

Covid-19-Impfung und Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsverhältnis

Impfpflichten werden emotional diskutiert und mit Hinweis auf den Persönlichkeitsschutz abgelehnt. Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses geht dabei vergessen, dass Arbeitgebende die Gesundheit all ihrer Arbeitnehmenden und Drittkontakte zu schützen haben. Dabei kann die Pflicht zum Gesundheitsschutz im Arbeitsverhältnis als gesetzliche Normierung des Solidaritätsprinzips angesehen werden. Diesen gegenläufigen Interessen ist bei Massnahmen der Arbeitgebenden Rechnung zu tragen, was eine Impfpflicht beschränkt, jedoch nicht ausschliesst.

I. Einleitung	108
II. Impfpflicht	108
1. Vertragsfreiheit	108
2. Persönlichkeitsschutz	109
3. Rechtsgrundlagen	110
4. Interessenabwägung	111
a) Eignung	111
b) Erforderlichkeit	111
c) Zumutbarkeit für Arbeitnehmenden	113
d) Weisungspflicht	114
III. Mitwirkung der Arbeitnehmenden	114
1. Arbeitsgesetz	114
2. Geltung für sämtliche privaten Betriebe	115
IV. Schlussbetrachtung	115

Zitiervorschlag:

NICOLE VÖGELI GALLI, Covid-19-Impfung und Selbstbestimmungsrecht im Arbeitsverhältnis, sui generis 2021, S. 107

Dr. iur. Nicole Vögeli Galli, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin Küng & Vögeli Rechtsanwälte (voegeli@kueng-voegeli.ch) und Dozentin an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW; vogc@zhaw.ch). Der Beitrag berücksichtigt den Stand bis zum 15. März 2021.

URL: sui-generis.ch/174

DOI: <https://doi.org/10.21257/sg.174>

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International Lizenz.

I. Einleitung

- 1 Rechtsprechung und Diskurs zur Impfpflicht von Personen finden sich bis zur Coronavirus-Pandemie vorwiegend im Bereich des Schul- und Familienrechts¹ sowie der Pflege². Die vom Bund in der Schweiz empfohlenen Impfungen³ sind unterschiedlich akzeptiert⁴. Gegen das Coronavirus (SARS-CoV-2) ist die Bevölkerung jedoch ungenügend immunisiert⁵, sodass die Covid-19-Impfungen zurzeit die einzige Möglichkeit zu sein scheinen, weitere Ansteckungen und schwere Krankheitsverläufe zu verringern oder gar zu verhindern. Mit zunehmender Durchimpfung werden Bund und Kantone die weiteren Präventionsmassnahmen lockern oder aufheben können⁶. Deren negative soziale und wirtschaftliche Folgen, die mit zunehmender Dauer einschneidender werden, lassen sich dadurch beschränken⁷.
- 2 Sowohl das schweizerische Bundesgericht wie die Kommission des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofes haben eine obligatorische Impfung als Verletzung der Grund- bzw. Menschenrechte anerkannt, deren Zulässigkeit jedoch bei vorhandener gesetzlicher Grundlage, Vorliegen eines öffentlichen Interesses und bei gegebener Verhältnismässigkeit (Eignung, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit) bejaht⁸. Die Nationale Ethikkommission (NEK) im Bereich Humanmedizin erachtet ein Impfblogatorium für Covid-19-Impfungen als nicht gerechtfertigt, da eine Wirkung zurzeit einzig zum Selbstschutz nach-

gewiesen sei. Dadurch würde in unverhältnismässiger Weise in wesentliche Grundrechte und Freiheiten eingegriffen⁹. Dem sind Bund sowie Kantone gefolgt und haben bis heute auf den Erlass einer staatlichen Impfpflicht verzichtet¹⁰. Mit anderen Worten werden eine positive, präventive Schutzpflicht des Staates bezüglich körperlicher Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) abgelehnt¹¹ und das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen¹² betont.

