

ARBEITSRECHT

FEBRUAR 2021
NEWSLETTER 02

KOMMENTIERTE ENTSCHEIDE – PRAXISFÄLLE – PERSPEKTIVEN



Liebe Leserin, lieber Leser

Das erste Top-Thema dreht sich um die Auskunftspflicht von Mitarbeitenden hinsichtlich ihres Gesundheitszustands (z.B. nach einer COVID-19-Impfung).

Von einer Klage ist fast jeder Arbeitgeber einmal betroffen – als Kläger oder Beklagter. Wie ein **arbeitsrechtliches Verfahren** abläuft und welche verfahrensrechtlichen Besonderheiten dabei unter Umständen gelten, wird in unserem zweiten Top-Thema erklärt.

Gerne möchten wir uns an dieser Stelle bei Dr. Gerhard L. Koller für alles bedanken. Gerry Koller hat viele Jahre für und mit WEKA Business Media AG zusammengearbeitet und wird uns sehr fehlen.

Beste Grüsse

Marc Ph. Prinz, Herausgeber, Head of Employment VISCHER

IN DIESER AUSGABE:

- Top-Thema: «Sind Sie gegen das Coronavirus geimpft?» Seite 1
- Gerichtsentscheid: Austritt einer angestellten Person Seite 4
- Top-Thema: Arbeitsrechtliche Verfahren – was Arbeitgeber wissen sollten Seite 6
- Praxisfälle: FAQ Arbeitsrechtliche Verfahren Seite 8
- Fachbeitrag: Der Brexit Seite 9
- Praxisfälle: FAQ Brexit Seite 11

«Sind Sie gegen das Coronavirus geimpft?»

Darf die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer oder Jobbewerber mit dieser Frage konfrontieren? Die Antwort darauf – wie auch die Antwort bezüglich anderer Fragen der Arbeitgeberin rund um den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers – finden Sie im nachstehenden Beitrag.

■ Von Dr. Irène Suter-Sieber

Einleitung

Am 19. Dezember 2020 hat Swissmedic die Zulassung für den ersten COVID-19-Impfstoff in der Schweiz erteilt. Gemäss Umfragen Ende 2020 zeigten sich weniger als 50% der Schweizer Bevölkerung bereit, sich gegen das Coronavirus impfen zu lassen (Quelle: <https://>

covid-norms.ch/impfbereitschaft-schweiz/). Nach der gegenwärtigen Gesetzeslage dürfen Bund und Kantone Impfungen nicht flächendeckend für die ganze Bevölkerung für obligatorisch erklären, sondern lediglich für gefährdete Bevölkerungsgruppen, besonders exponierte Personen und Personen, die be-

stimmte Tätigkeiten ausüben (Art. 6 Abs. 2 lit. d und Art. 22 EpG).

Ob Arbeitgeberinnen von ihren Arbeitnehmern verlangen dürfen, dass diese sich impfen lassen, ist eine Frage, welcher in diesem Beitrag nicht nachgegangen wird. Rechtlich genauso relevant und komplex ist die Frage, ob Arbeitgeberinnen ihre Arbeitnehmer und Bewerber künftig danach fragen dürfen, ob diese gegen das Coronavirus geimpft sind. Und diese zweite Thematik wird hier behandelt.

Gegenteilige Interessenlage

Die Beantwortung der Frage nach dem Impfschutz des Arbeitnehmers steht rechtlich im Sperrfeuer der unterschiedlich gelagerten Interessen, Rechte und Pflichten der Arbeitgeberin und des Arbeitnehmers.



Die Arbeitgeberin hat ein Interesse an der Information, ob und welche Arbeitnehmer geimpft sind, weil sie gemäss Art. 328 OR eine Fürsorgepflicht gegenüber all ihren Arbeitnehmern hat. Die Fürsorgepflicht bedeutet unter anderem, dass die Arbeitgeberin auf die Gesundheit ihrer Arbeitnehmer gebührend Rücksicht nehmen muss. Die Pflicht zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmerschaft ergibt sich auch aus Art. 6 ArG und Art. 2 ArGV 3. Mit Bezug auf das Coronavirus im Speziellen sind Arbeitgeberinnen verpflichtet, angemessene Schutzmassnahmen zu implementieren (Hygienestandards, Abstandswahrung, Maskentragen, Homeoffice), wobei besonders gefährdete Arbeitnehmer erhöhten Schutzbedarf haben (Art. 4 COVID-19-Gesetz i.V.m. Art. 10 f. COVID-19-Verordnung besondere Lage, Stand 20. Dezember 2020). Hinzu kommt, dass insbesondere Arbeitgeberinnen im Gesundheits- und Pflegebereich ihre besonders gefährdeten Patientinnen/Bewohner vor einer Infizierung schützen möchten und müssen. Kommt ein Kunde zu Schaden, riskieren die Spitäler/Heime, sich haftbar zu machen. Die Arbeitgeberin darf vom Arbeitnehmer – innerhalb der rechtlichen Grenzen – erwarten, dass er bei der Umsetzung dieser Interessen mitwirkt, da er eine gesetzliche Pflicht hat, die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR).

