

3. Wirtschaftsrecht/Droit économique

3.9. Arbeitsrecht/Droit du travail

BVGer A-5819/2016: Anspruch auf Home-Office-Arbeit aus gesundheitlichen Gründen?

Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, Urteil A-5819/2016 vom 22. November 2017, A. gegen Bundesamt für Informatik und Telekommunikation BIT, Kündigung des Arbeitsvertrages/Zwischenzeugnis, teilweise Gutheissung der Beschwerde bezüglich Auflösung des Arbeitsverhältnisses.



MARCO KAMBER*

Wird im Bundespersonalrecht ein Arbeitsverhältnis mangels gesundheitlicher Eignung zur Arbeit im Grossraumbüro aufgelöst, so fehlt dieser Kündigung die sachliche Grundlage, wenn zuvor die Alternative der Home-Office-Arbeit nicht ausreichend geprüft wurde. Ist dies eine Folge der spezifischen Anforderungen an die Kündigungsvoraussetzungen im Rahmen öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse oder hat die Arbeitnehmerin einen durchsetzbaren Anspruch auf einen Arbeitsplatz in einem Kleinbüro oder gar im Home-Office, soweit dies gesundheitlich indiziert und verhältnismässig ist?

I. Sachverhalt, Prozessgeschichte und Entscheid

A. war seit dem 1. Mai 2007 in verschiedenen Funktionen beim Bundesamt für Informatik und Telekommunikation («BIT») tätig, ab dem 1. April 2013 mit einem Pensum von 80%. Im Sommer 2014 wurden am Arbeitsort von A. sämtliche Kleinbüros in Grossraumbüros umgewandelt. Mit ärztlichem Attest vom 6. Oktober 2014 wurde bestätigt, dass A. die Arbeitsbedingungen in einem Grossraumbüro aus psychischen Gründen nicht ertrage. In einem Bericht vom 11. Juni 2015 hielt die behandelnde Ärztin fest, A. gehöre zur Gruppe von 20% der Bevölkerung, die eine «hohe Sensibilität» aufweise. A. wünschte eine Lösung mit 40% Home-Office und 40% Arbeit im Grossraumbüro. Der durch das BIT beigezogene MedicalService bestätigte den ärztlichen Befund im Wesentlichen.

Zu einer im Urteil nicht genau bezeichneten Zeit erfolgte ein Versuch mit einer Home-Office-Lösung während

* MARCO KAMBER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Partner bei RKR Rechtsanwälte.

zwei Tagen pro Woche. Der ehemalige Vorgesetzte von A. vermerkte dazu über eine Dauer von eineinhalb Monaten hinweg keine Beanstandungen, während der neue Vorgesetzte den Versuch nach zwei Wochen abbrach mit der Begründung, A. sei jeweils nicht zeitnah erreichbar gewesen und die ihr übertragenen Aufgaben würden sich nur beschränkt für das mobile Arbeiten eignen.

Im Übrigen war A. ab dem 27. Juli 2015 mit Unterbrüchen vom 1. bis 31. Oktober 2015 und vom 1. bis 31. Juli 2016 zu 100% arbeitsunfähig.

Am 25. August 2016 verfügte das BIT die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit einer dreimonatigen Kündigungsfrist per 30. November 2016 und der Begründung, dass A. aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sei, die vertraglich vereinbarte Funktion wahrzunehmen. Sämtliche sinnvollen Möglichkeiten zur Weiterbeschäftigung seien ausgeschöpft respektive erfolglos geblieben.

Gegen diese Verfügung erhob A. am 22. September 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Dieses hiess mit Urteil vom 22. November 2017 die Beschwerde teilweise gut und entschied, dass das Arbeitsverhältnis bis 31. Dezember 2016 zu erstrecken und die Vorinstanz überdies zu verpflichten sei, A. gestützt auf Art. 34b Abs. 1 lit. a BPG¹ eine Entschädigung von sechs Bruttomonatslöhnen ohne Abzug der Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Auf die ebenfalls Gegenstand des Verfahrens bildende Frage nach dem Arbeitszeugnis (vgl. E. 7 des Urteils) wird nachfolgend nicht eingegangen. Das Urteil wurde nicht angefochten und ist in Rechtskraft erwachsen.

II. Würdigung der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

A. Zum Erfordernis des sachlichen Kündigungsgrundes

1. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Die Arbeitgeberin könne ein dem Bundespersonalrecht unterstehendes unbefristetes Arbeitsverhältnis gemäss Art. 10 Abs. 3 BPG nur aus sachlich hinreichenden Gründen ordentlich kündigen, so unter anderem wegen mangelnder Eignung, Tauglichkeit oder Bereitschaft der Arbeitnehmerin, die im Arbeitsvertrag vereinbarte Arbeit zu verrichten (Art. 10 Abs. 3 lit. c BPG; E. 3.2.1).² Mangelnde Eignung oder Tauglichkeit als objektiv unverschuldete Gründe

seien indessen nicht leichtthin anzunehmen. Insbesondere sei die Arbeitgeberin gemäss Art. 19 Abs. 1 BPG gehalten, alle Alternativen einer zumutbaren Weiterbeschäftigung auszuschöpfen, bevor sie einer Person ohne deren Verschulden kündigt. Sie sei unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsprinzips und gemäss Art. 11a Abs. 1 BPV³ bei krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung verpflichtet, alle sinnvollen und zumutbaren Möglichkeiten wahrzunehmen, um die Arbeitnehmerin wieder in den Arbeitsprozess einzugliedern (E. 3.2.3).

Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass das BIT die zumutbaren Alternativen nicht ausgeschöpft habe: Mit dem während eineinhalb Monaten funktionierenden Versuch der (teilweisen) Home-Office-Arbeit sei erstellt, dass sich offenbar mindestens ein Teil der A. übertragenen Arbeiten auch ausserhalb des angestammten Arbeitsplatzes erledigen liess. Das Nichtgewähren der Home-Office-Möglichkeit ohne angemessene Bewährungs- bzw. Versuchsfrist unter dem neuen Vorgesetzten erscheine auch unter Berücksichtigung des Ermessens des direkten Vorgesetzten als vorschnell und nicht hinreichend begründet. Nur weil die Ärzte eher eine Kombination von Home-Office und Zwei-Personen-Büro empfohlen hatten, habe das BIT mit Verweis auf das fehlende Kleinbüro die Lösung mit 40% Home-Office und 40% Grossraumbüro nicht vollständig ausser Acht lassen resp. unvermittelt abrechnen dürfen. Das BIT hätte vielmehr die Kombination von Home-Office an zwei Tagen pro Woche und Grossraumbüro mindestens (erstlich) versuchen müssen (E. 3.4.6.2).

Damit hätte das BIT Art. 19 Abs. 1 BPG i.V.m. Art. 11a Abs. 1 BPV verletzt. In der Folge seien die Kündigungsvoraussetzungen von Art. 10 Abs. 3 lit. c BPG nicht gegeben. Die Kündigung sei entsprechend ohne sachlichen Grund erfolgt (E. 3.4.7 und E. 3.5). Im Resultat sprach das Bundesverwaltungsgericht A. die (so beantragte) Entschädigung von sechs Monatslöhnen zu, welche dem Regel-Mindestmass entspricht (Art. 34b Abs. 1 lit. a und Abs. 2 BPG; E. 5.3.3).

2. Würdigung der Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Die einschlägigen Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts sind für den konkreten Fall nachvollziehbar. Unter dem für das Bundespersonalrecht geltenden Verhältnismässigkeitsprinzip und den vorstehend (II.A.1.) zitierten Bestimmungen sind in der Tat sämtliche geeigneten, zumutbaren und im engeren Sinne verhältnismässigen Alternativen zu prüfen, bevor zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses geschritten wird.

¹ Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (BPG; SR 172.220.1).

² Nachfolgend wird in Anlehnung an den konkreten Fall jeweils von der Arbeitnehmerin und der Arbeitgeberin gesprochen; soweit die Ausführungen genereller Natur sind, sind damit auch der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber gemeint.

³ Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV; SR 172.220.111.3).

Im vorliegenden Fall war entscheidend, dass das BIT einem Home-Office-Versuch zugestimmt hatte und dieser offenbar zunächst einhalb Monate lang klaglos verlief, bevor ihn der neue Vorgesetzte nach kurzer Zeit mit einer Begründung abbrach, welche zum zuvor funktionierenden Versuch in Widerspruch stand. Damit durfte es das Bundesverwaltungsgericht als erstellt erachten, dass diese Alternative nicht ernstlich geprüft wurde. In der Folge war es im Rahmen der Vorgaben des Bundespersonalrechts auch richtig, von einem fehlenden sachlichen Kündigungsgrund auszugehen.

3. Exkurs: Tendenzen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

Das Erfordernis eines sachlichen Kündigungsgrundes resp. der Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips ist ein solches des öffentlichen Personalrechts. Insofern kann dem vorliegenden Entscheid diesbezüglich für die Beurteilung der Auflösung privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse nichts entnommen werden. Insbesondere unter dem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes sind indessen auch im Privatrecht Tendenzen in der Gerichtspraxis zur missbräuchlichen Kündigung nach Art. 336 OR auszumachen, welche in eine ähnliche Richtung zielen, worauf an dieser Stelle kurz hingewiesen wird. Zwar handelt es sich bei den sogleich aufgezählten Kategorien dem Grundsatz nach um Einzelfälle; eine gewisse Tendenz scheint aber durchaus erkennbar:

Zunächst ist – mit einer gewissen Nähe zum vorliegenden Fall – auf die Kategorie erkrankter Arbeitnehmerinnen hinzuweisen, deren Arbeitsverhältnis nach Ablauf des zeitlichen Kündigungsschutzes nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR aufgelöst wird. Grundsätzlich ist diese Kündigung nicht missbräuchlich, da der zeitliche Kündigungsschutz die Interessen der Arbeitnehmerin ausreichend wahrt. Zudem wird zwar wegen einer grundsätzlich geschützten persönlichen Eigenschaft (Krankheit) gekündigt, indes kommt die Rechtfertigung von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR zum Tragen, wonach diese Eigenschaft die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt (resp. gar ausschliesst).⁴ Allerdings gilt diese Rechtfertigung gemäss Gerichtspraxis nicht, wenn die Beeinträchtigung aufgehoben werden könnte, sprich beispielsweise eine zumutbare interne Versetzung die Arbeitsfähigkeit wiederherstellen würde. Verlangt die Arbeitnehmerin eine solche Versetzung, macht sie zumindest nach Treu und Glauben einen Anspruch auf den Schutz ihrer Persönlichkeit nach Art. 328 OR geltend, und die nachfolgend ausgesprochene Kündigung ist – allen-

falls unter dem Tatbestand von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR («Rachekündigung») – missbräuchlich.⁵ Ebenso erscheint die Kündigung wegen einer Gesundheitsbeeinträchtigung missbräuchlich, wenn diese zuvor von der Arbeitgeberin schuldhaft herbeigeführt wurde.⁶