Das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen kann nicht unbesehen auf das Arbeitsverhältnis übertragen werden. Die Arbeitgebenden haben zwingend die Gesundheit ihrer Arbeitnehmenden zu schützen und dürfen sich ihren gesetzlichen Schutzpflichten nicht entziehen¹³. Zu diskutieren ist daher, ob private Arbeitgebende die Covid-19-Impfung im Rahmen des Gesundheitsschutzes anordnen dürfen oder sogar müssen. Dabei sind die Begriffe «Impfpflicht» und «Impfzwang» abzugrenzen. Eine Pflicht im rechtlichen Sinne kann als Anforderung, die von aussen herantritt und verbindlich ist, definiert werden¹⁴. Zwang demgegenüber bedeutet Einwirkung von aussen unter Anwendung oder Androhung von Gewalt¹⁵. Ausübung von Zwang fällt unter das Gewaltmonopol des Staates¹⁶, weshalb die Ausübung von Zwang seitens privater Arbeitgebender nicht in Frage kommt.

II. Impfpflicht

1. Vertragsfreiheit

Individuen ist es erlaubt, Vertragsverhältnisse nach ihrem Willen mit von ihnen gewählten Partnern abzuschliessen und zu gestalten¹⁷, wobei vor allem die Rechtswidrigkeit

1 Vgl. Urteile des Bundesgerichts 2C_395/2019 vom 8. Juni 2020 und 5A_789/2019 vom 16. Juni 2020.

2 Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 (GVP 2006 Nr. 1).

3 Bundesamt für Gesundheit (BAG), Schweizerischer Impfplan.

4 Vgl. Universität Zürich, Projekt Covid-Norms, Monitoring und Analyse von Präventionsverhalten, Entwicklung der Impfbereitschaft; BAG und Eidgenössische Kommission für Impffragen (EKIF), Covid-19-Impfstrategie, 24. Dezember 2020, S. 7 (zit. BAG/EKIF); CORINA SALIS GROSS/JUTTA TATZEL/PHUNG LANG/GABRIELA RAUBER/CHRISTOPH HATZ, Explorative Studie zur Akzeptanz des Impffens in impfkritischen Bevölkerungsgruppen der Schweiz, Schlussbericht, Bern 2014, S. 24 ff.; Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; BBl 2011 311), S. 322.

5 Nationale Ethikkommission (NEK) im Bereich Humanmedizin, Die Covid-19-Impfung, Ethische Erwägungen zu Grundsatzfragen und spezifischen Anwendungsbereichen, Zusammenfassung und Empfehlungen, Bern 11. Februar 2021, S. 2; BAG/EKIF (Fn. 4), S. 7.

6 BAG/EKIF (Fn. 4), S. 5f.; NEK (Fn. 5), S. 4 f. LORENZ LANGER, Immunitätsnachweis, Impfpass und Impfblogatorium, Jusletter vom 1. Februar 2021, N 64 ff.

7 BAG/EKIF (Fn. 4), S. 6.

8 Art. 36 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV; SR 101]); Art. 8 Ziff. 2 und Art. 9 Ziff. 2 EMRK (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, abgeschlossen in Rom am 4. November 1950 [EMRK; SR 0.101]); Urteil der Europäischen Kommission für Menschenrechte 26536/95 vom 15. Januar 1998 (Boffa and 13 others gegen San Marino); BGE 50 I 334 E. 4. f. (Pocken); BGE 99 Ia 747 (Dipterie); LORENZ LANGER, Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR 2017, S. 95.

9 NEK (Fn. 5), S. 3.

10 BAG, So schützen wir uns./Impfung.

11 LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 84.

12 Freiheit der Person und Teil der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 10 Abs. 2 BV; vgl. AXEL TSCHENTSCHER, in: Waldmann/Belser/Epiney [Hrsg.], Balsler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Art. 10 N 32 ff. [zit. BSK BV-BEARBEITERIN]).

13 Art. 6 ArG (Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11]) und Art. 328 OR (Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR; SR 220]); LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 43. Besteht bei einer Arbeitstätigkeit ein viel höheres Risiko, an Covid-19 zu erkranken als beim Rest der Bevölkerung, kann eine Berufskrankheit vorliegen (Art. 9 UVG; suva, FAQ: Häufig gestellte Fragen zu Corona) und es sind zusätzlich die Vorgaben zur Unfallverhütung zu beachten (Art. 82 ff. UVG; Bundesgesetz vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung [UVG; SR 832.20]; Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 [GVP 2006 Nr. 1] E. 2.c/bb).

