Juni 2021

Employment News Nr. 60

Vom Homeoffice zurück ins Büro

Der Bundesrat hat am 26. Mai 2021 verschiedene Lockerungen von Covid-19-Massnahmen beschlossen. Unter anderem hat er die gesetzliche Grundlage zur bestehenden Homeoffice-Pflicht derart angepasst, dass diese unter bestimmten Umständen zur schlichten Empfehlung abgeschwächt wird. Verschiedene Fragen im Zusammenhang mit einer (möglichen) Rückkehr der Arbeitnehmer an ihre betrieblichen Arbeitsplätze wurden dabei aber offengelassen.

walderwyss rechtsanwälte

Bedingte Lockerung der bisher geltenden Homeoffice-Pflicht

Von Philippe Nordmann
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt
Partner
Telefon +41 58 658 14 50
Philippe.nordmann@walderwyss.com

und Yannick Moser
MLaw, Rechtsanwalt
Associate
Telefon +41 58 658 14 85
Yannick.moser@walderwyss.com

Die Entscheidung des Bundesrates ermöglicht es Betrieben, die ein Konzept zum gezielten und repetitiven Testen im Sinne der «Covid-19-Verordnung besondere Lage» (in der Folge: Verordnung) einführen, ihre Arbeitnehmer ab dem 31. Mai 2021 aus dem Homeoffice zurück in ihre betrieblichen Büros zu rufen. Die Vorgaben zum hierfür notwendigen Testkonzept ergeben sich aus diversen Grundlagen. Einzelheiten in Bezug auf das Testkonzept und etwa die Fragen, wie und ob der Arbeitgeber gegen Testverweigerer oder Arbeitnehmer, welche weiterhin im Homeoffice verbleiben möchten, vorgehen kann, bleiben demgegenüber offen.

Umwandlung der Homeoffice-Pflicht in eine Homeoffice-Empfehlung

Bisher galt eine Homeoffice-Pflicht in allen Bereichen, in denen es ohne unverhältnismässigen Aufwand möglich ist, zuhause zu arbeiten. Die bundesrätliche Verordnung sieht neu mit Gültigkeit ab dem 1. Mai 2021 vor, dass die Homeoffice-Pflicht für Betriebe, die regelmässig testen und in ein kantonales Testprogramm eingebunden sind, aufgehoben wird.

Voraussetzungen für die Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit im Büro

Damit die Homeoffice-Pflicht entfällt, genügt es, dass der Arbeitgeber ein Testregime aufsetzt, das es den Arbeitnehmern auf einfache Weise ermöglicht, sich einmal wöchentlich testen lassen zu können. Diese Tests sollen primär über gepoolte PCR-Speichelproben oder alternativ mit Antigen-Schnelltests, die durch medizinisches Fachpersonal durchzuführen sind, vor Ort erfolgen. Die schlichte Bereitstellung von Testkits sowie Selbsttests aus der Apotheke sind nicht ausreichend. Zudem müssen die Arbeitnehmer regelmässig über die Vorteile des Testens, z.B. durch Rundmails, informiert werden (siehe für einen beispielhaften Textbaustein das Faktenblatt des BAG vom 26. Mai 2021 über den Umgang mit den angepassten Home-Office-Regeln).

Zusätzlich zum Testkonzept müssen Massnahmen betreffend Hygiene und Abstand erfüllt werden. Hierzu gehört zunächst eine Maskentragepflicht in Innenräumen. Sofern mehrere Personen im selben Raum arbeiten, müssen alle eine Maske tragen. Diese Regel gilt auch bei grossem Abstand wie z.B. in einem Grossraumbüro. Für die Arbeit in einem Einzelbüro oder in einem abgetrennten Raum gilt hingegen keine Maskentragpflicht. Gleiches gilt für dispensierte Personen. Darüber hinaus sind die Arbeitgeber verpflichtet, weitere Massnahmen nach dem STOP-Prinzip (Substitution, technische und organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung), namentlich die physische Trennung, getrennte Teams oder das Tragen von Gesichtsmasken in Aussenbereichen, zu treffen.

Rückholung der Arbeitnehmer in die Büroräumlichkeiten

Unter diesem neuen Regime kann der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer in Anwendung seines Weisungsrechts (Art. 321d OR) – entgegenstehende Abrede im Arbeitsvertrag vorbehalten – aus dem Homeoffice zurückholen, wenn ein verordnungskonformes Testsetting besteht. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers kann aber u.U. gebieten, den Arbeitnehmern eine Übergangsfrist zu gewähren, beispielsweise damit diese die Kinderbetreuung regeln können.

Ausgenommen hiervon sind die besonders gefährdeten Arbeitnehmer, die weiterhin nur im Rahmen der Sonderregelung

gemäss Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 innerhalb des Betriebs eingesetzt werden können. Diese gelten als nicht mehr besonders gefährdet, sobald sie entweder zwei Impfdosen erhalten haben und seit der zweiten Impfung 14 Tage vergangen sind oder sie bereits eine bestätigte Coronavirus-Infektion (PCR oder Antigen-Schnelltest) hatten und danach eine Impfdosis erhalten haben, seit der 14 Tage vergangen sind. Dies gilt vorerst für 6 Monate nach einer Covid-19-Impfung oder nach Aufhebung der Isolation.

