit

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Telearbeit seit Beginn der 2000er-Jahre deutlich entwickelt hat. Zurzeit hat sich diese Arbeitsform jedoch nicht überall durchgesetzt. Die verfügbaren Daten sind zudem beschränkt und aufgrund der verschiedenen verwendeten Definitionen von Telearbeit schwierig zu vergleichen. Aus den verfügbaren Daten lässt sich insbesondere nicht ableiten, wie verbreitet die regelmässige Telearbeit zu Hause ist. Denn wenn diese weniger als die Hälfte der Tätigkeit ausmacht, wird sie nicht separat erfasst. Es mangelt ebenfalls an Daten zur Erörterung der genauen Gründe, aus denen Telearbeit geleistet wird, namentlich in Bezug auf die Vereinbarkeit von Beruf und Familie.

Dennoch ist eine Entwicklung festzustellen, die umso deutlicher ausfällt, wenn ein weiterer Ansatz verfolgt wird und auch die Formen der teilweisen oder gelegentlichen Telearbeit einbezogen werden. Teilweise Telearbeit beispielsweise kann bereits vorliegen, wenn die betreffende Person lediglich ein Smartphone benutzt, um erreichbar zu sein und die geschäftlichen E-Mails abzurufen. Gelegentliche Telearbeit kann bereits vorliegen, wenn zum Beispiel von Zeit zu Zeit im Zug oder zu Hause gearbeitet wird.

Der vorliegende Bericht trägt dem Zusammenhang der Telearbeit mit der Flexibilisierung der Arbeitszeit und einer erhöhten organisatorischen Autonomie der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Rechnung.

Insgesamt können das im Postulat erwähnte weitgehende Verschwinden der traditionellen Heimarbeit und das parallele Aufkommen der Telearbeit bestätigt werden. Es ist festzustellen, dass sich die Telearbeit im Gleichschritt mit den Informations- und Kommunikationstechnologien entwickelt hat, während die traditionelle Heimarbeit zurückgegangen und heute nur noch marginal verbreitet ist. Es ist jedoch nicht so, dass die eine Arbeitsform von der anderen verdrängt wird. Die Telearbeit betrifft vor allem intellektuelle oder administrative Tätigkeiten, die mit einem Computer ausgeführt werden können. Die Heimarbeit hingegen hat sich hauptsächlich für Handwerks- oder Manufakturarbeiten entwickelt. Auch der historische, wirtschaftliche und soziale Hintergrund dieser beiden Arbeitsformen unterscheidet sich. Die Heimarbeit betraf in erster Linie Frauen, diente dazu, einen Nebenverdienst zu erzielen und war durch eine sehr starke Abhängigkeit vom Auftraggeber gekennzeichnet. Die Arbeits- und Lohnbedingungen waren dabei in verschiedener Hinsicht problematisch. Die Heimarbeit verbreitete sich ausserdem unabhängig von der Entstehung der Fabriken und der damit einhergehenden Entwicklung des Arbeitnehmerschutzes. Demgegenüber ist die Telearbeit eine neuere Arbeitsform, die aus den technischen Fortschritten und den Möglichkeiten zur Telekommunikation mit der Organisation des Arbeitgebers und zur Verbindung mit deren Netz hervorgegangen ist. Sie wird vor allem von qualifizierteren Arbeitskräften ausgeführt, die im Allgemeinen bereits Schutz durch das Arbeitsrecht und die Sozialversicherungen geniessen und oft in den Räumlichkeiten der Organisation arbeiten. Da es sich bei beiden Arbeitsformen um Fernarbeit handelt, ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass trotz der Unterschiede gewisse gleich gelagerte Probleme bestehen.

10.2 Vor- und Nachteile

Die erwarteten Vorteile der Telearbeit für die Arbeitgeber- und die Arbeitnehmerseite sowie für die Allgemeinheit sind grundsätzlich anerkannt: geringere Kosten, höhere Produktivität, Motivation der autonomen Mitarbeitenden, höhere Flexibilität (insbesondere bezüglich der Vereinbarkeit von Beruf und Familie) und verkehrs- und umweltpolitische sowie raumplanerische Vorteile. Einige dieser Aspekte sind jedoch umstritten, so etwa die Frage, ob für den Ideenaustausch und die Innovation die persönliche Anwesenheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erforderlich ist oder nicht.

Es gibt zudem auch noch andere Instrumente als die Telearbeit, welche die genannten Vorteile bieten. Die Vereinbarkeit von Beruf und Familie zum Beispiel kann in einer Organisation auch durch andere Massnahmen oder durch die Kombination der Telearbeit mit anderen Massnahmen wie der Förderung der Teilzeitarbeit erreicht werden.