14 Duden online, Pflicht.

15 Duden online, Zwang.

16 MARKUS H.F. MOHLER, Staatliches Gewaltmonopol, Sicherheit & Recht 3/2012, S. 157 ff.; vgl. humanrights.ch, Die Grenzen der Privatisierung von Sicherheitsaufgaben in der Schweiz, und Urteil des Bundesgerichts 6B_1298/2017 vom 4. Juni 2018.

17 Art. 27 BV; Art. 19 Abs. 1 OR; BGE 129 III 35 E. 6.1.

der Vertragsfreiheit eine Schranke setzt¹⁸. Eine Kontrahierungspflicht widerspricht dem Wesen der Privatautonomie und fehlt im schweizerischen Arbeitsvertragsrecht. Immerhin dürfen Anstellungen weder aus geschlechterdiskriminierenden Gründen¹⁹ noch wider Treu und Glauben bzw. in persönlichkeitsverletzender Weise abgelehnt werden²⁰, womit eine gewisse Einschränkung der negativen Partnerwahlfreiheit besteht²¹. Das Arbeitsverhältnis zeichnet sich als Dauerschuldverhältnis durch die besondere Verbindung der Vertragsparteien aus, bei dem die Treue- und Fürsorgepflicht die Parteien in der inhaltlichen Gestaltung beschneiden²². Dadurch erfolgt von Gesetzes wegen eine Beschränkung der Inhaltsfreiheit.

2. Persönlichkeitsschutz

- 5 Im Zusammenhang mit einer Impfpflicht erfordert der Persönlichkeitsschutz eine nähere Betrachtung. Dabei ist eine Verletzung, die Persönlichkeitsrechtswidrigkeit, anhand der gesamten geschriebenen und ungeschriebenen schweizerischen Rechtsordnung inkl. Verfassungsrecht zu prüfen²³. Unzulässig ist insbesondere, sich seiner Freiheit zu entäussern (Art. 27 Abs. 2 ZGB²⁴), mithin Verträge abzuschliessen, welche die physische Freiheit, die körperliche Integrität oder die Intimsphäre, also den Kernbereich der Persönlichkeit, beeinträchtigen²⁵, wobei sich die Persönlichkeitsrechtswidrigkeit aus dem Gegenstand der Bindung oder dem Übermass ergibt²⁶. Im Arbeitsverhältnis verlangen die betrieblichen Bedürfnisse eine Interessenabwägung²⁷.
- 6 RUDOLPH bejaht zu Recht die Gültigkeit der Zustimmung des Arbeitnehmenden zu einer vertraglichen Impfpflichtung, sofern dies der Fürsorge und nicht eigennüt-

zigen Interessen des Arbeitgebenden dient²⁸. Die vertragliche Zustimmung für mögliche, zukünftige Impfungen entbindet den Arbeitgebenden jedoch nicht davon, bei der konkreten Anordnung deren Notwendigkeit zu prüfen²⁹. Zu beachten ist, dass der Arbeitnehmende mit der Zustimmung zu einer vertraglichen Impfpflicht bzw. zu einer konkreten Impfung nicht sein Persönlichkeitsrecht auf körperliche Unversehrtheit insgesamt aufgibt, was unzulässig wäre³⁰. Vielmehr verzichtet er einzig auf dessen Ausübung in einem konkreten Einzelfall. Diese Form der Selbstbestimmung fällt weder in den Schutzbereich des Entäusserungsverbots (Art. 27 Abs. 2 ZGB) noch des arbeitsrechtlichen Verzichtsverbots (Art. 341 Abs. 1 OR)³¹. Ob eine rein einseitige Anordnung der Impfung im Rahmen des Weisungsrechts (Art. 321d OR) zulässig ist, erfordert demgegenüber eine weitergehende Prüfung³².