Nicht besonders gefährdete Arbeitnehmer, die sich entgegen einer Weisung des Arbeitgebers weigern ins Büro zurückzukommen, verstossen gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten, solange ein Testkonzept implementiert und die übrigen Massnahmen konsequent umgesetzt wurden. Dem Arbeitgeber stehen diesfalls nach hier vertretener Auffassung grundsätzlich die Instrumente der Verwarnung und gegebenenfalls Kündigung zur Verfügung. Zu berücksichtigen sind in diesem Kontext aber immer der konkrete Einzelfall, mithin die Beweggründe des Arbeitnehmers und das Ausmass des Interesses des Arbeitgebers an einer physischen Anwesenheit des Arbeitnehmers. In Frage kommt schliesslich gemäss dem Grundsatz «Ohne Arbeit kein Lohn» u.U. auch die Einstellung der Lohnzahlungen, insbesondere wenn der Arbeitnehmer die Arbeit nicht (mehr) oder nicht zufriedenstellend von zuhause aus erfüllen kann.

Besteht eine Pflicht zum Testen?

Eine Pflicht des Arbeitgebers zur Durchführung der Tests besteht – ebensowenig wie im Grundsatz eine solche zur Duldung durch die Arbeitnehmer – nicht (Art. 3d Abs. 3 lit. b i.V.m. Art. 10 Abs. 3bis der Verordnung sowie die dazugehörigen Erläuterungen). Zur Aufhebung der Homeoffice-Pflicht reicht mithin das schlichte Zurverfügungstellen eines Testsettings. Entsprechend ist der Hinweis im Faktenblatt des BAG vom 26. Mai 2021, wonach bereits geimpfte Personen nicht an repetitiven Tests teilnehmen müssen (dies entgegen dem eigenen Hinweis auf der Webseite des BAG, dass an der bisherigen Teststrategie festgehalten wird, weil auch eine Impfung keinen hundertprozentigen Schutz bietet), aus unserer Sicht redundant.

Vorbehalten bleiben besondere Konstellationen, in welchen sich eine Testpflicht aus Gesundheitsschutzgründen unter Abwägung aller beteiligten Interessen und im Rahmen des Verhältnismässigkeitsgebots ausnahmsweise rechtfertigen und durchsetzbar sein kann, etwa bei Arbeitnehmern mit Symptomen oder solchen, die Kontakt zu einer positiv getesteten Person hatten, einem Ausbruchsgeschehen (mehrfache Ansteckung) im Betrieb oder für Arbeitnehmer, die während der Arbeit Kontakt zu Personen aus der Risikogruppe haben und keine milderen, gleichermassen geeigneten Massnahmen möglich sind.

Information über Testresultate

Arbeitnehmer, die sich mit Covid-19 infiziert haben, sind gemäss dem Merkblatt des SECO «Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Neues Coronavirus (Covid-19)» vom 2. Juni 2021 verpflichtet, den Arbeitgeber sofort zu informieren, um die Gefährdung der anderen Arbeitnehmer am Arbeitsort zu vermeiden. Damit der Arbeitgeber eine rechtzeitige Information und die Vornahme der erforderlichen Massnahmen sicherstellen kann, muss es ihm nach vorliegend vertretener Auffassung gestützt auf seine Fürsorgepflicht und Art. 6 des Arbeitsgesetzes grundsätzlich erlaubt sein, Einsicht in die Testresultate zu verlangen bzw. danach zu fragen. Zwar handelt es sich dabei um besonders schützenswerte Personendaten, diese Daten werden aber zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses benötigt und dürften im Vergleich mit dem Gesundheitsschutz der übrigen Mitarbeiter grundsätzlich ein weniger gewichtiges Interesse darstellen. Eine einzelfallweise Abwägung der beteiligten Interessen bleibt indes unumgänglich. Entsprechend und weil diesbezüglich keine gefestigte Praxis besteht, empfehlen wir vor den jeweiligen Tests die Einholung schriftlicher Einverständniserklärungen von den Arbeitnehmern betreffend Testung und Bekanntgabe der Testergebnisse an den Arbeitgeber.

