

Impfpflicht – Schwerpunkt Arbeitsverhältnisse

98. Forschungslunch ZHAW School of Management and Law



Building Competence. Crossing Borders.

**Dr. Nicole Vögeli Galli, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht
Studienleitung & Dozentin, ZHAW School of Management and Law, Zentrum für Sozialrecht**

vogc@zhaw.ch, 26. Januar 2022

Herzlich Willkommen

Blick

TV News Sport Meinung Politik Wirtschaft People Green Mehr

Gnadenfrist für Ungeimpfte: Hohe Impfquote beim Swiss-Personal (00:46)

Druck der Airline zeigt Wirkung

Bei der Swiss ist jetzt fast das ganze Personal geimpft

Die Swiss hat ab Mitte November für das «gesamte fliegende Personal» die Impfpflicht eingeführt. Jetzt liegt Blick exklusiv eine Auswertung vor. Sie zeigt, dass der Druck geholfen hat.

Publiziert: 24.11.2021 um 19:14 Uhr | Aktualisiert: 25.11.2021 um 09:24 Uhr

The New York Times

Subs

After Months of Avoiding the Vaccine Issue, Companies Begin to Mandate

Tyson and Microsoft were the latest to require employees to be vaccinated. Other major employers have tried less sweeping approaches.

By Michael Corkery, Lauren Hirsch, Brooks Barnes and Kellen Browning
Published Aug. 3, 2021 Updated Nov. 9, 2021

Some of the nation's largest employers, for months reluctant to wade into the fraught issue of whether [Covid-19 vaccinations](#) should be mandatory for workers, have in recent days been compelled to act as infections have surged again.

Die Schweiz ringt um die Impfpflicht. Nun zeichnet sich eine Volksabstimmung über ein Verbot ab

Die Debatte über ein allgemeines Impfblogatorium erreicht die Schweiz.

Stefan Bühler, René Donzé
04.12.2021, 21.44 Uhr

Hören Merken Drucken Teilen



Government of Western Australia
Department of Health

Google Translat

About us | Improving health in WA | Health for... | Our performance | Latest news | Reports & publications | Careers

Mandatory COVID-19 vaccination

Mandatory COVID-19 vaccination

Based on the latest health advice, a mandatory COVID-19 vaccination policy for a majority of occupations and workforces in WA will be introduced in a phased approach.

The policy follows the existing mandates in place for workers in high-risk industries, including those interacting with people at an increased risk of being infected with COVID-19, or people who are vulnerable to the impacts of COVID-19, or where it is necessary to avoid catastrophic risk to the safety of the community.

The policy's phased approach is to apply mandatory COVID-19 vaccinations for expanded industries in WA, as well as a requirement for all critical workers to be vaccinated to attend work in the event of a lockdown or similar restrictions.

Learn more about showing [proof of your COVID-19 vaccinations \(external site\)](#).

View the [Frequently Asked Questions \(PDF 550KB\)](#)

Impfpflicht: An was denken Sie?

Umfrage - Mentimeter



Inhalt

- 1 Fragestellung
- 2 Pflicht v Zwang
- 3 Verfassungsmässige Rechte
- 4 Staatliche Impfpflicht
- 5 Öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis
- 6 Privatrechtliches Arbeitsverhältnis
- 7 Schlussbetrachtung
- 8 Diskussion
- 9 Quellen

Auf Folien genannt.

NICOLE VÖGEI GALLI, Covid-19-Impfung und Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsverhältnis, *sui generis* 2021, S. 107. (abgegeben und mit weiteren Hinweisen)

1 Fragestellung

Ist die Anordnung einer Impfung durch private Arbeitgebende zulässig oder gar eine Pflicht?

2 Pflicht v Zwang



Duden online, Pflicht (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Pflicht>) und Zwang (<https://www.duden.de/rechtschreibung/Zwang>)

3 Verfassungsmässige Rechte

3.1 Begriff

Verfassungsmässige Rechte sind (BGE 131 I 366 E.2.2)

- justiziable Rechtsansprüche,
- die nicht ausschliesslich öffentliche Interessen, sondern auch Interessen und Schutzbedürfnisse des Einzelnen betreffen und
- deren Gewicht so gross ist, dass sie nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen.