Mit dem Abschluss eines Arbeitsvertrages und der Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebenden verzichtet der Arbeitnehmende freiwillig (teilweise) auf die Ausübung seiner Persönlichkeitsrechte³³ und unterstellt sich der Weisungsgewalt des Arbeitgebenden³⁴. Dieser hat im Rahmen seiner Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) den Arbeitnehmenden im Gegenzug zu schützen und dessen Interessen in guten Treuen zu wahren, was gleichermassen sein Weisungsrecht begrenzt³⁵. Der Umfang dieser Pflicht ist im Rahmen von Treu und Glauben im Einzelfall festzustellen³⁶. Der Persönlichkeitsschutz bietet Zugang für die mittelbare bzw. indirekte Drittwirkung

18 Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 OR; BARBARA MEISE / CLAIRE HUGUENIN, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 19/20 N 2 (zit. BSK OR-I-BEARBEITERIN).

19 Art. 3 Abs. 2, 5 Abs. 2 GlG (Bundesgesetz vom 24. Juni 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann [Gleichstellungsgesetz, GlG; SR 151.1]).

20 Urteil des Bundesgerichts 2C_103/2008 vom 30. Juni 2008 E. 6.2; Urteil des Arbeitsgerichts Zürich AN050401/U1 vom 13. Januar 2006 und Urteil des Tribunal de prud'hommes de l'arrondissement de Lausanne T304.021563 vom 10. Oktober 2005.

21 ERNST A. KRAMER, in: Meier-Hayoz (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 19-22 OR, Bern 1991, Art. 19/20 N 46 (zit. BK-KRAMER).

22 BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 7; ULLIN STREIFF / ADRIAN VON KAENEL / ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 321d OR N 3.

23 BSK OR-I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19 N 19 ff.

24 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB; SR 210).

25 BSK OR-I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19 N 4; BK-KRAMER, Art. 19 OR N 212.

26 CLAIRE HUGUENIN / CHRISTOPHE REITZE, in: Geiser/Fountoulakis (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 6. Aufl., Basel 2018, Art. 27 N 9.

27 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321d OR N 3, S. 239.

28 ROGER RUDOLPH, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal – Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 («Schweinegrippe»), ARV 2010, S. 6 f.; gl. M. THOMAS GEISER / ROLAND MÜLLER / KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter vom 23. März 2020, N 58; ebenso MARCEL LANZ, Der Sars-CoV-2-Impfstoff – eine haftpflichtrechtliche Beurteilung, Jusletter vom 8. Februar 2021, N 100 ff.; a. M. BK-KRAMER, Art. 20 OR N 212 und EUGEN BUCHER, in: Hausheer (Hrsg.), Berner Kommentar, Art. 27 ZGB, 3. Aufl., Bern 1993, Art. 27 ZGB N 124^{bis}.

29 RUDOLPH (Fn. 28), S. 7 f.

30 Art. 328 OR ist relativ zwingend (Art. 341 Abs. 1 i. V. m. Art. 362 Abs. 1 OR).

31 MANFRED REHBINDER / JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 331-355 und Art. 361-362 OR, 2. Aufl., Bern 2014, Art. 341 N 2.

32 GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 28), N 58, lehnen unbegründet mit Verweis auf Art. 27 Abs. 2 ZGB die Impfpflicht aufgrund einer Weisung ab.

33 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321d OR N 3 S. 239; BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 5; MANFRED REHBINDER / JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Hausheer/Walter (Hrsg.), Berner Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330b, Bern 2010, Art. 321d OR N 17 (zit. BK AV-I-REHBINDER/STÖCKLI); ähnlich im öffentlichen Dienstrecht (Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 [GVP 2006 Nr. 1] E. 2.b).

34 BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 1.

35 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321d OR N 3; BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 7; WERNER GLOOR, Le conflit de conscience du travailleur, ARV 2020, S. 291.

36 Art. 2 Abs. 1 ZGB; BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 1; BK AV-I-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 OR N 3.

von Grundrechten³⁷. Im Arbeitsverhältnis werden über den Persönlichkeitsschutz hinaus das Willkürverbot, aber auch die Glaubens- und Gewissensfreiheit zu beachten sein³⁸. Demgegenüber kann sich ein Arbeitgebender auf die Wirtschaftsfreiheit und seine berechtigten Interessen berufen³⁹. Als berechnete Interessen sind die gesetzlichen Verpflichtungen des Arbeitgebenden gegenüber Personal, Kunden und weiteren Dritten sowie die weiteren Erfordernisse des Arbeitsverhältnisses zu verstehen⁴⁰.