Die Telearbeit birgt dagegen auch gewisse Risiken, die im Widerspruch zu den erwarteten Vorteilen stehen oder diese sogar aufheben können. Auf Seiten des Arbeitgebers erfordert die Telearbeit eine Reihe organisatorischer Massnahmen in Bezug auf die Materialbeschaffung, die Sicherheit und die Vertraulichkeit der Daten, die Festlegung neuer Arbeitsprozesse und die Führung der Mitarbeitenden. Für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zieht sie in verschiedener Hinsicht eine Auflösung der Grenzen zwischen Privat- und Berufssphäre nach sich: erstens in räumlicher Hinsicht, da die Arbeit an verschiedenen Arbeitsorten ausgeführt wird, die nicht zwingend angemessen eingerichtet sind, woraus höhere Risiken in Sachen Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz resultieren; zweitens in zeitlicher Hinsicht, da die Arbeitszeit nicht klar oder gar nicht von der Freizeit abgegrenzt werden kann, weil die ständige Verbindung mit der Organisation dazu führen kann, dass jederzeit gearbeitet wird und die

Pausen, die Nachtruhe, die tägliche oder wöchentliche Ruhezeit und die Ferien nicht eingehalten werden; und schliesslich in sozialer Hinsicht, da das Berufs- und das Privatleben, namentlich innerhalb der Familie, nicht mehr klar getrennt sind. Wenn diese Risiken nicht angemessen gesteuert werden, bremsen sie die Entwicklung der Telearbeit und können dadurch die erwarteten positiven Auswirkungen aufheben, die unter anderem auch für die Allgemeinheit bestehen. Der Erfolg des Arbeitsmodells der Telearbeit hängt demnach davon ab, dass diese dort eingesetzt wird, wo sie am besten geeignet ist und die grössten Vorteile bietet, und dass sie zusätzlich auch durch Massnahmen begleitet wird, mit denen die Risiken vermieden oder gemindert werden können.

Es stellt sich somit die Frage, ob die Entscheidung über den Umgang mit diesen Vor- und Nachteilen den Organisationen und den Arbeitnehmenden überlassen werden soll oder ob ein Regelungsbedarf besteht und die Allgemeinheit entsprechende Massnahmen ergreifen soll. Falls die Allgemeinheit eingreifen soll, können Massnahmen zur Beseitigung bestehender Hindernisse oder zur Förderung der Telearbeit ergriffen werden. Im vorliegenden Bericht wurden weder zu allen betroffenen Bereichen noch zu den Massnahmen zur Förderung der Telearbeit Schlüsse gezogen. Im Fokus stehen vor allem die rechtlichen Probleme auf dem Gebiet des Arbeitsrechts sowie ergänzend des Sozialversicherungs- und Steuerrechts.

10.3 Arbeitsrechtliche Probleme

Die mit der Telearbeit verbundenen Risiken können insofern rechtlicher Natur sein, als einzelne Probleme, die sich aus dieser neuen Arbeitsform ergeben, auf Grundlage der bestehenden Gesetzgebung nicht in befriedigender Weise gelöst werden können. Im vorliegenden Bericht wurden in erster Linie das Arbeitsrecht und in zweiter Linie das Sozialversicherungs- und das Steuerrecht geprüft. Die Ergebnisse sind im Folgenden zusammengefasst.

10.3.1 Im Allgemeinen

Das geltende Recht enthält keine spezifischen Regelungen zur Telearbeit.

Grundsätzlich kann diese neue Arbeitsform durch die geltenden Bestimmungen sachgerecht erfasst werden. Bezüglich einiger spezifischer Punkte können sich jedoch Probleme ergeben.

10.3.2 Punktuelle Mängel

10.3.2.1 Grundsätzliches

Die folgenden Punkte werden als problematisch eingestuft, weil die geltende Regelung nicht ausreicht. Es sollte folglich eine andere Regelung vertieft geprüft werden. Die Regelung kann dabei auf verschiedene Weisen erfolgen. Nebst besonderen Gesetzesbestimmungen zur Telearbeit ist auch die Regelung durch Gesamtarbeitsverträge eine Möglichkeit. Diese könnten sich auf die Branchen beschränken, in denen die Telearbeit am weitesten verbreitet ist, und würde differenzierte Vorschriften ermöglichen. Eine nationale Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern nach dem Modell der in der Europäischen Union abgeschlossenen Rahmenvereinbarung ist zwar nicht ausgeschlossen. In der Schweiz sind solche Vereinbarungen jedoch nicht üblich, und die Idee wird von den befragten Sozialpartnern nicht befürwortet. Eine weitere Möglichkeit wäre es, eine Regelung im Einzelarbeitsvertrag zu verlangen, wobei die Möglichkeiten für einseitige Entscheidungen ausgeschlossen werden müssten. Dieser Ansatz wird auch im Postulat verfolgt, wonach es möglich sein soll, «dass Arbeitgeber die Flexibilisierung des Arbeitsplatzes in den Arbeitsverträgen explizit regeln». Der Ansatz ist in