 Bundesverfassungsrecht, EMRK, Menschenrechtspakte, Kantonsverfassungen

3 Verfassungsmässige Rechte

3.2 Einzelne Rechte

Wichtigste Beispiele

- Grundrechte
- Vorrang des Bundesrechts (Art. 49 Abs. 1 BV)
- Grundsatz der Gewaltenteilung
- Besteuerungsgrundsätze (Art. 127 BV)
- In Kantonsverfassungen statuierte Grundsätze der Organisation und Verwaltung



Einschränkungen in Bundesgesetz (Art. 164 Abs. 1 lit. b BV)
Subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 116 BGG)

3 Verfassungsmässige Rechte

3.3 Einschränkung von Grundrechten

101

Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft

vom 18. April 1999 (Stand am 7. März 2021)

Art. 36 Einschränkungen von Grundrechten

¹ Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

² Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

³ Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

⁴ Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

4 Staatliche Impfpflicht

4.1 Primär tangierte Grundrechte

Persönliche Freiheit

- Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 8 EMRK
- Geistige Unversehrtheit
- Körperliche Unversehrtheit
- Schutz Privatleben

Schutz der Privatsphäre

- Art. 13 BV, Art. 8 EMRK
- Gesundheitsdaten
- Impfstatus

Glaubens- und Gewissensfreiheit

- Art. 15 Abs. 1 und 2 BV, Art. 9 EMRK
- Wahl der eigenen Überzeugungen

4 Staatliche Impfpflicht

4.2 Zulässigkeit

Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV)

Aktuell besteht keine gesetzliche Grundlage für ein unmittelbar verbindliches Impfblogatorium, dafür eine Rechtsgrundlage zur Einführung eines Impfblogatoriums, welche die Kompetenzverteilung regelt (Art. 6 f., Art. 22 EpG).

- Delegationsnormen, d.h. zusätzliche sind Rechtssätze nötig.
- Impfwang nicht möglich, da nicht in der Aufzählung von Art. 32 EpG aufgelistet.
- Sanktionen fehlen.

Öffentliches Interesse (Art. 36 Abs. 2 BV)

- Schutz der Bevölkerung vor negativen gesundheitlichen, wirtschaftlichen und sozialen Folgen

Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV)

- Eignung, Erforderlichkeit, Zumutbarkeit

4 Staatliche Impfpflicht

4.3 Höchststrichterliche Entscheide I

EGMR, Grosse Kammer, VAVŘIČKA AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC, applications no. 47621/13 and 5 others, ECHR 116 (2021), 8.4.2021

- Zulässigkeit der staatlichen Impfpflicht (9 Krankheiten, u.a. MMR, Diphtherie etc.) von Kindern vor Eintritt in den Kindergarten/Vorschule bejaht.

EGMR, BOFFA AND 13 OTHER v. SAN MARINO, application no. 26536/95, 15.1.1998

- Zulässigkeit der staatlichen Impfpflicht für Kinder (Hepatitis B) bejaht.

Bundesgericht, BGE 50 I 334, 23.10.1924

- Zulässigkeit der seitens der Stadt Zürich vorübergehend angeordneten Zwangsimpfung gegen Pocken für Schulkinder bejaht.

Bundesgericht, BGE 99 Ia 747, 7.11.1973

- Zulässigkeit der Impfpflicht im Kanton Waadt für Schulkinder gegen Diphtherie bejaht.

4 Staatliche Impfpflicht

4.3 Höchststrichterliche Entscheide II

EGMR, Grosse Kammer, VAVŘIČKA AND OTHERS v. THE CZECH REPUBLIC, applications no. 47621/13 and 5 others, ECHR 116 (2021), 8.4.2021

*280. As reiterated above (see paragraph 274), the Court has previously held that healthcare policy matters come within the **margin of appreciation** of the national authorities. Having regard to the above considerations and applying its well-established case-law principles, the Court takes the view that in the present case, which specifically concerns the compulsory nature of child vaccination, **that margin should be a wide one.***

(Hervorhebungen durch Dozentin)

5 Öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis

5.1 Unterschiede zum privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

- **Sonderstatusverhältnis** mit verstärkter Befehlsgewalt seitens des Staats und stark erhöhter Treuepflicht der Angestellten
- **Direkte Wirkung der Grundrechte** (Art. 35 Abs. 2 BV)
Staatlicher Arbeitgeber ist an die Grundrechte und die rechtsstaatlichen Grundsätze des Verwaltungsrechts (Gesetzmässigkeit, Rechtsgleichheit, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit, Treu und Glauben, rechtliches Gehör) gebunden.
- Rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV)
- Alle Handlungen des staatlichen Arbeitgebers setzen voraus: Gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV)
- Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB)
- Rechtsweg

5 Öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis

5.2 Impfpflicht

Rechtsgrundlagen (Art. 36 Abs. 1 BV)

- Anforderungen an die Normdichte und Normstufe sind lockerer.
- Es müssen nicht alle Einzelheiten auf Gesetzes- bzw. Verordnungsstufe geregelt werden.
- Eine explizite gesetzliche Statuierung ist aufgrund des erheblichen Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht zu bevorzugen.

(Andrea Zeder, Gesundheitsvorsorge und Impfpflicht, in: RiU – Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen, 2020, Band Nr. 36, 25 ff.)