Sodann gewährt die Gerichtspraxis auch Arbeitnehmerinnen, welche sich dem Pensionierungsalter nähern und seit längerer Zeit in einem Arbeitsverhältnis zur konkreten Arbeitgeberin stehen, basierend auf Art. 328 OR einen besonderen Schutz. Bevor diesen Arbeitnehmerinnen ohne betriebliche Notwendigkeit gekündigt werden darf, müssen sozialverträgliche Alternativen geprüft und Massnahmen getroffen werden, insbesondere die Ansetzung einer Bewährungsfrist zur Verbesserung der gegebenenfalls altersbedingt reduzierten Leistungen. Andernfalls erweist sich die Kündigung als missbräuchlich.⁷

Schliesslich kommt auch in Fällen von internen Konfliktsituationen eine Ausprägung des Verhältnismässigkeitsprinzips zum Tragen. Die Arbeitgeberin hat bei einer solchen Ausgangslage wiederum basierend auf Art. 328 OR zunächst die erforderlichen und zumutbaren Massnahmen zur Beseitigung der Konfliktsituation zu treffen, bevor sie das Arbeitsverhältnis mit einer am Konflikt beteiligten Person auflösen darf, andernfalls die Kündigung missbräuchlich ist.⁸

Insbesondere wenn also eine Beeinträchtigung der Persönlichkeitsrechte nach Art. 328 OR besteht oder droht, tendiert die Gerichtspraxis dazu, dass alternative Massnahmen geprüft werden müssen, bevor zur Kündigung geschritten wird. Dies ist eine Angleichung des privaten Arbeitsvertragsrechts – für welches an sich die Kündigungsfreiheit unter dem Vorbehalt der Missbräuchlichkeit besteht – an das öffentliche Personalrecht mit dem dort geltenden Verhältnismässigkeitsprinzip. Es ist danach auch denkbar, dass der vorliegend besprochene Fall unter der vorstehend erstgenannten Kategorie auch im Privatrecht als missbräuchliche Kündigung qualifiziert worden wäre, wobei eine Pro-

⁵ Vgl. BGer, 4A_2/2014, 19.2.2014, E. 3.2.

⁶ So etwa BGer, 4A_401/2016, 13.1.2017, E. 5; BGer, 4A_437/2015, 4.12.2015, E. 2.2.2. Anzumerken sei indessen, dass das Arbeitsverhältnis nach hier vertretener Ansicht auch bei einer solchen Ausgangslage ohne Vorhalt der Missbräuchlichkeit aufgelöst werden darf, wenn eine Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit trotz Umsetzung zumutbarer Massnahmen nicht mehr absehbar ist.

⁷ Diese Praxis wurde begründet mit dem Entscheid BGE 132 III 115 E. 5, vgl. des Weiteren etwa BGer, 4A_384/2014, 12.11.2014, E. 4.2.2; BGer, 4A_169/2013, 18.6.2013, E. 4.2.3; BGer, 4A_558/2012, 18.2.2013, E. 2. Allerdings ist die Praxis mit Bezug auf das erforderliche Lebensalter und die notwendige Dauer des Arbeitsverhältnisses schwankend und stark einzelfallabhängig.

⁸ Vgl. etwa BGer, 4A_439/2016, 5.12.2016, E. 3.2; BGer, 4A_384/2014, 12.11.2014, E. 4.2.1.

⁴ Siehe ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit. PraxKomm-Verfasser), Art. 336 OR N 5.

gnose angesichts der einzelfallabhängigen Gerichtspraxis schwierig ist.

B. Zum Schutzgehalt von Art. 6 ArG

1. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Gemäss Art. 6 Abs. 1 ArG⁹ sei die Arbeitgeberin verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Insbesondere habe sie die betrieblichen Einrichtungen so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen nach Möglichkeit vermieden werden (Art. 6 Abs. 2 ArG). Die Arbeitgeberin müsse alle Vorkehrungen treffen, die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmerinnen zu gewährleisten (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 ArGV 3¹⁰). Das heisst, dass Arbeitsplätze und Arbeitssysteme so zu gestalten seien, dass es keine beeinträchtigenden Auswirkungen auf die Arbeitnehmerinnen gibt. Arbeit und Arbeitsbedingungen seien dem Menschen anzupassen und nicht umgekehrt. Wohlbefinden und Gesundheit der Arbeitnehmerinnen hingen insbesondere von der korrekten Gestaltung der baulichen Verhältnisse, vom Arbeitsplatzumfeld sowie von der Organisation im Allgemeinen ab.¹¹ Die Massnahmen müssten im Hinblick auf ihre baulichen und organisatorischen Auswirkungen indes verhältnismässig sein (Art. 2 Abs. 2 ArGV 3; E. 3.4.4).

An den in Frage kommenden Arbeitsorten standen keine Zwei-Personen-Büros zur Verfügung, weil die Arbeit ausschliesslich in Grossraumbüros verrichtet wurde. Dabei sei gleichzeitig davon auszugehen, dass die Grossraumbüros bzw. die sich dort befindenden Arbeitsplätze den allgemeinen Anforderungen an den Gesundheitsschutz genügen und insbesondere die Mindestanforderungen bezüglich Grösse und Lärm (Art. 11 ff. ArGV 3) erfüllten. Von der Arbeitgeberin habe deshalb nicht verlangt werden können, dass sie für A. ein Zwei-Personen-Büro schafft, was wohl mit baulichen Massnahmen verbunden gewesen wäre. Eine solche räumliche Sonderlösung wäre unverhältnismässig gewesen (E. 3.4.5).

