

Das Aktuellste zur Kurzarbeit und zum (un)geimpften Arbeitnehmer

Neues aus dem Arbeitsrecht

Dr. iur. Irène Suter-Sieber, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht

6. Juli 2021



Ziele dieses Veranstaltungsbeitrags

- Überblick über die jüngsten Revisionen des AVIG im Bereich Kurzarbeit
- Problematik der Ferien-/Feiertagsentschädigung bei Kurzarbeit während der Covid-19-Pandemie erkennen
- Möglichkeiten einer Impfpflicht im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis kennen
- Problematik der Frage der Arbeitgeberin nach Impfung/Zertifikat begreifen

Inhaltsverzeichnis

I. Aktuellste Entwicklungen bei der Kurzarbeit

- 1) Allgemeines zur Kurzarbeit
- 2) Jüngste Revision des AVIG
- 3) Ferien- und Feiertagsentschädigung

II. Der (un)geimpfte Arbeitnehmer

- 1) Vollständig geimpft – Die Vorteile
- 2) Abgrenzungen und Exkurs
- 3) Covid-Impfpflicht im (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis
- 4) Frage nach dem «Geimpftsein» / «Nichtgeimpftsein»

Aktuellste Entwicklungen bei der Kurzarbeit

[...]

- [...]

Der (un)geimpfte Arbeitnehmer

Vollständig geimpft – Die Vorteile

- Quarantänepflicht

- Grundlage: Art. 3a Covid-19-Gesetz

Art. 3a¹² Geimpfte Personen

¹ Personen, die mit einem Covid-19-Impfstoff geimpft sind, der zugelassen ist und erwiesenermassen gegen die Übertragung schützt, wird keine Quarantäne auferlegt.

² Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen.

- Befreiung von Quarantänepflicht nach Kontakt mit einer positiv getesteten Person
- Befreiung von Quarantänepflicht nach Einreise in die Schweiz
- **ABER:** Quarantänepflicht bei Einreise aus einem Staat mit einer Virusvariante, die immunevasiv ist oder von der nicht klar ist, ob sie immunevasiv ist (Stand 30. Juni 2021: keine Staaten auf dieser Liste)

- Das Covid-Zertifikat für Geimpfte

- **Grüner Bereich:** Anwendung des Zertifikats ausgeschlossen (bspw. ÖV, Läden, Arbeitsplatz)
- **Oranger Bereich:** Einsatz grundsätzlich nicht vorgesehen ausser zur Verhinderung von Schliessungen oder zum optionalen Einsatz mit potenziellen Erleichterungen für die Betreiber der Einrichtung (bspw. Bars, Restaurants, öffentliche Veranstaltungen bis 1'000 Personen)
- **Roter Bereich:** Einsatz des Zertifikats zwingend notwendig, damit entsprechender Betrieb wieder öffnen kann (bspw. Grossveranstaltungen ab 1'000 Personen, Clubs, Discos und Tanzveranstaltungen)

Abgrenzung und Exkurs zum staatlichen Impfblogatorium

- Impfwang – Impfpflicht – Impfblogatorium
 - Begrifflichkeiten sind bis heute unklar
 - Klar ist aber: Unter Schweizer Recht ist eine Impfung **mittels physisches Zwangs** verboten (Art. 38 Abs. 3 EpV)
 - ABER: Gesundheitspolizeilich motivierte Zwangsmassnahmen sind zulässig (bspw. Absonderung, Quarantäne, Einschränkung der Berufsausübung) (Art. 30 ff. EpG)
- Exkurs: Staatliches Impfblogatorium
 - Ein generelles Impfblogatorium für die gesamte Bevölkerung ist nach Schweizer Recht nicht möglich
 - Kantone können **für bestimmte Bevölkerungsgruppen** bei Vorliegen erheblicher Gefahr obligatorische Impfungen anordnen (Art. 22 EpG)
 - Während der besonderen und/oder aussergewöhnlichen epidemiologischen Lage (Art. 6 und 7 EpG) geht diese Kompetenz auf den Bund über
 - Gegenwärtig gibt es kein solch staatliches Impfblogatorium



