Dezember 2020

Employment News Nr. 53

Impfobligatorium im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis:

Die jüngst von verschiedenen Pharma-Unternehmen verkündeten Erfolge bei der Entwicklung eines Impfstoffs zum Schutz gegen die Lungenkrankheit Covid-19 wecken Hoffnungen. Für Arbeitgeberinnen stellt sich die Frage, ob und inwieweit sie von ihren Arbeitnehmern verlangen können, sich im Pandemiefall impfen zu lassen.

walderwyss rechtsanwälte

Können im Arbeitsverhältnis bei einer Pandemie Schutzimpfungen angeordnet werden?



Von Christoph Stutz
MLaw, Rechtsanwalt
Konsulent
Telefon +41 58 658 53 03
christoph.stutz@walderwyss.com



und Simone Wetzstein
lic. iur., LL.M., Rechtsanwältin
Managing Associate
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com

Derzeit wird ein Impfobligatorium intensiv diskutiert. Mit einem allgemeinen Impfobligatorium für die gesamte Bevölkerung ist allerdings derzeit nicht zu rechnen. Ohne Impfobligatorium stellt sich für Arbeitgeberinnen gegebenenfalls die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sie in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis von ihren Arbeitnehmern verlangen können, sich zu impfen.

Impfobligatorium?

Im Frühjahr 2020 wurde die Welt von der ersten Corona-Welle überrannt, und die Welt kam mindestens ein wenig aus den Fugen. Die Gesellschaft sah sich einer bislang unbekannten Bedrohung ausgesetzt und Schlagzeigen zu Übersterblichkeit, vollen Intensivstationen und überlastete Bestattungsunternehmen waren in den Medien sehr präsent. Vor diesem Hintergrund sehen sich Behörden von betroffenen Gebieten zur Ergreifung von bisweilen sehr einschränkenden Massnahmen veranlasst. Die jüngst von gewichtigen Pharma-Unternehmen verkündeten Erfolge im Zusammenhang mit der Entwicklung eines Impfstoffs zum Schutz gegen das Coronavirus nähren weltweit die Hoffnung, dass die von den Behörden erlassenen Beschränkungen des öffentlichen und wirtschaftlichen Lebens in absehbarer Zeit ein Ende haben könnten. Obschon sich Fachleute und Medien einig sind, dass die Pandemie-bedingten Massnahmen nur und erst bei einer starken Durchimpfung der Bevölkerung vollständig und grossflächig aufgehoben werden können, sind die Hoffnungen, die in die Impfstoffe gesetzt werden, sehr gross.

Angesichts der in Teilen der Bevölkerung verbreiteten Impfskepsis wird in der Öffentlichkeit intensiv über eine mögliche Impfflicht für alle oder auch nur für bestimmte Bevölkerungsgruppen diskutiert. Voraussetzung für ein Impfobligatorium ist in jedem Fall eine genügende gesetzliche Grundlage. Das Epidemiengesetz erlaubt es dem Bundesrat, bei Vorliegen einer besonderen Lage und unter bestimmten Voraussetzungen Impfungen für gefährdete Bevölkerungsgruppen, für besonders exponierte Personen oder für Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch zu erklären. Im Fokus eines möglichen Impfobligatoriums stehen dabei Bevölkerungsgruppen, die regelmässig mit besonders gefährdeten Personen in Kontakt stehen, insbesondere das Pflegepersonal in Spitälern und Altersheimen. Ein entsprechender Erlass der zuständigen Behörde muss nicht nur eine hinreichende gesetzliche Grundlage haben, sondern auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an das öffentliche Interesse und an die Verhältnismässigkeit genügen.

Ob in der Schweiz ein Impfobligatorium je erlassen wird und, wenn ja, für welche Bevölkerungsgruppen, ist derzeit unsicher. Auch im europäischen Umfeld wird ein intensiver Diskurs über ein mögliches Impfobligatorium für gewisse

Personengruppen geführt, so beispielsweise in Dänemark, wo aktuell bereits über eine gesetzliche Grundlage für ein mögliches Impfobligatorium debattiert wird. Aber auch ohne Erlass eines Impfobligatoriums stellt sich die Frage, ob im Rahmen eines privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses eine Arbeitgeberin von ihren Arbeitnehmern in einer Pandemiesituation die Vornahme einer Schutzimpfung verlangen kann. Die möglichen Motive für die Verpflichtung zur Vornahme einer Schutzimpfung sind vielfältig. Private Kliniken, Heime oder Arztpraxen dürften vor allem den Schutz der Patienten oder Heimbewohner vor einer möglichen Ansteckung durch das Personal im Fokus haben, um allfälligen Haftungsrisiken vorzubeugen. Zudem kann die arbeitgeberseitige Pflicht zur Wahrung von Arbeitssicherheit und der Schutz des Personals eine Schutzimpfung unter Umständen nahelegen. Schliesslich kann eine Schutzimpfung die Anzahl krankheitsbedingter Ausfalltage reduzieren oder generell die Aufrechterhaltung des Betriebs begünstigen.