Gemäss Art. 33 VBPV¹² könnten die Angestellten im Einvernehmen mit der zuständigen Stelle ihre Arbeit ganz oder teilweise ausserhalb des Arbeitsplatzes leisten. Somit liege die Gewährung von Home-Office-Arbeit grundsätzlich im Ermessen der Arbeitgeberin. Ein Anspruch der Arbeitnehmerin bestehe nicht (E. 3.4.6.1). Das Thema Home-Office sei vorliegend aber nicht als Anspruch, sondern vor dem Hintergrund der gesundheitlichen Situation von A. als Eingliederungsmassnahme zu beurteilen (E. 3.4.6.2) – da dieser Versuch nicht angemessen umgesetzt worden sei, fehle der Kündigung mangels ausreichender Prüfung der Handlungsalternativen die sachliche Grundlage (E. 3.4.6.2, 3.4.7; oben II.A.1.).

2. Bemerkungen zu den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Gehalt von Art. 6 ArG sind für den Entscheid ohne Relevanz:

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte zum einen die baulichen Anpassungen unter den entsprechenden Voraussetzungen von Art. 6 ArG und stellte fest, dass die Umsetzung solcher Massnahmen unverhältnismässig gewesen wäre. In Bezug auf die Home-Office-Arbeit hingegen schloss das Bundesverwaltungsgericht ohne weitere Prüfung der Voraussetzungen von Art. 6 ArG mit der schlichten Feststellung, dass kein Anspruch auf die Gewährung von Home-Office bestehe, sondern diese Arbeitsvariante nur – aber immerhin und damit letztlich entscheidend – als Eingliederungsmassnahme und mithin als Alternative zur Kündigung zu prüfen sei.

Somit sind die Erwägungen, ob unter den gegebenen Bedingungen und gestützt auf Art. 6 ArG ein durchsetzbarer Anspruch auf eine alternative Gestaltung des Arbeitsplatzes respektive Arbeitsablaufes bestanden hätte, für den Entscheid nicht massgebend und sie können mithin auch nicht präjudizierend verstanden werden. Im Übrigen zeigt eine genauere Betrachtung der Erwägungen, dass das Bundesverwaltungsgericht die diesbezüglich zutreffend eingeleiteten Überlegungen nicht zu Ende geführt hat (darauf wird zurückgekommen, unten III.D.2.).

C. Zum zeitlichen Kündigungsschutz bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit

1. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Das BIT habe fälschlicherweise eine Kündigungsfrist von drei Monaten statt von vier Monaten verfügt, weswegen das Arbeitsverhältnis um einen Monat zu erstrecken sei (Art. 12

⁹ Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11).

¹⁰ Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3; Gesundheitsschutz; SR 822.113).

¹¹ Vgl. Wegleitung des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO («SECO») zu den Verordnungen 3 und 4, damals Stand November 2016, heute Stand November 2017 (zit. Wegleitung II), 302-1 f.

¹² Verordnung des EFD vom 6. Dezember 2001 zur Bundespersonalverordnung (VBPV; SR 172.220.111.31).

BPG i.V.m. Art. 30a Abs. 2 BPV und Art. 34b Abs. 1 lit. c BPG; E. 4.2). Hingegen habe die gesundheitliche Beeinträchtigung nicht zu einer Verlängerung des Arbeitsverhältnisses geführt:

Gemäss Art. 6 Abs. 2 BPG gelte die Bestimmung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR über den zeitlichen Kündigungsschutz auch für dem Bundespersonalrecht unterstehende Arbeitsverhältnisse, wobei vorliegend die Sperrfrist unbestritten abgelaufen gewesen sei (E. 4.3). Überdies könne die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis nach Ablauf der Probezeit bei Arbeitsverhinderung infolge Krankheit oder Unfall frühestens auf das Ende einer Frist von zwei Jahren nach Beginn der Arbeitsverhinderung auflösen (Art. 31a Abs. 1 BPV). Das Bundesverwaltungsgericht kam indessen zum Schluss, dass diese Bestimmung – wie auch diejenige von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR – bei einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit nicht anwendbar sei (E. 4.5.1, 4.5.2).

Die Unfähigkeit, die Arbeit in einem Grossraumbüro zu verrichten, wurde dabei vom Bundesverwaltungsgericht als arbeitsplatzbezogen bezeichnet – wobei es sich mit dem von A. vorgebrachten Argument, dass Grossraumbüros heutzutage weit verbreitet seien (und die Einschränkung daher zumindest nicht vollständig auf die konkrete Stelle bezogen sei), nicht vertieft auseinandergesetzt hat (E. 4.5.5, 4.5.6).

2. Bemerkungen zu den Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts

Gemäss Sinn und Zweck des zeitlichen Kündigungsschutzes nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR im Falle einer gesundheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit soll sich die Arbeitnehmerin nicht in Zeiten auf den Arbeitsmarkt begeben müssen, in welchen ihre Chancen gering sind, während der Kündigungsfrist eine neue Stelle zu finden. In Abwägung der Interessen der Arbeitnehmerin und derjenigen der Arbeitgeberin ist dieser Schutz zeitlich begrenzt. Soweit die Arbeitsunfähigkeit auf den Arbeitsplatz – die konkrete Stelle – bezogen ist, fehlt diese Beeinträchtigung der Chancen auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt. Insofern ist es richtig, dass bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit der Sperrfristenschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR nicht zur Anwendung kommen soll.¹³

Das Bundesverwaltungsgericht hat die soeben begründete fehlende Sperrwirkung auch auf den Schutzbereich von Art. 31a Abs. 1 BPV ausgedehnt. Diese Frage wird vorliegend nicht vertieft behandelt; die Antwort ist vom

Schutzzweck der fraglichen Bestimmung abhängig.¹⁴ Ebenfalls kann an dieser Stelle nicht auf die durchaus interessante Frage eingegangen werden, was gilt, wenn sich die Arbeitsunfähigkeit nicht nur auf die konkrete Stelle bezieht, sondern auf einen Umstand, welcher auch bei zahlreichen anderen potentiellen Arbeitgeberinnen anzutreffen ist (vorliegend: die Unfähigkeit zur Arbeit im Grossraumbüro). Dies beschlägt letztlich den Umfang des «Arbeitsplatzbezuges» und verdient eine gesonderte, umfassende Betrachtung.