Covid-19-Impfobligatorium im (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis (1/4)

Zwei Möglichkeiten zur Festlegung eines Impfobligatoriums:



Variante 1:
Vertragliche Abrede über ein Impfobligatorium



Variante 2:
Impfobligatorium durch Weisungsrecht
der Arbeitgeberin (Art. 321d OR)

Covid-19-Impfobligatorium im (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis (2/4)

Variante 1: Vertraglich verabredetes Impfobligatorium

- Grundsatz der Vertragsfreiheit
- Einschränkung: Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers (Art. 27 Abs. 2 ZGB)
 - Vertragliche Impfabrede nur zulässig, wenn **verhältnismässig**
 - **Gesamtbeurteilung im Einzelfall** notwendig

Welche Impfung soll vertraglich verabredet werden?

Was sind die Gründe für die Impfabrede (z.B. Pandemiesituation, Vermeidung von Absenzen)?

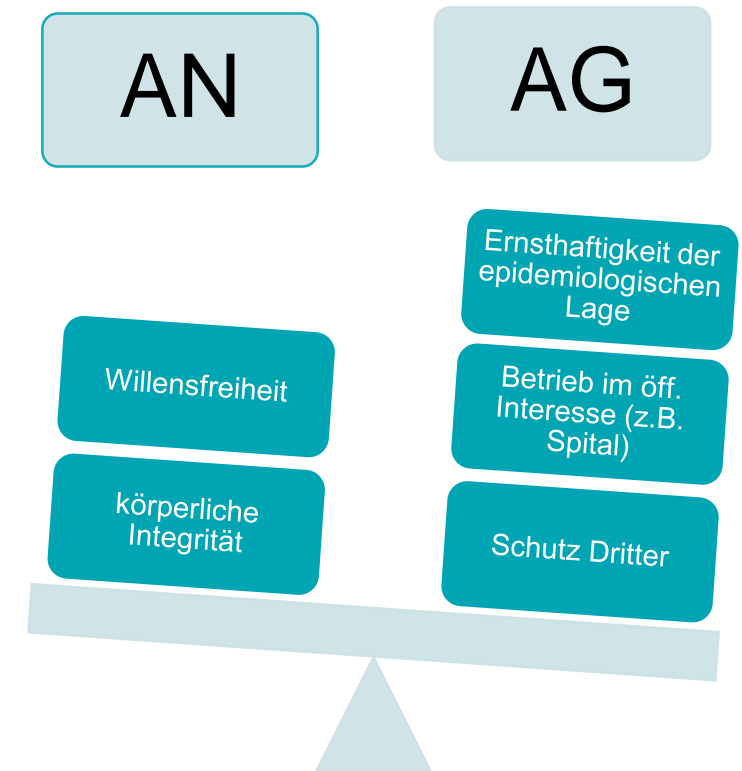
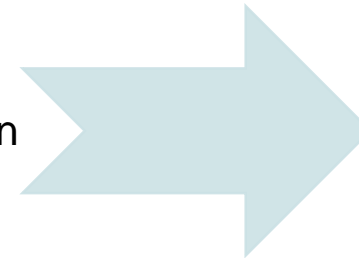
Welche Arbeitnehmer sind von der Abrede betroffen?

Coronavirus-Impfabrede für Gesundheitspersonal: **tendenziell ja**

Covid-19-Impfobligatorium im (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis (3/4)

Variante 2: Impfobligatorium gestützt auf Weisungsrecht

- Weisungsrecht ist Charakteristikum des Arbeitsverhältnisses
- Grenze: Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers
- Impfung stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität des Arbeitnehmers dar
 - **Rechtfertigungsgrund** notwendig
 - insb. überwiegende private oder öffentliche Interessen
 - **Interessenabwägung** im Einzelfall
- Weisungen müssen immer **verhältnismässig** sein, daher sich auf das betrieblich Notwendige beschränken
 - mildere Massnahmen mit gleicher Wirkung sind einer Impfwweisung vorzuziehen
 - bspw. Weisung eine Maske zu tragen und/oder regelmässig zu testen