Diesen Interessen der Arbeitgeberin und der Treuepflicht des Arbeitnehmers stehen allem voran der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers (Art. 28 ZGB) und dessen Interesse am Schutz seiner privaten Daten gegenüber. Bei der Information über Impfungen handelt es sich sogar um besonders schützenswerte Personendaten (Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO). Letztlich, aber erst in zweiter Linie, geht es dem Arbeitnehmer um die Wahrung seiner persönlichen Freiheit, körperlichen Unversehrtheit und um Gleichbehandlung mit geimpften Arbeitnehmern. Er möchte z.B. verhindern, dass die Arbeitgeberin ihn wegen seines fehlenden Impfschutzes anders behandelt als geimpfte Arbeitnehmer, z.B. durch eine Maskenpflicht. Dem Arbeitnehmer in der Onkologie kann eine Zwangsversetzung drohen, wenn die Arbeitgeberin erfährt, dass er nicht geimpft ist; als *ultima ratio* drohen die LohnEinstellung und (fristlose) Entlassung, wenn der Arbeitnehmer

die Impfung verweigert. Mit der Frage nach dem Impfschutz kann die Arbeitgeberin letztlich also einen faktischen Impfwang schaffen.

Erlaubte und unerlaubte Datenbearbeitung

Die Grenzen der Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis ergeben sich aus dem Datenschutzgesetz (insb. Art. 4 DSGVO) und aus Art. 328b OR. Nach Art. 328b OR darf die Arbeitgeberin Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind. Diese Bestimmung ist teilzwingend (Art. 362 OR), von ihr darf also zuungunsten des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden. Diese Bestimmung wird von der herrschenden Lehre so ausgelegt, dass der Arbeitnehmer rechtsgültig gar nicht darin einwilligen kann, dass die Arbeitgeberin Informationen erhält, die für das Arbeitsverhältnis nicht relevant sind.

Nach Art. 328b OR ist es der Arbeitgeberin erlaubt, Bewerber und Arbeitnehmer nach akuten Krankheiten und Gebrechen zu fragen, welche die Arbeitstauglichkeit des Arbeitnehmers betreffen. Die Arbeitgeberin darf vom Bewerber auch verlangen, dass er sich einer vertrauensärztlichen Untersuchung unterzieht, soweit der Arzt nur prüft, ob der Bewerber für die fragliche Stelle gesundheitlich geeignet ist. Eine konkrete Diagnose darf der Vertrauensarzt der Arbeitgeberin jedoch grundsätzlich nicht zukommen lassen. Im Zusammenhang mit der grassierenden Corona-Pandemie ist weitgehend unstrittig, dass die Arbeitgeberin Mindestinformationen über ihre Arbeitnehmer sammeln darf (und muss), die erforderlich sind, um die Risiken, die von einem (möglicherweise) mit dem Coronavirus infizierten Arbeitnehmer ausgehen, beurteilen und angemessene Massnahmen treffen zu können. Als notwendige Informationen gelten (i) das Vorliegen typischer Krankheitssymptome, (ii) positives Testergebnis, (iii) enger Kontakt mit Personen, die positiv getestet wurden oder typische Krankheitssymptome aufweisen, sowie (iv) Reisen des Arbeitnehmers in Risikoländer.

Umgekehrt ist es der Arbeitgeberin nicht erlaubt, Bewerber und Arbeitnehmer nach deren allgemeinem Gesundheitszustand zu fragen

oder nach Krankheiten, welche die Arbeitstauglichkeit nicht betreffen und die nicht infektiös sind. Stellt die Arbeitgeberin trotzdem solch eine unerlaubte Frage, hat der Arbeitnehmer nach herrschender Lehre und Praxis grundsätzlich das Recht, die Frage falsch zu beantworten (sog. «Notwehrrecht der Lüge»). Die Lüge berechtigt die Arbeitgeberin nicht zur Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen absichtlicher Täuschung (Art. 28 Abs. 1 OR) und ebenso wenig zur fristlosen Kündigung des Vertrags. Eine ordentliche Kündigung gestützt auf die Notlüge wäre missbräuchlich.

Ist die Frage nach dem Coronavirus-Impfschutz erlaubt?