III. Weiterführende Überlegungen zum Gesundheitsschutz

A. Einleitung

Nach dem Gesagten (II.B.2.) waren die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts zum Gehalt der Gesundheitsschutzbestimmung von Art. 6 ArG nicht entscheidungswesentlich. Dennoch bieten sie Anlass zu weiterführenden Überlegungen.

B. Vorbemerkung zum Verhältnis zwischen Art. 6 ArG und Art. 328 OR

Das ArG und vorliegend insbesondere Art. 6 ArG sind öffentlich-rechtlicher Natur, verbunden mit spezifischen verwaltungsrechtlichen Durchsetzungsmechanismen und Sanktionsfolgen. Der Geltungsbereich des ArG wird durch die Art. 1–5 ArG definiert. Es ist danach nicht auf sämtliche privat- und öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse anwendbar.

Art. 6 ArG enthält Verpflichtungen der Arbeitgeberin, welche auch Gegenstand eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses bilden könnten. Daher sind die Gesundheitsschutzpflichten nach Art. 6 ArG nicht nur durch die Behörden durchsetzbar. Die dem privaten Arbeitsvertragsrecht unterstehende Arbeitnehmerin darf die Einhaltung der entsprechenden Verpflichtungen via Rezeptionsklausel von Art. 342 Abs. 2 OR auch selbst direkt gegenüber der Arbeitgeberin geltend machen.¹⁵

Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gilt überdies die Bestimmung von Art. 328 OR zum Schutze der Persönlichkeit der Arbeitnehmerin.

¹³ Vgl. zu diesem Thema PraxKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 336c OR N 8; eine abschliessende Klärung dieser Frage durch das Bundesgericht ist bis heute ausstehend.

¹⁴ Soweit der Zweck von Art. 31a Abs. 1 BPV deckungsgleich ist mit demjenigen von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR, müsste in der Konsequenz der Arbeitsplatzbezug der Arbeitsunfähigkeit in der Tat auch die Anwendung von Art. 31a Abs. 1 BPV ausschliessen.

¹⁵ Vgl. ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, Orell Füssli Kommentar, 8. A., Zürich 2017 (zit. OFK ArG-Verfasser), Art. 6 N 19; PraxKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 328 OR N 6.

Das bedeutet: Die privatrechtlich angestellte Arbeitnehmerin, welche vom Geltungsbereich des ArG erfasst ist, kann sich gleichzeitig auf Art. 6 ArG (i.V.m. Art. 342 Abs. 2 OR) und auf Art. 328 OR berufen; ist sie vom Geltungsbereich des ArG ausgeschlossen, so bleibt immerhin Art. 328 OR. Diejenige Arbeitnehmerin, welche nicht in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis zur Arbeitgeberin steht (und bei welcher Art. 328 OR gemäss den einschlägigen personalrechtlichen Bestimmungen auch nicht analog anwendbar ist), muss den Schutz insbesondere aus Art. 6 ArG verlangen, sofern sie vom Geltungsbereich des ArG erfasst ist. Dabei ist zu beachten, dass die Vorschriften über den Gesundheitsschutz (also insbesondere Art. 6 ArG) weitgehend auch auf Arbeitsverhältnisse anwendbar sind, welche im Übrigen dem ArG nicht unterstehen (vgl. Art. 3a ArG).

Der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 ArG sowie von Art. 328 Abs. 2 OR und damit der Gehalt der Schutzvorschriften ist weitgehend deckungsgleich.¹⁶ Sodann werden die öffentlich-rechtlichen Konkretisierungen von Art. 6 ArG (dazu unten III.C.2.) auch zur näheren Bestimmung des Gehalts von Art. 328 OR beigezogen.¹⁷

Daher wird nachfolgend zwischen diesen Anspruchsgrundlagen teilweise nicht mehr differenziert resp. es wird insbesondere auf Art. 6 ArG eingegangen. Die Ausführungen gelten indessen *mutatis mutandis* für Art. 328 OR, wobei im Einzelfall zu prüfen wäre, auf welche Bestimmung sich die Arbeitnehmerin berufen kann.

C. Der Gehalt von Art. 6 ArG

1. Generalklauseln von Art. 6 ArG und Art. 328 OR

Gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 ArG ist die Arbeitgeberin verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Sie hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmerinnen vorzusehen. Insbesondere sind danach die betrieblichen Einrichtungen und die Arbeitsabläufe so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmerinnen nach Möglichkeit vermieden werden.