- 8 Die berechtigten Interessen der Arbeitgebenden haben sich auf eine Rechtsgrundlage zu stützen und im Rahmen einer Interessenabwägung ist den gegenseitigen Pflichten und Rechten Rechnung zu tragen. Damit müssen einseitige Eingriffe in die (verfassungsmässigen) Rechte eines einzelnen Arbeitnehmenden oder ein vertraglicher Verzicht auf die Ausübung derselben möglich sowie zulässig sein. *Vice versa* kann der Arbeitgebende seine Rechte ebenfalls nicht uneingeschränkt ausüben. Insofern fehlt ein absoluter Schutz von (verfassungsmässigen) Rechten der Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis.

3. Rechtsgrundlagen

- 9 Eine Impfpflicht wird bei betrieblicher Notwendigkeit, namentlich beim Gesundheitspersonal, breit befürwortet⁴¹. Dies soll neben der Minimierung von Krankheitsabsenzen vor allem der Fürsorge gegenüber Patienten und Patientinnen dienen⁴². Als dogmatische Rechtsgrundlage für die Impfpflicht (einzig) Art. 321d OR anzurufen, überzeugt nicht⁴³. Das Weisungsrecht kann nur als Grundlage für die tatsächliche Verwirklichung von notwendigen Anordnungen (Ausführungsgrundlage) und nicht als Rechtfertigung der Notwendigkeit im Einzelfall verstanden werden. So beschränkt denn die Pflicht zum Persönlichkeitsschutz den möglichen Inhalt von Weisungen⁴⁴. Ob Weisungen inhaltlich zulässig sind, muss mithin anhand einer Grundsatznorm mit sachlichem Bezug

37 Art. 35 Abs. 3 BV; BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 4, GLOOR, Conflit (Fn. 35), S. 288; BSK BV-WALDMANN, Art. 35 N 71.

38 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321d OR N 3 S. 239 f.; GLOOR, Conflit (Fn. 35), S. 291.

39 WERNER GLOOR, Kopftuch an der Kasse – Religionsfreiheit im privaten Arbeitsverhältnis, in: ARV 2006, S. 6 ff.; BK AV-I-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 OR N 2.

40 BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 5.

41 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328 OR N 15b; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer 2020, S. 174; KURT PÄRLI / JONAS EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt, Jusletter vom 8. Februar 2021, N 79; Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 [GVP 2006 Nr. 1].

42 RUDOLPH (Fn. 28), S. 6 und 9.

43 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321d OR N 15b; RUDOLPH (Fn. 28), S. 8.

44 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328 OR N 3 S. 239; BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 5; RUDOLPH (Fn. 28), S. 8.

zum Thema der konkreten Weisung geprüft werden. Bei der vorliegend zu diskutierenden Impfpflicht drängen sich die Vorschriften zum Gesundheitsschutz (Art. 328 OR, Art. 6 ArG, Art. 82 Abs. 1 UVG⁴⁵) als primäre Rechtsgrundlagen auf⁴⁶. Hinzu kommen die spezifischen Verpflichtungen der Arbeitgebenden, gestützt auf die Covid-19-Gesetzgebung, ihre Arbeitnehmenden vor Ansteckungen mit dem Coronavirus zu schützen. Diese sind als Konkretisierung der allgemeinen Verpflichtung zum Gesundheitsschutz zu verstehen⁴⁷. Arbeitgebende haben alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Arbeitgebende haben die Massnahmen regelmässig zu überprüfen und weiterzuentwickeln⁴⁸. Der Gesundheitsschutz ist umfassend zu verstehen und deckt sämtliche Aspekte der physischen und psychischen Integrität des gesamten Personals ab⁴⁹.

Soweit ersichtlich wurde bis jetzt nicht weiter diskutiert, ob die Impfpflicht eine dienstliche oder ausserdienstliche Verhaltensanweisung darstellt, wobei Letztere grundsätzlich unzulässig wäre⁵⁰. Zweifellos beschlägt eine Impfpflicht das Privatleben der Arbeitnehmenden; wäre dies nicht der Fall, läge gar kein Eingriff in die Persönlichkeit vor⁵¹. Hingegen stünde diese in direktem Zusammenhang mit der Arbeitsausübung sowie dem Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, weshalb ebenso wenig von einer rein ausserdienstlichen Weisung gesprochen werden kann.