Öffentliches Interesse und Schutz von Grundrechter Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV)

- Öffentliche Gesundheit, Selbst- und Arbeitnehmerschutz, Vermeiden von Berufskrankheiten, Schutz von besonders vulnerablen Dritten
- Sicherstellen einer funktionierenden Grundversorgung, der Sicherheit und Ordnung
- Finanzielle Interessen

5 Öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnisse

5.4 Verwaltungsgericht St. Gallen, 19.10.2006, GVP 2006 Nr. 1

Die Kündigung einer öffentlichrechtlichen Spitalangestellten (Sitznachtwache, Teilzeit) aufgrund verweigerter Hepatitis B-Impfung wurde als sachlich gerechtfertigt und zulässig erachtet.

- Rechtsgrundlage: Art. 82 Abs. 1 UVG, Art. 3 Abs. 1 und Art. 11 Abs. 1 VUV
- Überwiegendes öffentliches Interesse: Schutz des Personals und der Patienten vor Ansteckung (vgl. Art. 118 BV)
- Verhältnismässigkeit
 - Konsequentes Impfen des Personals bietet wirksamen Schutz.
 - Geringe unerwünschte Nebenwirkungen der Impfung
 - Restrisiko der anderen Massnahmen und oft unbemerkte Infektionen
 - **Schutz des Einzelnen vor sich selbst**
 - Vereinheitlichung von Personalkategorien zwecks Vermeidung einer Flut von Einzelfällen (theoretische Gefährdung), Ausnahme nur beim Verwaltungspersonal

6 Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

6.1 Vertragsfreiheit

Grundsatz der Vertragsfreiheit (Art. 19 OR)

Individuen können Vertragsverhältnisse nach ihrem Willen ausgestalten und abschliessen, wobei vor allem die Rechtswidrigkeit der Vertragsfreiheit eine Schranke setzt.



Keine Kontrahierungspflicht und Inhaltsfreiheit



Anstellungen dürfen nicht aus geschlechterdiskriminierenden Gründen (Art. 5 Abs. 2, 4 GIG) oder wider Treu und Glauben bzw. in persönlichkeitsverletzender Weise abgelehnt werden.



Inhaltliche Schranken gestützt auf die Treuepflicht (Art. 321a OR) und Fürsorgepflicht (Art. 328 OR)

6 Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

6.2 Persönlichkeitsschutz bei Vertragsabschluss

Schutz der Persönlichkeit (Art. 27 Abs. 2 ZGB)

Verträge, welche die physische Freiheit, die körperliche Integrität oder die Intimsphäre beeinträchtigen, sind unzulässig.

- ➔ Interessenabwägung
- ➔ Die Zustimmung der Arbeitnehmenden zu einer vertraglichen Impfverpflichtung ist gültig, sofern dies der Fürsorge und nicht eigennützigen Interessen eines Arbeitgebenden dient.
- ➔ Keine Aufgabe des Persönlichkeitsrechtes insgesamt, sondern Verzicht auf Ausübung in einem konkreten Einzelfall

6 Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

6.3 Persönlichkeitsschutz während des Arbeitsverhältnisses

Einseitige Anordnung im Rahmen des Weisungsrechts (Art. 321d OR)

Arbeitnehmende verzichten mit Abschluss eines Arbeitsvertrags freiwillig teilweise auf die Ausübung ihrer Persönlichkeitsrechte und unterstellen sich der Weisungsgewalt der Arbeitgebenden.



Subordination als zentrales Merkmal des Arbeitsvertrages

Fürsorgepflicht der Arbeitgebenden als Grenze des Weisungsrechts

Persönlichkeitsschutz als Zugang für die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten



Berechtigte Interesse der Arbeitgebenden, Interessenabwägung im Einzelfall

6 Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

6.4 Impfpflicht – Rechtsgrundlagen

Mögliche Rechtsgrundlagen einer Impfpflicht

- Vorschriften zum Gesundheitsschutz gegenüber dem Personal (Art. 328 OR, Art. 6 ArG, Art. 82 Abs. 1 UVG) und Dritten (öffentliche Vorschriften, Strafbarkeit, Haftung etc.).
- Schutz vor Ansteckungen durch SARS-CoV-2 (Covid-19-Gesetzgebung)



Weisungsrecht als Grundlage für tatsächliche Verwirklichung aber nicht als Rechtfertigung der Notwendigkeit



Arbeitgebende haben alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind.



Sofern die Verwirklichung des Gesundheitsschutzes eine Impfpflicht als notwendig erscheinen lässt, muss diese Möglichkeit grundsätzlich bejaht werden.