Aus dem vorstehend Gesagten lässt sich für die Frage der Arbeitgeberin nach dem Corona-Impfschutz des Arbeitnehmers/Bewerbers also Folgendes ableiten: Die Frage ist dann nicht erlaubt, und der Arbeitnehmer/Bewerber darf grundsätzlich lügen, wenn die Information über den Impfschutz die Eignung für das Arbeitsverhältnis nicht betrifft und für die Durchführung des Arbeitsvertrags nicht erforderlich ist.

Die Zulässigkeit der Frage nach dem Coronavirus-Impfschutz hängt massgeblich davon ab, ob die Arbeitgeberin bei fehlendem Impfschutz überhaupt Massnahmen gegenüber dem Arbeitnehmer ergreifen dürfte. Das hängt von der konkreten Stelle und den Umständen des Einzelfalls ab.

Die Frage nach dem Impfschutz (und das Einverlangen eines Impfausweises) muss in jenen Betrieben zulässig sein, in welchen die Arbeitgeberin vom Arbeitnehmer verlangen darf, dass er sich impfen lässt.

Ein behördliches Impfblogatorium gestützt auf das Epidemiegesetz haben bis heute weder Bund noch die Kantone eingeführt (Stand 20. Dezember 2020).

Eine andere Frage ist es, ob die Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmenden gestützt auf Arbeitsvertragsrecht zur Impfung anhalten darf. In einem höchst interessanten Entscheid aus dem Jahr 2006 hat das St.Galler Verwaltungsgericht dem Kantonsspital St.Gallen recht gegeben, das eine Pflegehelferin entlassen hat, weil sich diese geweigert hatte, eine



Hepatitis-B-Impfung zu machen (GVP 2006 Nr. 1). Das Verwaltungsgericht führte aus, eine Infizierung mit dem Hepatitis-B-Virus könne zu gravierenden Komplikationen führen. Das Impfblogatorium diene dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit der Patienten sowie des gesamten Spitalpersonals. Demgegenüber stelle die Impfung einen verhältnismässig leichten Eingriff dar. Die Impfung sei die einzige Massnahme, welche präventiv und zuverlässig vor einer Infizierung schütze. Mildere Massnahmen gebe es deshalb nicht. Das Impfblogatorium gelte für alle Personen im Spital, die regelmässig mit Blut oder mit blutkontaminierten Körperflüssigkeiten in Berührung kämen. Ausgeschlossen sei in der Regel nur das Verwaltungspersonal.

Vor dem Hintergrund des oben erwähnten Entscheids aus dem Kanton St.Gallen ist davon auszugehen, dass Arbeitgeberinnen künftig wohl von all jenen Arbeitnehmern die Impfung verlangen dürfen, die physischen Kontakt zu Personen der Risikogruppe haben (z.B. Altenpfleger; Personen im Kontakt mit Schwangeren, Krebskranken, Diabetikern etc.).

Wie sieht es aber in Betrieben aus, in welchen die Arbeitgeberin von ihren Arbeitnehmern die Impfung nicht verlangen darf, so z.B. in Schulen, im Bankenwesen, in der Gastronomie, im Detailhandel etc.?

COVID-19 ist keine gewöhnliche Grippe. Die Letalitätsrate ist schwierig zu beziffern, wobei die Bandbreite von 0,21% bis zu 1,29% reiche (Quelle: NZZ vom 5. November 2020). Die Langzeitfolgen der Erkrankung lassen sich gegenwärtig noch nicht abschätzen. Das Coronavirus ist auch deshalb so unberechenbar, weil Infizierte schon 48 Stunden vor dem Auftreten der ersten Symptome ansteckend sein können. Um die Ausbreitung des Virus in den Betrieben zu stoppen, haben viele Arbeitgeberinnen – auch unabhängig von den behördlichen Anordnungen – Schutzmassnahmen getroffen (Homeoffice, Maskentragen, Verbot physischer Treffen, Kantinenschliessung, Absage von Festivitäten etc.). Mit der Impfung kommt die Hoffnung, irgendwann einmal zur alten Normalität zurückzukehren. Deshalb wäre es für Personalverantwortliche von Interesse zu wissen, wer genau im

Betrieb geimpft ist. Solche Arbeitnehmer könnten dann von den Schutzmassnahmen ausgenommen werden; bei ausreichender Durchimpfung würde dies wohl für alle gelten.