Anordnung einer Schutzimpfung gestützt auf Weisungsrecht

Fraglich ist, ob eine Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmer in einer Pandemie-Situation gestützt auf ihr Weisungsrecht anweisen kann, eine Schutzimpfung vorzunehmen. Das in Art. 321d OR verankerte Weisungsrecht ermächtigt die Arbeitgeberin, zur Ausführung der Arbeit und zum Verhalten im Betrieb Weisungen zu erteilen, und verpflichtet den Arbeitnehmer, solche Weisungen zu befolgen. Das Weisungsrecht gilt nicht absolut, sondern ist nur zulässig, soweit Gesetzes- und Verordnungsrecht, Gesamtarbeitsverträge, Betriebsordnungen oder Einzelarbeitsvertrag Raum dafür lassen. Überdies ist das Weisungsrecht sach- bzw. funktionsbezogen und durch den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers beschränkt. Dabei muss eine Interessenabwägung vorgenommen werden. Je intensiver das betriebliche Interesse, desto weiter kann in die Persönlichkeitsrechte eingegriffen werden. Umgekehrt gilt, wo eine Weisung in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eingreift, muss sie sich auf das betrieblich notwendige beschränken. Erfordert es der Schutz von Rechtsgütern von Arbeitnehmern oder von Dritten, kann eine Arbeitgeberin nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet sein, Weisungen zu erteilen. So verpflichtet Art. 82 Abs. 1 UVG eine Arbeitgeberin beispielsweise, zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen sind.

Die Anordnung einer Schutzimpfung tangiert die körperliche Integrität des betroffenen Arbeitnehmers, und greift in dessen Persönlichkeitsrechte ein. Es handelt sich um einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte, der sich nur durch ein intensives betriebliches Interesse rechtfertigen lässt.

Eine Anordnung gestützt auf das Weisungsrecht, sich einer Schutzimpfung zu unterziehen, muss folglich durch die Art der betrieblichen Tätigkeit begründet sein und es darf keine mildere Massnahme vorhanden sein, die zum selben Ergebnis führen würde. Denkbar sind beispielsweise das Tragen von Schutzanzügen und Gesichtsmasken, die Anordnung von Home Office, das Verbot von physischer Treffen, Kantineschliessungen etc.

Wo Arbeitnehmer bei der Ausübung ihrer arbeitsvertraglichen Tätigkeit nahen Kontakt zu gefährdeten Personen haben, zum Beispiel in einem Altersheim oder auf einer Onkologie Station, kann die Weisung, sich einer Schutzimpfung zu unterziehen, zum Schutz der Heimbewohner respektive der Patienten gerechtfertigt sein, sofern keine milderen Massnahmen naheliegen, die zum gleichen Resultat führen. Ebenso könnte die Intensivpflege von Covid-19-Patienten auf einer Intensivstation eine Schutzimpfung gegen Covid-19 begründen, wobei zu berücksichtigen wäre, dass, anders als im Alterspflegeheim, in dieser Konstellation wohl eher der Schutz der Arbeitnehmer im Vordergrund stehen würde und auf einer Intensivstation typischerweise auch weitere Schutzvorkehren, wie z.B. Schutzanzüge etc. zur Verfügung stehen würden. Dementsprechend wäre in diesem Vergleich nach unserem Dafürhalten auf der Intensivstation von einem geringeren betrieblichen Interesse an der Schutzimpfung als in Alters- und Pflegeheimen auszugehen. Nach unserem Ermessen eher unzulässig dürfte hingegen eine Impfungs-Weisung in einer Anwaltskanzlei sein, weil die meisten Arbeitnehmerinnen ihre Arbeitsleistung auch im Home Office erbringen können. Gesamthaft sind wir der Ansicht, dass der Schutz von Leib und Leben von Dritten die Weisung einer Schutzimpfung gegebenenfalls zu rechtfertigen vermag, die blosse Verhinderung von krankheitsbedingten Ausfällen den mit einer Impfung einhergehenden Eingriff in die Persönlichkeitsrechte eines Arbeitnehmers aber nicht zu rechtfertigen vermag.

Wird eine Weisung rechtmässig erteilt, sind Arbeitnehmer verpflichtet, diese nach Treu und Glauben zu befolgen. Unzulässige Weisungen muss der Arbeitnehmer demgegenüber nicht befolgen. Eine Kündigung, die wegen der Verweigerung einer unrechtmässig erteilten Weisung erfolgt, könnte von einem Gericht als missbräuchlich beurteilt werden. Weigert sich ein Arbeitnehmer trotz rechtmässiger erteilter Weisung, sich einer Schutzimpfung zu unterziehen, stehen die üblichen disziplinarischen Mittel, beispielsweise Verwarnung etc., zur Durchsetzung der Weisung zur Verfügung. Hingegen ist nach der hier vertretenen Auffassung körperlicher Zwang zur Durchsetzung der Weisung in keinem Fall zulässig.