45 Vorne Fn. 13.

46 RUDOLPH (Fn. 28), S. 8 f.; PÄRLI/EGGMANN (Fn. 41), N 79.

47 Art. 4 Covid-19-Gesetz (Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 [Covid-19-Gesetz; SR 818.102]); Art. 10 Covid-19-Verordnung besondere Lage (Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26]); Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 (Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 19. Juni 2020, AS 2021 5, gültig ab 18. Januar 2021, SR 818.101.24); BAG, Erläuterungen zur Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26), Version vom 27. Januar 2021 (inkl. Änderungen vom 27. Januar 2021, die am 1. Februar in Kraft treten), S. 28.

48 Art. 3 Abs. 3 ArGV 3 (Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993 [Gesundheitsschutz; SR 822.113]); Art. 3 Abs. 2 VUV (Verordnung vom 19. Dezember 1983 über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten, Verordnung über die Unfallverhütung [VUV; SR 832.20]); HARRY NÖTZLI, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkomentar Arbeitsgesetz, Basel 2018, Art. 6 N 34 (zit. KUKO ArG-BEARBEITERIN).

49 Art. 2 Abs. 1 ArGV 3; KUKO ArG-NÖTZLI, Art. 6 N 2, 22, 25; SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, S. 006-2; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328 OR N 15; BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 11a; und vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 7.3 und A-6750/2018 vom 16. Dezember 2019 E. 3.3.

50 BK AV-I-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321d OR N 20, 22.

51 Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 (GVP 2006 Nr. 1) E. 2.b mit weiteren Hinweisen.

Im Fokus steht die Konkretisierung des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz, weshalb von einer dienstlichen Weisung mit Auswirkungen auf das Privatleben auszugehen ist. Verflechtung von privaten sowie betrieblichen Wirkungen sind unabhängig von der Qualifikation der Weisung hinlänglich bekannt⁵². Die Zulässigkeit entfällt damit nicht per se.

- 11 Sofern mithin die Verwirklichung des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz eine Impfpflicht als notwendig erscheinen lässt, muss diese grundsätzlich als möglich bejaht werden, wofür das Weisungsrecht das Mittel zum Zweck darstellt⁵³. Der Arbeitgebende ist denn zu allen sachlich gebotenen Weisungen berechtigt, wozu der Gesundheitsschutz zählt⁵⁴. Allerdings dürfen Grundrechte der Arbeitnehmenden nur soweit beschränkt werden, als dies für die Erfüllung des Arbeitsvertrages notwendig ist⁵⁵. Damit wird eine sorgfältige Interessenabwägung im Einzelfall verlangt⁵⁶.

4. Interessenabwägung

a) Eignung

- 12 Vorausgesetzt ist, dass die in der Schweiz durch Swissmedic⁵⁷ zugelassenen und von der Eidgenössischen Kommission für Impffragen (EKIF)⁵⁸ empfohlenen Covid-19-Impfungen aus medizinischer Sicht geeignet sind, das Ansteckungsrisiko und damit das Risiko für schwere Krankheitsverläufe deutlich zu reduzieren (Wirksamkeit von rund 95% beider zugelassener Impfstoffe)⁵⁹. Zudem

52 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321a N 5, N 7, S. 188; ADRIAN VON KAENEL / ROGER RUDOLPH, elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar, Art. 321a N 7 Fallgruppe 4; BK AV-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321d OR N 22.

53 Vgl. Art. 11 Abs. 1 UVV.

54 BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 3; RUDOLPH (Fn. 28), S. 8.

55 BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 5.

56 LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 43; RUDOLPH (Fn. 28), S. 9 f.; GLOOR, Kopftuch (Fn. 39), S. 8.

57 Schweizerisches Heilmittelinstitut, welches zuständig für die Bewilligung von Herstellung und Inverkehrbringen sowie der Zulassung von Arzneimitteln ist (Art. 5 ff. und Art. 68 ff. HMG [Bundesgesetz über Arzneimittel und Medizinprodukte vom 15. Dezember 2000 (Heilmittelgesetz, HMG; SR 812.21)]; für weitere Informationen zu den Covid-19-Impfungen seitens Swissmedic: Swissmedic, Coronavirus-Krankheit (COVID-19) Pandemie. Die Zulassungen erfolgten am 19. Dezember 2020 für Comirnaty® von Pfizer/BioNTech (Swissmedic erteilt Zulassung für den ersten Covid-19-Impfstoff in der Schweiz) und am 12. Januar 2021 für mRNA-1273 von Moderna (Swissmedic erteilt die Zulassung für den Covid-19 Impfstoff von Moderna).