Ein blosses «nice to know» oder blosses Kostenersparnis reicht aber nicht, um die Datenbearbeitung im Sinne von Art. 328b OR zulässig zu machen. Die Information zum Impfschutz muss vielmehr die Eignung für die Stelle betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sein. Zum Vergleich: In der Lehre ist z.B. anerkannt, dass die Arbeitgeberin im Bewerbungsgespräch nach dem Raucher-/Nichtraucherstatus des Bewerbers fragen darf, sofern dies angesichts der gegenüber anderen Arbeitnehmern bestehenden Fürsorgepflicht Auswirkungen auf die Betriebsorganisation und die Arbeitsplatzgestaltung hat (vgl. das Bundesgesetz zum Schutz vor Passivrauchen). Verhält es sich bei der Frage nach der Coronavirus-Impfung nicht ähnlich? Teils ja. Es ist davon auszugehen, dass die Behörden in Zukunft die Einschränkungen lockern werden, z.B. die Quarantänepflicht und Reiseeinschränkungen für Geimpfte aufheben. In diesem Fall wäre die Information über den Impfschutz für die Arbeitgeberin kein blosses «nice to know», sondern kann massive Auswirkungen auf die Organisation der Arbeit im Betrieb haben. Wird die Frage nach der Quarantänepflicht akut (aber wohl nur dann), darf die Arbeitgeberin deshalb nach hier vertretener Meinung den Arbeitnehmer nach dessen Impfschutz fragen. Dieser darf im Betrieb weiterarbeiten, wenn er ausreichenden Impfschutz hat. Der Arbeitnehmer seinerseits profitiert, weil er – wenn für ihn Homeoffice gar nicht möglich wäre – weiterhin den vollen Lohn statt den tieferen COVID-19-Erwerbsersatz erhält (siehe Art. 5 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall, Stand 20. Dezember 2020). Die gleichen Überlegungen müssen für Arbeitnehmer gelten, die auf Dienstreisen ins Ausland gehen.

In vielen anderen Fällen aber dürfte die Frage nach dem Impfschutz vor dem Hintergrund von Art. 328b OR und vor allem auch aus betriebspsychologischen Gründen problematisch und unerwünscht sein. Dies wird insbesondere dann gelten, wenn die Antwort auf die Frage eine Triage zwischen Geimpften und nicht Geimpften zur Folge hätte, die auf

eine Diskriminierung der einen oder anderen hinausläufe und sich nicht durch überwiegende Interessen rechtfertigen liesse. Beispiele dafür wären die Anordnungen, dass nicht Geimpfte im Homeoffice bleiben müssen, Masken zu tragen haben oder an Betriebsfesten nicht teilnehmen dürfen. Hinzu kommt, dass besonders schützenswerte Personendaten Dritten (einschliesslich Arbeitskollegen) nicht bekannt geben werden dürfen, es sei denn, es liege ein Rechtfertigungsgrund vor (Art. 12 Abs. 2 lit. c DSGVO). Ob bei den soeben erwähnten Massnahmen betriebliche Bedürfnisse oder die Bedürfnisse der Geimpften die Massnahme rechtfertigen, ist höchst fraglich und tendenziell zu verneinen.

Fazit

Ob die Frage nach dem Impfschutz erlaubt ist, bleibt schwierig zu beantworten und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Problematisch ist nicht nur die Frage an sich, sondern sind vor allem auch die Massnahmen, welche die Arbeitgeberin gestützt auf die Antworten der Arbeitnehmer beschliesst. Die Frage ist auch deshalb heikel, weil eine berechtigte Notlüge des Arbeitnehmers nicht nur die Arbeitgeberin betrifft, sondern auch negative Folgen für Dritte (Arbeitskollegen, Patientinnen) haben kann.

Zulässig dürfte es aber sein, es den Arbeitnehmern freizustellen, die Information über ihren Impfschutz der Arbeitgeberin mitzuteilen. Dies sollte schriftlich erfolgen (Art. 4 Abs. 5 DSGVO), und die Arbeitgeberin hat anzugeben, welchen Zweck sie mit der Information verfolgt (Art. 4 Abs. 4 DSGVO). Ausserdem sollte vorgängig die Arbeitnehmervertretung/Arbeitnehmerschaft konsultiert werden (Art. 6 ArGV 3). Die Arbeitgeberin wüsste auf diesem Weg Bescheid über die ungefähre Impfquote im Betrieb und in einzelnen Abteilungen. Natürlich muss gewährleistet sein, dass die Arbeitgeberin mit der gewonnenen Erkenntnis sorgsam umgeht und die Information weder unberechtigterweise streut noch in unzulässiger Art und Weise ausnutzt.



AUTORIN

Dr. Irène Suter-Sieber,
Rechtsanwältin, ist Partnerin
für Arbeitsrecht in der Wirtschafts-
kanzlei Walder Wyss AG in Zürich.