Vertraglich vereinbarte Impfpflicht

Denkbar wäre, eine Impfpflicht zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer vertraglich zu vereinbaren. Die Vertragsfreiheit lässt eine solche Vereinbarung zu, beschränkt jedoch durch das Verbot übermässiger Selbstbindung (Art. 27 ZGB). Einfach ausgedrückt, schützt diese Bestimmung einzelne Personen vor sich selbst, indem vertragliche Bindungen, welche die Persönlichkeit zu stark einschränken, unwirksam werden.

Bei einer vertraglich vereinbarten Impfpflicht geht es letztlich um eine ähnliche Interessenabwägung zwischen Sachgerechtigkeit der Verpflichtung und dem Schutz der Persönlichkeit der einzelnen Person, wobei eine Gesamtwürdigung der Umstände vorzunehmen ist. Nach der hier vertretenen Ansicht steht das Verbot einer übermässigen Selbstbindung einer vertraglich vereinbarten Impfpflicht nicht entgegen, sofern die Impfung in einem funktionalen Zusammenhang mit der auszuübenden Tätigkeit steht und sachlich gerechtfertigt ist. Anders als bei einer weisungsbegründeten Impfpflicht ist aber ein deutlich grosszügigerer Massstab bei der Beurteilung der sachlichen Begründetheit anzulegen. Unserer Auffassung nach könnte in einer Pandemiesituation eine vertragliche Impfpflicht auch ausserhalb des Gesundheitswesens sachlich begründet sein, wenn der betreffende Arbeitnehmer entsprechend exponiert ist. So ist beispielsweise an Verkaufspersonal mit starkem Kundenkontakt oder an Arbeitnehmende mit einer sehr häufigen Reisetätigkeit auf Flügen zu denken. Aber auch eine vertragliche Impfpflicht könnte keine hinreichende Grundlage bieten, dass eine Arbeitgeberin jederzeit in freiem Ermessen beliebige Schutzimpfungen einfordern kann.

Auch eine vertragliche Impfpflicht könnte nicht mittels körperlichen Zwangs durchgesetzt werden. Wenn sich ein Arbeitnehmer trotz vertraglicher Verpflichtung weigert, sich impfen zu lassen, wären hingegen disziplinarische Massnahmen wie zum Beispiel eine Verwarnung oder, bei entsprechender Vereinbarung, eine Konventionalstrafe mit disziplinarischem Charakter zur Durchsetzung der vertraglichen Pflicht denkbar.

Schliesslich ist zu beachten, dass angesichts des Eingriffs in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers eine Impfpflicht einzelvertraglich vereinbart werden müsste, d.h. eine entsprechende Regelung im Personalreglement oder in allgemeinen Anstellungsbedingungen dürfte aufgrund der Ungewöhnlichkeit der Vereinbarung nicht durchsetzbar sein. Will eine Arbeitgeberin eine Impfpflicht bei bestehenden Arbeitsverhältnissen vertraglich vereinbaren, wären zur Anpassung der Arbeitsverträge Änderungskündigungen auszusprechen. Zu beachten ist dabei, dass bei einer grösseren Anzahl von Änderungskündigungen die Regeln zur Massenentlassung Anwendung finden könnten, wenn die entsprechenden Schwellenwerte erreicht werden.

Fazit und Empfehlung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass uns eine Impfpflicht für Arbeitnehmer nur in Tätigkeitsfeldern denkbar scheint, wo dies sachbezogen notwendig ist und eine starke Gefährdung des betrieblichen Interesses der Arbeitgeberin den Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers rechtfertigt. Nach unserem Dafürhalten dürfen Arbeitgeberinnen von all jenen Arbeitnehmern die Impfung verlangen, die physischen Kontakt zu Personen der Risikogruppe haben (z.B. Altenpfleger; Personen im Kontakt mit Schwangeren, Krebskranken, Diabetikern etc.). Dabei besteht für die Arbeitgeberin bei einer vertraglich vereinbarten Impfpflicht ein etwas grösserer Spielraum als bei der einseitig via Weisung angeordneten Schutzimpfung – wobei zu betonen ist, dass die Pflicht zur Impfung stets auf einem hinreichenden betrieblichen Interesse gründen muss. Grundsätzlich empfehlen wir eine Zurückhaltung bei der Anordnung einer Schutzimpfung via einseitiges Weisungsrecht des Arbeitgebers.

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

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020

Ansprechpartner



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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



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

Ansprechpartner



Sarah Eichenberger
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 58 69
sarah.eichenberger@walderwyss.com



Chiara Wirz
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 52 46
chiara.wirz@walderwyss.com