Auch gemäss Art. 328 OR obliegt der Arbeitgeberin, zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, soweit es ihr mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann. Anzumerken ist an dieser Stelle, dass die nur in Art. 328 OR genannte Einschränkung der Zumutbarkeit auch im Rahmen von Art. 6 ArG gilt.¹⁸ Der Aufwand für die Umsetzung der Massnahmen muss im Verhältnis zum Nutzen in einem zumutbaren und wirtschaftlich vertretbaren Verhältnis stehen.¹⁹

2. (Nicht abschliessende) Konkretisierung der Generalklauseln

Die soeben (III.C.1.) erwähnten Generalklauseln sind äusserst umfassend. Um zumindest im öffentlich-rechtlichen Bereich des ArG eine erhöhte Rechtssicherheit zu schaffen, kann gemäss Art. 6 Abs. 4 ArG auf dem Verordnungswege präzisiert werden, welche Massnahmen für den Gesundheitsschutz in den Betrieben zu treffen sind.²⁰

Eine erste Konkretisierung der Anforderungen an die Gesundheitsschutzmassnahmen findet sich namentlich in der ArGV 3 und in der ArGV 4²¹. So enthält die ArGV 3 in den Art. 11 ff. konkretisierte Pflichtenhefte. Allerdings werden damit bloss die Schutzmassnahmen zur Vermeidung ergonomisch, hygienisch, physikalisch, chemisch und biologisch bedingter gesundheitlicher Beeinträchtigungen präzisiert. In anderen Teilbereichen des Gesundheitsschutzes – namentlich in Bezug auf Massnahmen zur Vermeidung übermässiger Belastungen, solche der geeigneten Arbeitsorganisation und Schutzmassnahmen in Bezug auf die persönliche Integrität der Arbeitnehmerinnen – fehlen konkretisierende Vorgaben.²²

Nebst den soeben genannten Verordnungsbestimmungen darf das SECO in genereller Weise Richtlinien über die Anforderungen des Gesundheitsschutzes aufstellen (Art. 38 Abs. 1 ArGV 3). Diese Richtlinien führen zu einer weitergehenden Konkretisierung.

¹⁶ Siehe KUKO ArG-NÖTZLI, Art. 6 N 14 m.w.H. und N 31 f., in: Alfred Blesi/Thomas Pietruszak/Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Kurzkommentar, Basel 2018 (zit. KUKO ArG-Verfasser).

¹⁷ Vgl. SABINE STEIGER-SACKMANN, Krankmachende Arbeitsbedingungen – ein unterschätztes Haftungsrisiko?, in: Anna Böhme/Fabian Gähwiler/Fabiana Theus Simoni/Ivo Zuberbühler (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016, 486 ff., 488; KUKO ArG-NÖTZLI (FN 16), Art. 6 N 12.

¹⁸ KUKO ArG-NÖTZLI (FN 16), Art. 6 N 31 f. m.w.H.

¹⁹ Vgl. Wegleitung des SECO zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Stand Dezember 2017 (zit. Wegleitung I), 006-2, und Wegleitung II (FN 11), 302-1 f.

²⁰ Wobei zu wiederholen ist, dass diese Konkretisierungen auch auf die Auslegung von Art. 328 OR durchschlagen, siehe zitierte Literatur in FN 17.

²¹ Verordnung 4 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (ArGV 4; Industrielle Betriebe, Plangenehmigung und Betriebsbewilligung; SR 822.114).

²² So aufgezeigt von KUKO ArG-NÖTZLI (FN 16), Art. 6 N 41, 43 und 45 f.

Die soeben genannten Vorschriften und Richtlinien haben zum Ziel, in allen Betrieben ein minimales Niveau des Gesundheitsschutzes zu erreichen.²³ In Anbetracht der Verschiedenheit der wirtschaftlichen Aktivitäten können die Vorschriften von Branche zu Branche unterschiedlich sein. Sodann gibt es technische und sonstige Entwicklungen, welche durch die Verordnungsbestimmungen und Richtlinien jeweils nur nachträglich nachvollzogen werden können. Hinzu treten individuelle gesundheitliche Umstände bei einzelnen Arbeitnehmerinnen.

Letztlich vermögen daher weder die Bestimmungen der ArGV 3 und der ArGV 4 noch die Richtlinien die erforderlichen Gesundheitsschutzmassnahmen abschliessend zu umschreiben. Daher besteht Raum für die Gerichtspraxis, die Generalklauseln von Art. 6 ArG und Art. 328 OR weiter zu präzisieren. Das bedeutet gleichzeitig, dass die Arbeitgeberin nicht quasi automatisch all ihren Pflichten nach Art. 6 ArG (und Art. 328 OR) nachkommt, wenn sie die konkretisierten Vorgaben gemäss der ArGV 3, der ArGV 4 und den Richtlinien vollumfänglich umsetzt. Vielmehr bleibt es möglich, dass eine Arbeitnehmerin gestützt auf die Generalklausel von Art. 6 ArG (und Art. 328 OR) weitere Massnahmen des Gesundheitsschutzes durchsetzen kann, solange sich diese als verhältnismässig erweisen.²⁴

3. Erfordernis der Verhältnismässigkeit

Die vom Gesetz und von den einschlägigen Konkretisierungen verlangten Gesundheitsschutzmassnahmen müssen den Verhältnissen des Betriebes angemessen sein. Sodann hat sie die Arbeitgeberin bloss dann umzusetzen, wenn es ihr mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden kann (bereits oben III.C.1.). Die danach erforderliche Interessenabwägung greift namentlich dann Platz, wenn gestützt auf die Generalklauseln von Art. 6 ArG und Art. 328 OR Gesundheitsschutzmassnahmen in Frage stehen.