dem Sinne interessant, als die Parteien veranlasst werden, bestimmte Punkte zu regeln, aber weiterhin über die Flexibilität verfügen, die ihnen passenden Regeln zu vereinbaren. Ein Nachteil dieser Lösung besteht in der Schwierigkeit, zu bestimmen, welche Folgen und Sanktionen es nach sich zieht, wenn keine Vereinbarung getroffen wird. Es wäre zum Beispiel nicht sachgerecht, die Telearbeit zu verbieten, wenn sie nicht in einer allenfalls schriftlichen Vereinbarung festgehalten ist. In bestimmten Fällen könnte eine ähnliche Lösung darin bestehen, dispositive Vorschriften zu erlassen, von denen ausschliesslich durch schriftliche Abrede abgewichen werden kann. Liegt keine schriftliche Vereinbarung vor, kommt das dispositive Recht zur Anwendung.

10.3.2.2 Bestehende Gesetzgebung zur Heimarbeit und Bestimmung des Begriffs der Telearbeit

Angesichts der Verbreitung der Telearbeit und des Rückgangs der Heimarbeit ist die umfassende und ziemlich detaillierte Regelung der Heimarbeit zu hinterfragen. Die spezialrechtlichen Bestimmungen zur Heimarbeit sind im Bereich des öffentlichen Rechts nicht und im Bereich der Bestimmungen über den Heimarbeitsvertrag nur punktuell oder selten direkt auf die Telearbeit anwendbar. Doch obwohl sich diese beiden Arbeitsformen unterscheiden, bestehen Ähnlichkeiten. Deshalb könnten verschiedene Bestimmungen, die im Bereich der Heimarbeit gelten, auch für die Telearbeit sachgerecht sein. Es stellt sich somit die Frage, ob die Bestimmungen des Heimarbeitsvertrags revidiert werden sollten, um die Telearbeit zu berücksichtigen.

Falls die bestehende Gesetzgebung zur Heimarbeit revidiert werden sollte, stellt sich damit auch die Frage nach der Definition der Telearbeit. Wie oben bereits erläutert kann die Telearbeit in einem weiten Sinn definiert werden, der alle aus der Ferne ausgeführten Tätigkeiten umfasst. Im engeren Sinn umfasst der Begriff nebst dem Merkmal der Arbeit auf Distanz jenes der Kommunikation oder der Übermittlung von Daten über Informations- und Kommunikationstechnologien. Der Begriff der Telearbeit kann ausserdem auf die vollständige Auslagerung des Arbeitsplatzes ausserhalb der Räumlichkeiten der Organisation oder auf die regelmässige Telearbeit beschränkt werden. Demgegenüber können auch Formen der teilweisen oder gelegentlichen Fernarbeit einbezogen werden. Schliesslich gibt es verschiedene Formen der Telearbeit, namentlich jene zu Hause, in Satellitenbüros oder die mobile Telearbeit.

10.3.2.3 Recht oder Pflicht auf Telearbeit? Vorgängige Vereinbarung

Aus der vorliegenden Untersuchung geht hervor, dass eine klare Tendenz besteht, die Leistung von Telearbeit von der freien Wahl des Arbeitnehmenden und des Arbeitgebers abhängig zu machen. Eine mögliche Konsequenz der Wahlmöglichkeit wäre, dass sich die allfällige Leistung von Telearbeit auf eine ausdrückliche und idealerweise schriftliche Vereinbarung stützen sollte, in der die betroffenen Personen ihre Präferenzen ausdrücklich festhalten. Dadurch würde ausgeschlossen, dass diese Arbeitsform einseitig aufgezwungen werden kann oder dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einen Anspruch auf Telearbeit haben.

10.3.2.4 Gesundheitsschutz und Arbeitszeit

Der Gesundheitsschutz und die Regelung der Arbeitszeit sind bei der Telearbeit von zentraler Bedeutung. Das ist auf die Verbindung dieser Arbeitsform mit der Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse zurückzuführen. Davon betroffen sind der Arbeitsort, aber auch die Arbeits-

zeit. Die Bestimmungen des Obligationenrechts, des Arbeitsgesetzes und des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung erscheinen zwar allgemein und flexibel genug, um diese neue Arbeitsform zu erfassen. Die konkreten Verordnungsbestimmungen beziehen sich hingegen deutlich auf eine klassische Arbeitsorganisation, in welcher die Gestaltung der Arbeitsräume dem Arbeitgeber obliegt.