Covid-19-Impfobligatorium im (privatrechtlichen) Arbeitsverhältnis (4/4)

- Sanktionen
 - Disziplinar massnahmen (insb. Versetzung, Verwarnung)
 - Einstellung der Lohnzahlung bei Ansteckung (verschuldete Arbeitsverhinderung)
 - Kündigung
 - Schadenersatz (Art. 321e OR)
- Key Take-Aways zum Impfobligatorium
 - Situationsabhängige Einzelfallbetrachtung
 - Physischer Impfbzwang: **Nie**
 - Vertragliches oder weisungsrechtliches Impfobligatorium wohl nur zulässig:
 - Bei Berufsgruppen mit engem physischem Personenkontakt
 - Bei Vielreisenden (Vorbehalt: Testmöglichkeit)
 - Aber in jedem Fall nur dann durchsetzbar, wenn andere Massnahmen nicht ausreichen
 - Impfobligatorium wohl nicht zulässig für Personal an Grossanlässen, in Restaurants etc. (Masken)

Urteil des Verwaltungsgerichts SG (öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis) vom 19. Oktober 2006: Die Verpflichtung einer Spitalangestellten zu einer präventiven Hepatitis B-Impfung ist ein zulässiger und verhältnismässiger Eingriff in die persönliche Freiheit bzw. in die körperliche Unversehrtheit. Die Verweigerung der Impfung rechtfertigt die Auflösung des Anstellungsverhältnisses.

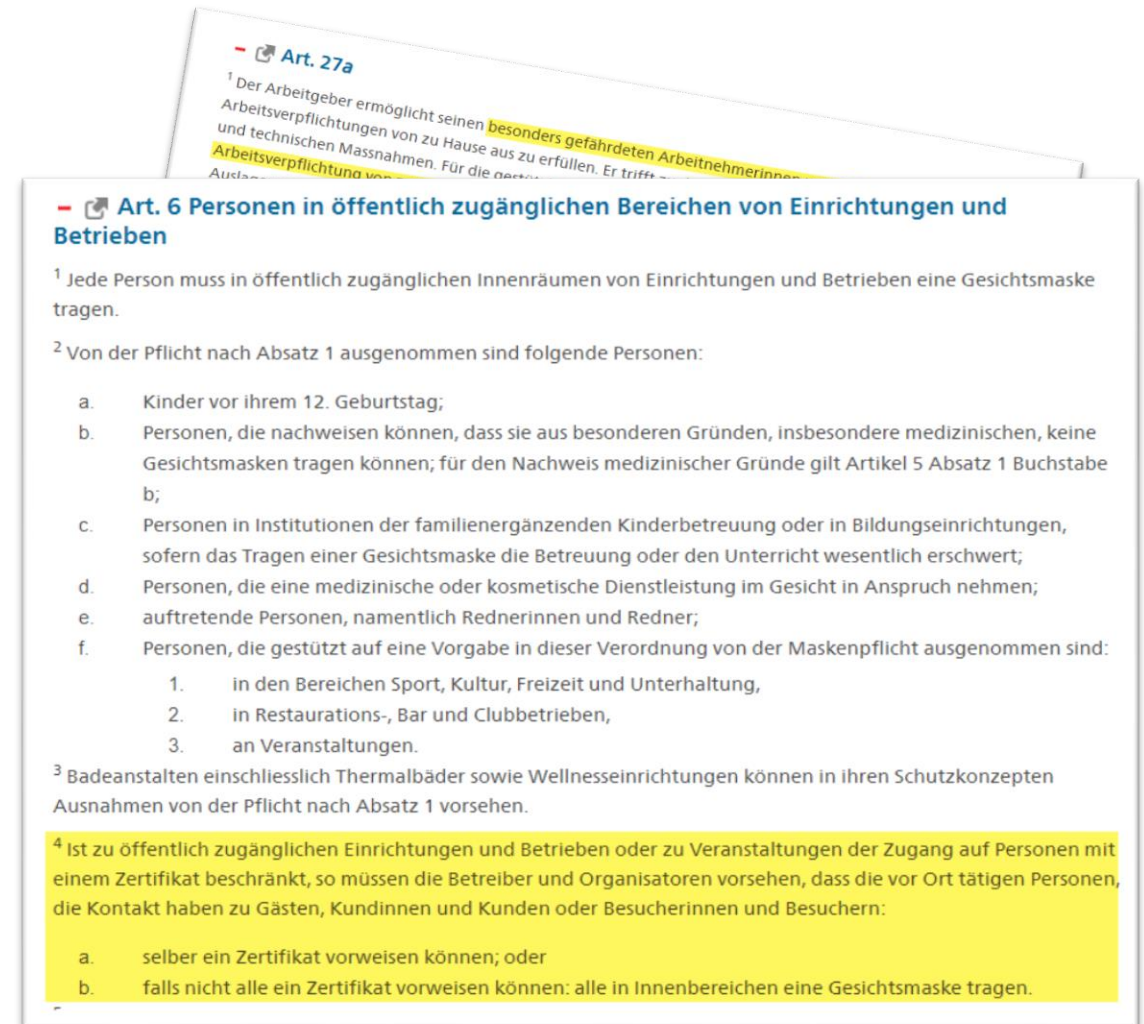
Frage nach dem «Geimpftsein» / «Nichtgeimpftsein» (1/3)