D. Gesundheitlich indizierter Anspruch auf ein Kleinraumbüro oder Home-Office?

1. Einleitung

Gemäss dem vorstehend (III.C.1.–3.) aufgezeigten Aufbau der Vorschriften von Art. 6 ArG und Art. 328 OR hat die Arbeitgeberin basierend auf den jeweiligen Generalklauseln grundsätzlich sämtliche zumutbaren und verhältnismässigen Gesundheitsschutzmassnahmen zu treffen: *Jede* Ge-

sundheitsbeeinträchtigung ist zu vermeiden.²⁵ Danach stellt sich die folgende Frage: Unter welchen Umständen hat die Arbeitnehmerin aus gesundheitlichen Gründen Anspruch darauf, dass ihr die Möglichkeit eingeräumt wird, Arbeit in einem Kleinraumbüro oder im Home-Office zu erbringen?

2. Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts im konkreten Fall

Das Bundesverwaltungsgericht hielt in den einschlägigen Erwägungen zutreffend fest, dass den gesetzlichen Anforderungen grundsätzlich Genüge getan ist, wenn die Arbeitsplätze die in der ArGV 3 konkretisierten Mindestanforderungen erfüllen. Diese sind indessen zum einen nicht abschliessender Natur und zum andern ausgelegt auf die «Durchschnitts-Arbeitnehmerin». Die entscheidende Frage ist danach, wie weit die Arbeitgeberin den individuellen, gesundheitlich indizierten Bedürfnissen der einzelnen Arbeitnehmerin entgegenzukommen hat.

Das Bundesverwaltungsgericht erwog dazu, dass eine räumliche Sonderlösung – die Schaffung eines Kleinbüros – *unverhältnismässig* wäre. Damit implizierte das Gericht gleichzeitig, dass eine entsprechende Lösung basierend auf der Generalklausel von Art. 6 ArG getroffen werden müsste, falls dies ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich wäre. In Bezug auf die Frage der Gewährung eines Home-Office-Arbeitsplatzes hingegen verwies das Bundesverwaltungsgericht auf Art. 33 VBPV und kam ohne weitere Erläuterungen zum Schluss, dass dies im Ermessen der Arbeitgeberin liege und darauf «kein Anspruch» der Arbeitnehmerin bestehe.

Nun betrifft der Schutzgehalt von Art. 6 ArG aber nicht nur räumlich-bauliche, sondern ebenso arbeitsorganisatorische Abläufe. Konsequenterweise hätte das Bundesverwaltungsgericht mithin den Gedanken fortführen und prüfen müssen, ob die Gewährung von Home-Office unter Art. 6 ArG eine verhältnismässige und mithin *geschuldete* Gesundheitsschutzmassnahme bildet. Diese Prüfung hat das Gericht aber mit Verweis auf Art. 33 VBPV unterlassen.

Hätte das Bundesverwaltungsgericht seine Überlegungen zutreffend zu Ende geführt, so hätte es sich folgende Fragen stellen müssen: War die Home-Office-Arbeit vorliegend eine potentielle Gesundheitsschutzmassnahme? Und, bejahendenfalls, wäre diese Massnahme der Arbeitgeberin zumutbar und verhältnismässig gewesen? Diese Überlegungen unterliess das Bundesverwaltungsgericht mit dem schlichten, zu wenig weit greifenden Hinweis auf Art. 33 VBPV. Es ist nicht erkennbar, weswegen das Bundesverwaltungsgericht die Prüfung dieser arbeitsplatzorganisato-

²³ Wegleitung II (FN 11), 302-4.

²⁴ Vgl. STEIGER-SACKMANN (FN 17), 488, wobei dies entgegen einem möglichen Verständnis der dortigen Ausführungen auch für die Generalklausel von Art. 6 ArG und nicht nur für Art. 328 OR gilt; KUKO ArG-NÖTZLI (FN 16), Art. 6 N 15.

²⁵ So die Wegleitung I (FN 19), 006-1.

rischen Alternative im Unterschied zu den baulichen Massnahmen unterliess, gleichzeitig waren die Erwägungen für den Entscheid letztlich ohnehin nicht massgebend (oben II.B.2.).

3. Beurteilung der Frage

a. Grundsatz: Individueller Anspruch auf Gesundheitsschutzmassnahmen

An sich scheint die Beantwortung der Grundsatzfrage klar: Wenn die Arbeitgeberin gemäss Art. 6 ArG (und Art. 328 OR) zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen *alle* Massnahmen zu treffen hat, die notwendig, möglich und angemessen sind, so besteht dem Grundsatz nach ein Anspruch der Arbeitnehmerin auf eine gesundheitsschonende Gestaltung des Arbeitsplatzes und der Arbeitsorganisation. Sprich: Wenn die individuelle Arbeitnehmerin aus ärztlich bestätigten gesundheitlichen Gründen auf eine Home-Office-Arbeitsstelle angewiesen ist, so ist diese grundsätzlich zu gewähren – wenn sie denn zumutbar und (technisch wie wirtschaftlich) verhältnismässig ist.²⁶

b. Vorbehalt: Verhältnismässigkeit

Auch soweit die ärztliche Indikation vorliegt (andernfalls von vornherein kein Anspruch bestehen kann), trifft die Arbeitgeberin die entsprechende Pflicht zur Umsetzung von Massnahmen bloss bei Vorliegen der Verhältnismässigkeit. Diesbezüglich ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. In genereller Weise sind nach vorliegend vertretener Ansicht dabei zwei Leitgedanken zugunsten der Arbeitgeberin einzubeziehen:

Zum einen sollte nur – aber immerhin – zu vermuten sein, dass die Arbeitgeberin den Anforderungen an den Gesundheitsschutz zumindest in Bezug auf Bau und Einrichtungen des Betriebes grundsätzlich nachgekommen ist, wenn sie die in der ArGV 3 und der ArGV 4 sowie den Richtlinien des SECO konkretisierten Pflichten erfüllt hat.²⁷ Darüber hinausgehende, auf den Einzelfall bezogene Gesundheitsschutzmassnahmen können erforderlich sein, eine solche Pflicht ist der Arbeitgeberin aber nur zurückhaltend aufzuerlegen.