Folglich wäre es prüfenswert, ob die bestehenden Bestimmungen nicht so angepasst und ausgelegt werden können, dass daraus angemessene Vorschriften für die Telearbeit abgeleitet werden können. Allenfalls wäre zu untersuchen, ob für die Telearbeit nicht spezifische Konkretisierungsvorschriften erlassen werden müssen. Dies umso mehr, als das HArG bereits besondere Bestimmungen zur traditionellen Heimarbeit umfasst. Es besteht folglich eine spezialrechtliche Regelung für eine Arbeitsform, die es praktisch nicht mehr gibt, während die Telearbeit vom geltenden Recht nicht speziell erfasst wird, obwohl die Anzahl der Telearbeitenden in den letzten Jahrzehnten stark zugenommen hat.

Der Vollzug der gesetzlichen Bestimmungen durch den Arbeitgeber und die Behörden stellt ebenfalls ein Problem dar. Die Umsetzung müsste gegebenenfalls in den privaten Räumen der arbeitnehmenden Person kontrolliert werden. Eventuell muss auch der Arbeitsplatz angemessen eingerichtet werden. Desgleichen müssen Personen, die mobile Telearbeit leisten, kontrolliert werden können. Wenn ein Teil der Tätigkeiten im Ausland ausgeführt wird, ist überdies zu klären, ob Schweizer Recht oder ausländisches Recht anwendbar ist und ob die Schweizer Behörden zuständig sind.

Es wäre aus diesen Gründen sinnvoll zu prüfen, wie die allgemeinen Bestimmungen auf diesem Gebiet durch spezifische Bestimmungen für die Telearbeit konkretisiert werden können. Dies könnte im Rahmen einer Überprüfung der geltenden Heimarbeitsgesetzgebung und deren Tragweite erfolgen.

10.3.2.5 Bereitstellung des Materials, Infrastruktur und Auslagen

Bei den geltenden Vorschriften über die Bereitstellung des Materials, die Infrastruktur und die Auslagen handelt es sich um allgemeine Bestimmungen, die grundsätzlich auf die Telearbeit angewendet werden können. Sie werfen jedoch verschiedene Fragen auf. Zunächst ist zu fragen, ob die Auslagen für Material und Arbeitsgeräte auf die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer überwältzt werden können. Die geltenden Bestimmungen bieten gewisse Abgrenzungsschwierigkeiten (Art. 327 und Art. 327a OR) und umfassen eine zwingende Regelung zur gemischten Nutzung von privaten Fahrzeugen oder Geschäftsfahrzeugen, die analog auf die Telearbeit anwendbar sein könnte, wenn die beschäftigte Person das Arbeitsmaterial auch für private Zwecke nutzt (Art. 327b OR). Darüber hinaus besteht eine – ebenfalls zwingende – Bestimmung zur Heimarbeit, die von der Regelung im OR abweicht (Art. 5 Abs. 2 HArG). Insbesondere die Nutzung privater Geräte für die Arbeit ist zwar nicht problematisch, doch konnte bei der Einführung von Artikel 327 Absatz 2 OR, wonach die Auslagen zulasten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers gehen können, die heutige Situation in Bezug auf Informatik- und Telekommunikationsmittel nicht vorhergesehen werden. Denn inzwischen sind diese für die Arbeit sehr wichtig und stellen Güter dar, die in der Bevölkerung weit verbreitet sind. Ferner kann Artikel 327a Absatz 1 OR in Bezug auf die Notwendigkeit der Auslagen für die Telearbeit unterschiedlich ausgelegt werden. Je nach Auslegung muss die arbeitnehmende Person die Tätigkeit in Form von Telearbeit selbst finanzieren, wenn sie diese aus eigenem Interesse leistet. Der Arbeitgeber kann sich in diesem Fall darauf beschränken, den Arbeitsplatz in seinen Räumlichkeiten zu finanzieren. Die Telearbeit schafft diesbezüglich eine neue Ausgangslage, da die beschäftigte Person ihre Leistung an zwei oder mehreren Orten erbringen kann. Artikel 327a Absatz 1 OR ist zwar eine allgemei-

ne Bestimmung, doch ist fraglich, ob er für diese neue Arbeitssituation angemessen ist. Schliesslich werden die Bestimmungen über die Aufteilung der Auslagen den grundlegenden Entwicklungen nicht gerecht, welche die Telearbeit mit sich bringt, wie namentlich die Auflösung der Grenzen zwischen Berufs- und Privatleben. So ist beispielsweise die Nutzung des privaten Fahrzeugs gesetzlich geregelt, diejenige privater Räumlichkeiten und privaten Materials hingegen nicht. Dies war zum Zeitpunkt der Einführung dieser Regelung auch nicht vorhersehbar. Besonders zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang das damalige Vorgehen des Gesetzgebers bei der Totalrevision des Arbeitsrechts: Mit Artikel 327*b* OR wurde eine Regelung in das allgemeine Arbeitsvertragsrecht übernommen, die bis dahin ausschliesslich für Handelsreisende galt. Dies erfolgte gestützt auf die Feststellung, dass aufgrund der stark aufkommenden Motorisierung auch viele andere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Motorfahrzeuge benutzen.²⁴⁹