6 Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

6.5 Impfpflicht – Interessenabwägung

Eignung aus medizinischer Sicht

- Schutz vor Ansteckung und damit möglichen, schweren Krankheitsverläufen
- Keine Kontraindikationen auf individueller Ebene

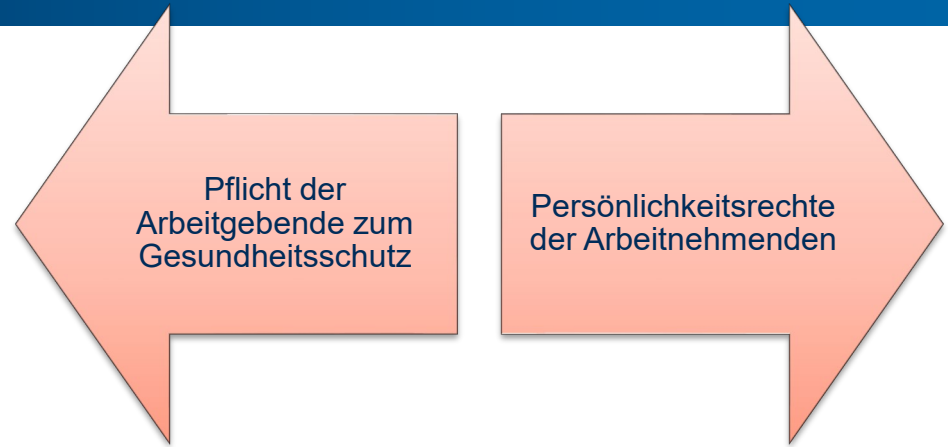
Erforderlichkeit

- Andere Schutzmassnahmen, laufende Anpassung an Entwicklung
- Die Impfung stellt einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte dar, weshalb an die Erforderlichkeit hohe Anforderungen zu stellen sind.
- Zu berücksichtigen unabhängig von Branche und Beruf u.a.
 - **Schutz des Einzelnen vor sich selbst**
 - Schutz Drittkontakte (Patienten, Schüler, Gäste etc.) und vulnerable Kollegen/innen
 - Enge, häufige Kontakte
 - Vermeidung soziale Isolation
 - Aufrechterhaltung Betrieb, Vermeidung von Ausfällen sowie Überlastung anderer

6 Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

6.6 Impfpflicht – Zumutbarkeit

Klassischer Zielkonflikt



Geeignete und erforderliche Weisungen zum Gesundheitsschutz können weder das persönliche Gewissen noch die Persönlichkeit der Arbeitnehmenden verletzen.

Geeignete und erforderliche Weisungen zum Gesundheitsschutz **müssen** erteilt werden (**Weisungspflicht**).

6 **Privatrechtliches Arbeitsverhältnis**

6.7 **Impfpflicht – Mitwirkung**

Verantwortung zum Gesundheitsschutz liegt bei den Arbeitgebenden und die Arbeitnehmende haben die notwendig Massnahmen einzuhalten (Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 5 und 10 Abs. 1 ArGV3).

Konsultation in allen Fragen des Gesundheitsschutzes (Art. 48 Abs. 1 lit. a, Abs. 2 ArG)

- Konkretisierung von Art. 10 lit. a Mitwirkungsgesetz
- Arbeitnehmervertretung oder alle Arbeitnehmenden, unabhängig von Betroffenheit
- Recht auf Anhörung und Beratung sowie Begründung Entscheid bei (teilweisen) Ablehnung von Einwänden
- Frist nach Treu und Glauben (Art. 11 Abs. 1 Mitwirkungsgesetz)
- Geltung für sämtliche privaten Betriebe, selbst wenn diese ansonsten nicht oder nur teilweise unter das Arbeitsgesetz fallen.

7 Schlussbetrachtung

Das Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmenden endet mit der Pflicht der Arbeitgebenden, die Gesundheit des gesamten Personals und von Drittkontakten zu wahren.

Es besteht eine Wertungsdivergenz gegenüber den Pflichten des Staates, welcher auf die Anordnung einer Impfpflicht verzichten kann, da er die Einzelnen nicht vor einer eigenen Ansteckung zu schützen hat.

Verweigern Arbeitnehmende eine notwendige und geeignete Impfung, ist eine Kündigung sachlich gerechtfertigt.

8 Diskussion

David Signer, *Die USA halbieren die Quarantänedauer*, NZZ, 29.12.2021, S. 3

In New York müssen die privaten Arbeitgebenden ab sofort beweisen können, dass Ihre Angestellten mindestens eine Impfung erhalten haben.

- Liegt in diesem Fall eine staatliche Impfpflicht vor?
- Wie argumentieren Sie beim Votum, Arbeitgebende hätten kein Anrecht, den Impfstatus ihrer Arbeitnehmenden zu kennen?
- Könnte eine Erkrankung an Covid-19 bei fehlender Corona-19-Impfung als selbstverschuldet i.S.v. Art. 324a OR gelten?

–  **Art. 324a**

¹ Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist.

Vielen Dank.