- Angaben über Covid-19-Impfstatus sind **besonders schützenswerte Personendaten** i.S.d. DSG
 - Innerhalb des Arbeitsverhältnisses dürfen Personendaten des Arbeitnehmers nur in zwei Konstellationen bearbeitet werden (Art. 328b OR):
 1. Daten betreffen die **Eignung** des Arbeitnehmers für das Arbeitsverhältnis
 2. Daten sind für die **Durchführung** des Arbeitsvertrags erforderlich
- Sämtliche Daten müssen demnach einen **Arbeitsplatzbezug** aufweisen

Frage nach dem «Geimpftsein» / «Nichtgeimpftsein» (2/3)

Informationsohliegenheit/-recht über den Impfstatus gemäss Covid-19-Verordnungsgebung:

- Bspw. Pflicht der Arbeitgeberin zum Schutz **besonders gefährdeter Arbeitnehmer** (vgl. Art. 27a Covid-19-Verordnung 3) macht es notwendig, dass die Arbeitnehmerin (gegenwärtig sind nur Schwangere betroffen) die Arbeitgeberin über die besondere Gefährdung und (mittelbar) das Nichtgeimpftsein informiert
- Bspw. Betreiber von Einrichtungen, welche für Publikum nur mit Covid-Zertifikat zugänglich sind (z.B. Grossveranstaltungen, Clubs, aber u.U. auch Bars, Restaurants), sind verpflichtet dafür zu sorgen, dass entweder **alle** Arbeitnehmer, welche Kontakt zu Gästen haben, selbst ein **Zertifikat** aufweisen oder – falls nicht sämtliche Arbeitnehmer ein Zertifikat haben – **alle** eine Maske tragen



Frage nach dem «Geimpftsein» / «Nichtgeimpftsein» (3/3)

Key Take-Aways zur Frage nach dem Geimpftsein

- Frage der Arbeitgeberin ist tendenziell erlaubt:
 - Bei Arbeitnehmern, bei welchen sich auch eine Impfpflicht durchsetzen liesse (z.B. Pflegende, Vielreisende)
 - Bei Arbeitnehmern, bei welchen die Quarantänebestimmungen massgeblichen Einfluss auf die Arbeitsorganisation haben
 - Reisequarantäne für Nichtgeimpfte
 - Kontaktquarantäne für Nichtgeimpfte
 - Bei Arbeitnehmern, bei welchen die Covid-Gesetzgebung Offenlegung erfordert
 - Besonders gefährdete Arbeitnehmer, die Ansprüche geltend machen
 - Arbeitnehmer in Betrieben, die für Publikum nur mit Covid-Zertifikat zugänglich sind

Besten Dank für
Ihre Aufmerksamkeit