10.4 Sozialversicherungen und Steuerrecht

Die Telearbeit hat grundsätzlich keine Auswirkungen auf das Sozialversicherungs- und das Besteuerungssystem. Namentlich die Grenze zwischen unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit wird durch die Telearbeit nicht verschoben. Die aktuelle Steuerabzugspraxis kann allerdings in Bezug auf die alternierende Telearbeit – der heute am weitesten verbreiteten Form – als restriktiv bezeichnet werden. Die Frage, ob Steuerabzüge für alle Formen der Telearbeit möglich sein sollen, insbesondere unabhängig davon, ob die beschäftigte Person die Räumlichkeiten und das Material am Standort der Organisation des Arbeitgebers benutzen kann, ist politischer Natur. Diese Frage ist, wie oben erläutert, im Zusammenhang mit dem Problem der Auslagen zu betrachten. Denn von den Steuern abgezogen werden können ausschliesslich die Auslagen, die zulasten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers gehen.

10.5 Internationale Sachverhalte

Internationale Sachverhalte im Bereich der Telearbeit werfen verschiedene Fragen auf. Im öffentlichen Recht gilt das Territorialitätsprinzip, sodass das öffentliche Schweizer Arbeitsrecht nicht über die Schweizer Grenzen hinaus durchgesetzt werden kann. Diese Fragen werden durch die Anwendung allgemeiner Bestimmungen gelöst, die im Bereich der Telearbeit konkretisiert werden können, im Privatrecht namentlich im Zusammenhang mit dem Begriff des gewöhnlichen Arbeitsorts. Da ein Teil der relevanten Bestimmungen im Lugano-Übereinkommen enthalten ist, müssten für eine Änderung komplexe multilaterale Verhandlungen aufgenommen werden.

11 Schlussfolgerung

Der Bundesrat stellt fest, dass sich die Telearbeit in ihren verschiedenen Ausprägungen zunehmend verbreitet. Angesichts der zahlreichen erwarteten Vorteile dieser Arbeitsform ist dies eine positive Entwicklung. Der Bundesrat stellt jedoch auch das Bestehen von ernst zu nehmenden Risiken fest.

Im vorliegenden Bericht äussert sich der Bundesrat nicht dazu, ob namentlich im Bereich der Vereinbarkeit von Beruf und Familie Massnahmen zur Förderung der Telearbeit ergriffen werden sollen. Er beschränkt sich vielmehr auf den rechtlichen Rahmen der Telearbeit.

²⁴⁹ Botschaft 1967, 342.

Grundsätzlich hängt die Entwicklung der Telearbeit von Entscheiden ab, welche die Arbeitnehmenden und die Arbeitgeber treffen müssen.

Was den rechtlichen Rahmen betrifft, lassen sich die neuen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Telearbeit grundsätzlich mit den allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen beantworten. Eine Frage stellt sich hingegen in Bezug auf die bestehende Gesetzgebung zur Heimarbeit: Es wäre prüfenswert, ob nicht diese besondere Gesetzgebung oder zumindest einzelne Bestimmungen daraus auf die Telearbeit ausgedehnt werden sollten. Gegebenenfalls müsste auch der Begriff der Telearbeit definiert werden. Darüber hinaus könnten einige Punkte vertieft geprüft werden wie insbesondere die Vereinbarung über die Telearbeit, der Gesundheitsschutz, die Arbeitszeit, das Material, die Infrastrukturen und die Auslagen.

Für eine Änderung der gegenwärtigen Steuerpraxis mit dem Ziel der Förderung der Telearbeit bedarf es eines politischen Entscheids. Für die internationalen Sachverhalte bestehen allgemeine Regelungen, mit denen sich die entsprechenden Probleme lösen lassen. Schliesslich wären genauere Datenerhebungen zur Telearbeit, insbesondere solche zur regelmässigen Telearbeit, zu begrüssen.