Zum andern ist das Arbeitsverhältnis ganz wesentlich geprägt durch die Eingliederung der Arbeitnehmerin in die Arbeitsorganisation der Arbeitgeberin.²⁸ Es liegt in der Na-

tur der Arbeitsbeziehung, dass der Arbeitgeberin Weisungsrechte in Bezug auf die Organisation der Arbeitsabläufe und der Arbeitsplätze zukommen müssen.²⁹ Auch vor diesem Hintergrund sind selbst gesundheitsbedingte individuelle Sonderlösungen nur mit Zurückhaltung als verhältnismässig zu qualifizieren.

c. Home-Office im Besonderen

Die Vor- und Nachteile von Home-Office-Arbeit aus rechtlicher, betriebswirtschaftlicher und arbeitspsychologischer Sicht können vorliegend nicht in aller Ausführlichkeit dargelegt werden. Wohl unbestritten dürfte indessen sein, dass Home-Office-Arbeit regelmässig mit organisatorischen Anpassungen wie der Erschwerung der Arbeitszeitkontrolle, der Einschränkung des Teamgedankens, der Organisation des Auslagenersatzes etc. verbunden ist.³⁰

Auch in einer sich der Individualisierung von Arbeitsformen öffnenden Arbeitswelt ist die Arbeitgeberin nach vorliegend vertretener Ansicht nicht ohne Weiteres verpflichtet, diese Nachteile in Kauf zu nehmen, und zwar selbst dann nicht, wenn die individuelle gesundheitliche Situation der Arbeitnehmerin die Arbeit im Grossraumbüro verunmöglicht, ausser natürlich, wenn diese Arbeitsform (Home-Office) im fraglichen Betrieb bereits praktiziert wird. Andernfalls führen die beiden vorstehend (III.D.3.b.) genannten Faktoren regelmässig zu einem Überwiegen der Interessen der Arbeitgeberin.

Selbstredend ist gesundheitlich indizierten und ärztlich bestätigten Erfordernissen der Arbeitnehmerin grundsätzlich Beachtung zu schenken. Indessen muss im Rahmen der Verhältnismässigkeitsabwägung berücksichtigt werden, dass die Arbeitgeberin bereits einigermaßen umfassende allgemeine Vorgaben an die Gestaltung der Arbeitsplätze einzuhalten hat. Selbst bei gesundheitlicher Indikation im Einzelfall sollten darüber hinausgehende Sonderlösungen für einzelne Arbeitnehmerinnen nur mit Zurückhaltung als verhältnismässig erachtet werden. Die Einführung von Home-Office erscheint regelmässig als (zu) weitgehender Eingriff in die arbeitsorganisatorische Weisungsbefugnis der Arbeitgeberin. Natürlich ist stets der Einzelfall entscheidend, aufgrund der erwähnten grundsätzlichen Argumente sollte die Verhältnismässigkeit der Gesundheitsschutzmassnahme und damit selbst ein gesundheitlich indizierter, «re-

²⁶ Zum Erfordernis der Verhältnismässigkeit unter Art. 6 ArG (und Art. 328 OR) auch OFK ArG-MÜLLER/MADUZ (FN 15), Art. 6 N 10; KUKO ArG-NÖTZLI (FN 16), Art. 6 N 31 ff.

²⁷ Siehe OFK ArG-MÜLLER/MADUZ (FN 15), Art. 6 N 12; Wegleitung I (FN 19), 006-2.

²⁸ Vgl. PraxKomm-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 4), Art. 319 OR N 2.

²⁹ PASCAL DOMENIG, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Bern 2016, N 29 ff., N 40 ff.

³⁰ Vgl. aus nicht streng juristisch geprägter Optik etwa RICHARD BOBST, Home Office, Möglichkeiten und Beschränkungen, HRM-Dossier Nr. 72, Zürich 2016, *passim*; sowie Hinweise auf Problematiken aus rechtlicher Sicht von DOMENIG (FN 29), *passim*, insbesondere N 509 ff., N 699 ff., N 834 ff.

aliter» durchsetzbarer Anspruch der Arbeitnehmerin auf Gewährung (Einführung) von Home-Office-Arbeit nach vorliegend vertretener Auffassung aber nur mit grosser Zurückhaltung bejaht werden.

Immerhin aber ist – abschliessend – zu beachten, dass die Arbeitnehmerin, selbst wenn ein gesundheitlich indizierter durchsetzbarer Anspruch auf Gewährung von Home-Office-Arbeit nicht geschützt wird, nach Treu und Glauben (vermeintliche) Rechte wahrnimmt, wenn sie basierend auf Art. 328 OR oder Art. 6 ArG und einem vorliegenden Arztzeugnis eine solche Arbeitsform verlangt. Folgt darauf die Kündigung ohne vertiefte Prüfung resp. nach Abweisung eines entsprechenden Ersuchens um Gewährung von Home-Office-Arbeit unter Verletzung der Verhältnismässigkeit, so wäre aufgrund der bereits zitierten Tendenzen in der Rechtsprechung (oben II.A.3.) durchaus damit zu rechnen, dass diese Kündigung von einem angerufenen Gericht als missbräuchlich qualifiziert würde.