Massnahmen gegen Testverweigerer

Aufgrund der prinzipiellen Freiwilligkeit der Testungen stehen dem Arbeitgeber gegenüber Testverweigern nur begrenzte Mittel zur Verfügung. Ausserhalb einer ausnahmsweise durchsetzbaren Testpflicht (siehe oben), kann die Testung nicht durchgesetzt werden und entfällt im Grundsatz auch die Möglichkeit von Disziplinarmassnahmen. Damit der Zweck des Testregimes (Verhinderung einer Ausbreitung und Schutz der Arbeitnehmer) nicht ausgehöhlt wird, sollte der Arbeitgeber solche Mitarbeiter nach hier vertretener Ansicht indes in Anwendung seines Weisungsrechts und im Sinne eines milderen Mittels auch entgegen deren Wünschen im Homeoffice belassen dürfen oder u.U. sogar müssen, sofern die vorhandenen Bedingungen in den Räumlichkeiten des Arbeitnehmers ein Arbeiten im Homeoffice (weiterhin) zulassen. Denn nur so kann das Risiko eines grösseren Ausbruchs reduziert werden. Ein derartiges Vorgehen lässt sich einerseits auf seine Fürsorgepflicht gegenüber den übrigen Arbeitnehmern sowie Art. 6 des Arbeitsgesetzes und andererseits angesichts der speziellen Lage auf die Treuepflicht des Arbeitnehmers stützen. Auch hier ist jedoch aufgrund des Diskriminierungsverbots eine Interessenabwägung in jedem Einzelfall vorzunehmen. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber darauf zu achten, dass er die Persönlichkeitsrechte der sich weigernden Arbeitnehmer schützt, indem er deren Weigerung geheim hält.

Nachweis über eine erfolgte Impfung

Ob der Arbeitgeber im Rahmen des Testregimes einen Nachweis für die Impfung seiner Mitarbeiter verlangen darf oder sogar muss, ist bislang nicht geklärt. Grundsätzlich dürfte diese Frage zu verneinen sein, da das Testing – welchem sich Geimpfte laut dem BAG und SECO nicht unterziehen müssen (aber wohl dürfen) – grundsätzlich ohnehin auf freiwilliger Basis erfolgt. Indes kann eine Interessenabwägung im Einzelfall ergeben, dass die Frage nach dem Impfschutz und die Forderung auf Erbringung eines Nachweises zulässig sind. Dies ist insbesondere zu bejahen, wenn der Arbeitgeber ausnahmsweise bereits die Impfung vom Arbeitnehmer verlangen darf. In den übrigen Fällen sollten im Rahmen der Interessenabwägung als Argumente zugunsten der Zulässigkeit einer Auskunftspflicht die Erleichterungen bei der Betriebs- und Arbeitsgestaltung, welche eine (bekannte) Impfung mitbringt, und die Ausnahmen von der Quarantänepflicht für Geimpfte berücksichtigt werden.

Keine Pflicht zur Einführung eines Testkonzepts

Eine Verpflichtung für die Arbeitgeber, ein Testkonzept im vorbeschriebenen Sinne zu erstellen, besteht nicht. Verzichten sie darauf, bleibt es einfach bei der Homeoffice-Pflicht.

Für Betriebe mit entsprechendem Testregime bleibt die Homeoffice-Empfehlung gleichwohl bestehen, so dass die Mitarbeiter alternativ auch im Homeoffice belassen werden können und im Sinne einer schrittweisen und geordneten Rückkehr zur Präsenzarbeit auch sollen.

Aussicht

Mit der bedingten und restriktiven Lockerung der Homeoffice-Pflicht ab dem 31. Mai 2021 hat der Bundesrat im Rahmen der Stabilisierungsphase einen weiteren Schritt in Richtung Normalität getan. Die Homeoffice-Pflicht gemäss dem BAG soll aber erst in eine bedingungslose Empfehlung umgewandelt werden, wenn alle impfwilligen Personen vollständig geimpft sind.

Zur raschen Rückkehr in einen normalen Arbeitsalltag und im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Stolpersteine im Zusammenhang mit Grenzgängern im Homeoffice ist den Betrieben aber die Implementierung eines Testkonzepts und der möglichst baldige (stufenweise) Rückruf der Arbeitnehmer ins Büro – unter Berücksichtigung der vorstehenden Empfehlungen – zu raten. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Arbeitnehmer bei bestehendem Testkonzept von einer Kontaktquarantäne während der Ausübung der beruflichen Tätigkeit und auf dem Arbeitsweg ausgenommen sind (Art. 3d Abs. 3 Verordnung).

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, 2021

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

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

Stefano Fornara
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 23
stefano.fornara@walderwyss.com

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

Maurice Courvoisier
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 52
maurice.courvoisier@walderwyss.

Davide Cerutti
Konsulent, Lugano
Telefon +41 58 658 44 22
davide.cerutti@walderwyss.com

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

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

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

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

Flora V. Palovics
Senior Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 83 79
flora.palovics@walderwyss.com

Ansprechpartner

Gaurav Bhagwanani
Associate, Zürich

Telefon +41 58 658 52 80
gaurav.bhagwanani@walderwyss.com

Christoph Burckhardt
Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 34
christoph.burckhardt@walderwyss.com

Sarah Eichenberger
Associate, Zürich

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

Nadja D. Leuthardt
Associate, Basel

Telefon +41 58 658 14 62
nadja.leuthardt@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

Chiara Wirz
Associate, Zürich

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