12 Bibliografie

- ANDERMATT, Arthur, Liberté syndicale et droit de grève, in: Droit collectif du travail, Andermatt et al. (Hg.), Basel 2009, 5 ff.
- AUBERT, David, Art. 344 à 355, in: DUNAND, Jean-Philippe / MAHON, Pascal (Hg.), Commentaire du contrat de travail, Bern 2013
- AUBERT, Gabriel, Kommentar zu Art. 319–362 OR, Commentaire romand, Code des obligations I, Art. 1–529 CO, 2. Aufl., THEVENOZ, Luc / WERRO, Franz (Hg.), Basel 2012 (zitiert: CR-AUBERT)
- AUBERT, Gabriel, Le contrat de travail à domicile, Fiches juridiques suisses, 771, août 1983 (zitiert: AUBERT [Travail à domicile])
- BELSER, Urs, Das Recht auf Auskunft, die Transparenz der Datenverarbeitung und das Auskunftsverfahren, in: SCHWEIZER, Rainer J. (Hg.), Das neue Datenschutzgesetz des Bundes, Zürich 1993, 55 ff.
- BERANEK ZANON, Nicole, Bring your own device (BYOD) aus rechtlicher Sicht, Jusletter IT, 12. September 2012
- BEYELER, Jean-Marc, Le télétravail, Questions de droit 2002, 3 ff.
- BIRKHÄUSER, Nicolas / HADORN, Marcel, BYOD – Bring your own device – Private Smartphones im geschäftlichen Arbeitsumfeld, SJZ 2013, 201 ff.
- BRUNNER, Christiane / BÜHLER, Jean-Michel / WAEBER, Jean-Bernard / BRUCHEZ, Christian, Commentaire du contrat de travail, 3. Aufl., Lausanne 2010
- BRUNOLD, Fadri, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht, Bern 2014
- BUSER, Martine / POSCHET, Lena / PULVER, Bernhard, Télématique et nouvelles formes de travail, Etude pour le Technology Assessment – Conseil suisse de la science, September 1999
- CARCAGNI ROESLER, Romina, Home Office, ArbR 2014/2015, 71 ff.
- DOMENIG, Pascal, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Bern 2016
- DUNAND, Jean-Philippe, Internet au travail: droits et obligations de l'employeur et du travailleur, in: DUNAND, Jean-François / MAHON, Pascal (Hg.), Internet au travail, Genf/Zürich/Basel 2014, 33 ff.
- DUNAND, Jean-Philippe, Art. 328 à 328b, in: DUNAND, Jean-Philippe / MAHON, Pascal (Hg.), Commentaire du contrat de travail, Bern 2013
- ECOPLAN, Verkehrsinfrastrukturen smarter nutzen dank flexibler Arbeitsformen, Schlussbericht, 7. September 2015, abrufbar unter: https://www.be.ch/portal/de/index/mediencenter/medienmitteilungen.meldungNeu.html/portal/de/meldungen/mm/2015/08/20150820_1133_die_taeaglichen_verkehrsspitzenbrechen (zuletzt besucht am 12.09.2016)
- EDÖB (Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter), Leitfaden für die Bearbeitung von Personendaten im Arbeitsbereich, Bearbeitung durch private Personen, Oktober 2014 (zitiert: EDÖB, Datenbearbeitung)
- EDÖB (Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter), Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz, Für die Privatwirtschaft, September 2013 (zitiert: EDÖB, Überwachung)

EDÖB (Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter), Leitfaden zu den technischen und organisatorischen Massnahmen des Datenschutzes, September 2011 (zitiert: EDÖB, Sicherheit)

EUROFOUND, New forms of employment, Luxemburg 2015, abrufbar unter <http://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/new-forms-of-employment> (zuletzt besucht am 12.09.2016)

FANTI, Sébastien, Bref aperçu des aspects légaux du BYOD (Bring Your Own Device), in: DUNAND, Jean-François / MAHON, Pascal (Hg.), Internet au travail, Genf/Zürich/Basel 2014, 165 ff.

FRANZ WALDNER, Caroline, Die Heimarbeit aus rechtlicher und historischer Sicht, Basel 1994

GEISER, Thomas, Neue Arbeitsformen – Flexible Arbeitszeiten, Job Sharing, Computer-Arbeitsplätze, AJP 1995, 557 ff. (zitiert: GEISER [AJP, 1995])

GEISER, Thomas, Kommentar zu Art. 1–5 ArG, in: GEISER, Thomas / VON KAENEL, Adrian / WYLER, Remy (Hg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005 (zitiert: GEISER [Arbeitsgesetz])

JAEGER, Carlo, Telearbeit: Altes Recht für neue Arbeit? in: REHBINDER, Manfred (Hg.), Flexibilisierung der Arbeitszeit, Bern 1987, 93 ff.

JURCZYK, Karin, La famille dans un nouveau monde du travail - défi pour une politique familiale durable, in: Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (COFF), Du temps pour les familles ou comment concilier vie familiale et vie professionnelle: le problème vu sous l'angle de la politique familiale, Bern 2004, 109 ff.

LETSCHE, Thomas, Rechtliche Aspekte von Work-Life-Balance, Bern 2008

MAECHLER HERDEWYN, Valérie, Le télétravail, Cahiers genevois et romands de sécurité sociale N° 35-2005, 129 ff.

MEIER, Anne, L'engagement de musiciens: contrat de travail ou contrat d'entreprise? - Etude des contrats de service en droit suisse et américain, Genf 2013

MEIER, Philippe, Protection des données, Bern 2010

METILLE, Sylvain, La surveillance électronique des employés, in: DUNAND, Jean-François / MAHON, Pascal (Hg.), Internet au travail, Genf/Zürich/Basel 2014, 99 ff.

MEYER, Barbara / STOJILIKOVIC, Mladen, Kommentar zu Art. 18–21 des Lugano-Übereinkommens, in: OETIKER, Christian / WEIBEL, Thomas, Basler Kommentar, Lugano-Übereinkommen, 2. Aufl., Basel 2016

NIGGLI, Marcel Alexander / MAEDER, Stefan, Hausverbote und gewerkschaftliche Tätigkeit, AJP 2014, 1463

OBERSON, Xavier, Précis de droit fiscal international, Bern 2014

ORDOLLI, Geneviève, Intranet et internet dans les rapports collectifs de travail - Etude de droit suisse et comparé, Genf 2013 (zitiert: ORDOLLI)

ORDOLLI, Geneviève, Utilisation d'Internet et de l'intranet par les syndicats et les représentants élus des travailleurs, in: DUNAND, Jean-François / MAHON, Pascal (Hg.), Internet au travail, Genf/Zürich/Basel 2014, 205 ff. (zitiert: ORDOLLI [Utilisation])

PAPA, Roberta / PIETRUSZAK, Thomas, Datenschutz im Personalwesen, in: PASSADELIS, Nicola /ROSENTHAL, David /THÜR, Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, 577 ff.

PÄRLI, Kurt, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, AJP 2014, 1454 ff. (zitiert. PÄRLI)

PÄRLI, Kurt, Kommentar zu Art. 328b OR, in: BAERISWYL, Bruno / PÄRLI, Kurt (Hg.), Datenschutzgesetz (DSG), Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juli 1992 (DSG), Bern 2015 (zitiert: PÄRLI, [Datenschutz])

PETER, James Thomas, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, Zürich 1994

POPMA, Jan, Technostress et autres revers du travail nomade, etui. Working paper 2013.07, Brüssel 2013, abrufbar unter: <https://www.etui.org/fr/Publications2/Working-Papers/Technostress-et-autres-revers-du-travail-nomade>

PORTMANN, Roland, Private Smartphones im Geschäftsumfeld, digma 2012, 42 f.

PORTMANN, Wolfgang / RUDOLPH, Roger, Art. 319–362, in: HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / WIEGAND, Wolfgang (Hg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015

PULVER, Bernhard, Aspects juridiques du télétravail, Annexe au rapport «Télématique et nouvelles formes de travail», Conseil suisse de la science et de la technologie, Technology Assessment 35b/2000, Januar 2000

REHBINDER, Manfred, Rechtsprobleme der Telearbeit, in: REHBINDER, Manfred (Hg.), Flexibilisierung der Arbeitszeit, Bern 1987, 103 ff.

REHBINDER, Manfred, Zur gesetzlichen Begriffsbestimmung des Heimarbeitsvertrags, ArB 1990, 79 ff.

REHBINDER, Manfred, Kommentar zu Art. 331–355 OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 2. Abschnitt, Bern 1992

REHBINDER, Manfred / STÖCKLI, Jean-Fritz, Einleitung und Kommentar zu Art. 319–330b OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 2. Abteilung, 2. Teilband, 1. Abschnitt, Bern 2010

REUTTER, Mark A./ KLAUS, Samuel, Rechtliche Stolpersteine bei «BYOD», digma 2012, 160 ff.

RHEINHEIMER, Johannes F. K., Arbeitsrechtliche Fragen nationaler und internationaler Telearbeit in der Europäischen Union an den Beispielen Deutschland und Spanien, Frankfurt am Main 2004

RIESELMANN-SAXER, Rebekka, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Bern 2002

ROHNER, Tobias F./MAAS, Sanna, Home Office – arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Aspekte, SJZ 2015, 325 ff.

RUDOLPH, Roger / VON KAENEL, Adrian, Aktuelle Fragen zur Arbeitszeit, AJP 2012, 197 ff.

SANER, Corinne Andrea, Telearbeit: Organisationsformen – Rechtsformen, Zürich 1992

SBB/Swisscom (Studie durchgeführt von WEICHBRODT, Johann / SPRENGER, Martin / STEFFEN, Martin / TANNER, Alexandra / MEISSNER, Jens O. / SCHULZE, Hartmut) Work-Anywhere, Bern 2013, abrufbar unter: http://documents.swisscom.com/product/1000174-Internet/Documents/Worksmart/WorkAnywere_Studie/WorkAnywhere_Studie-de.pdf (zuletzt besucht am 12.09.2016)

SCHREIBER, René/HONOLD, Kersten A./JAUN, Roger, Commentaire de l'art. 5 du modèle de convention de l'OCDE, in: ZWEIFEL, Martin / BEUSCH, Michael / MATTEOTTI, René (Hg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht – Internationales Steuerrecht, Basel 2014

SCHWARB, Thomas M. / VOLLMER, Albert, Verbreitung der Telearbeit in der Schweiz, in: REY, Lucienne (Hrsg.), Mobile Arbeit in der Schweiz, Zürich 2002, 31 ff.

SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz und den Verordnungen 1 und 2, Stand: Februar 2016

SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz, Stand: August 2016

SGB/USS, Arbeitszeit kontrollieren statt Burnouts kurieren – Mangelhafter Vollzug der Arbeitszeiterfassung in den Kantonen, Dossier NR. 100, Januar 2014, insb. Ziff. 3

STAEHELIN, Adrian, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, in: GAUCH, Peter / SCHMID, Jörg (Hg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Teilband V 2c, Zürich/Basel/Genf 2006

STAEHELIN, Adrian, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b–355, Art. 361–362 OR, in: SCHMID, Jörg (Hg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Teilband V 2c, Zürich/Basel/Genf 2006

STREIFF, Ullin/VON KAENEL, Adrian/RUDOLPH, Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu den Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012

SUBILIA, Olivier / DUC, Jean-Louis, Droit du travail - Elements de droit suisse, 2. Aufl., Lausanne 2010

TANNER, Albert, Travail à domicile, Dictionnaire historique suisse, 6.12.2012, <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D16213.php> (zuletzt besucht am 12.09.2016)

TA-SWISS (Centre d'évaluation des choix technologiques), MEISSNER, Jens O. / WEICHBRODT, Johann / HÜBSCHER, Bettina / BAUMANN, Sheron / KLOTZ, Ute / PEKRUHL, Ulrich / GISIN, Leila / GISLER, Alexandra (Hg.), Flexible neue Arbeitswelt – Eine Bestandsaufnahme auf gesellschaftlicher und volkswirtschaftlicher Ebene, Zürich 2016

ULICH, Eberhard, Activité lucrative et autres activités de la vie quotidienne - une approche sous l'angle de la psychologie du travail, in Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (COFF), Du temps pour les familles ou comment concilier vie familiale et vie professionnelle: le problème vu sous l'angle de la politique familiale, Bern 2004, 55 ff.

VISCHER, Frank / MÜLLER, Roland A., Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014

VON KAENEL, Adrian, Die ständige Erreichbarkeit des Arbeitnehmers, ARV 2009, 1 ff. (zitiert: VON KAENEL, [Ständige Erreichbarkeit])

VON KAENEL, Adrian, Einseitige Vertragsänderungsrechte des Arbeitgebers, in: WYLER, Rémy / MEIER, Anne / MARCHAND, Sylvain (Hg.), Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert, Zürich 2015, 331 ff. (zitiert: VON KAENEL [Einseitige ...])

WEICHBRODT, Johann / SCHULZE, Hartmut / GISIN, Leila / TANNER, Alexandra / WELGE, Katrina, Forschungsbericht «GeMobAU»: Gestaltung mobil-flexibler Arbeit in grossen

und mittleren Unternehmen, Hochschule für Angewandte Psychologie FHNW, Olten 2015.
Abrufbar unter: <http://bit.ly/gemobau> (zuletzt besucht am 12.09.2016)

WEICHBRODT, Johann / TANNER, Alexandra / SCHULZE, Hartmut, FlexWork-Phasenmodell: Befragung Schweizer Unternehmen und Verwaltungen zur örtlichen und zeitlichen Arbeitsflexibilität (Management Summary), Fachhochschule Nordwestschweiz, Hochschule für Angewandte Psychologie, abrufbar unter: http://www.fhnw.ch/aps/ifk/projekte/abgeschlossene-projekte/flex_work_phasenmodell (zuletzt besucht am 12.09.2016)

WELZ, Christian/WOLF, Felix, Telework in the European Union, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin 2010