58 Ausserparlamentarische Kommission (Art. 56 EpG [Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012 (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101)], Art. 85 ff. EpV [Verordnung über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 29. April 2015 (Epidemienverordnung, EpV; SR 818.101.1)]).

59 Art. 1 Abs. 1 HMG; BGE 99 Ia 747 E. 3; VOKINGER KERSTIN NOELLE / ROHNER NOAH, Impfblogatorium und Impfwang – eine staatsrechtliche Würdigung, SJZ 2020, S. 268; BAG und EKIF, Impfeempfehlung für mRNA-Impfstoffe gegen Covid-19, 10. Februar 2021, S. 3 f., 14 f., 17 f.

scheinen die unerwünschten Impferscheinungen (Nebenwirkungen) gering⁶⁰. An der grundsätzlichen Eignung ändert nichts, dass beide Impfstoffe vorerst eine befristete Zulassung erhalten haben, welche gewährt wird, wenn Arzneimittel bei lebensbedrohenden Krankheiten möglichst schnell betroffenen Patienten verfügbar gemacht werden sollen. Eine befristete Zulassung stellt gegenüber einem Normalverfahren reduzierte Anforderungen an die Vollständigkeit der klinischen Dokumentation⁶¹, ohne dass auf einen grossen therapeutischen Nutzen und die Sicherheit verzichtet werden darf (Art. 9a HMG). Beide zugelassene Produkte enthalten mRNA-Impfstoffe, bei welchen ein Stück des RNA-Bauplans des neuartigen Coronavirus (SARS-CoV-2) verwendet wird, um dem Körper eine Abwehrreaktion beizubringen. Dieses Prinzip wird bereits seit über zwanzig Jahren verwendet⁶².

Die Gerichte werden die Eignung der Impfung im Rahmen des Gesundheitsschutzes unter Einbezug der genannten oder weiterer medizinischer Beurteilungen zu prüfen haben⁶³, wobei diese Einschätzungen durch die rechtsanwendenden Stellen zu würdigen sind. Soweit die Zulassung von Covid-19-Impfstoffen von Swissmedic und die Empfehlung seitens der EKIF vorliegen, darf aus arbeitsrechtlicher Sicht die Eignung einer Impfpflicht bereits dann bejaht werden, wenn Personen vor einer Ansteckung und damit schweren Krankheitsverläufen geschützt werden können (Selbstschutz)⁶⁴. Auf individueller Ebene dürfen indes keine Kontraindikationen vorliegen. Nicht wissenschaftlich fundierten, subjektiven Überzeugungen von Impfgegnern fehlt demgegenüber die Relevanz⁶⁵.

b) Erforderlichkeit

LANGER geht davon aus, dass auch die Erforderlichkeit der Impfung im Rahmen des Gesundheitsschutzes durch Experten und Expertinnen zu beurteilen wäre, wobei dies von den Gerichten bis anhin jedoch verneint worden sei⁶⁶. Er weist darauf hin, dass die Entscheide jeweils unter dem Eindruck schwerer Infektionskrankheiten gefällt worden seien. Die Bedrohung durch das Coronavirus darf als sehr ernst bezeichnet werden, wobei die

60 BAG/EKIF, Impfeempfehlung Covid-19 (Fn. 59), S. 15 f., 18 f.; vgl. zur Hepatitis B-Impfung Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 (GVP 2006 Nr. 1) E. 2.d; vgl. zum Haftungsrisiko des Arbeitgebenden bei Impfschäden LANZ (Fn. 28), N 104.

61 Swissmedic, Wegleitung Befristete Zulassung Humanarzneimittel HMGV4, 1. November 2020, Ziff. 2.

62 Swissmedic, Factsheet Covid-19 Impfstoffe, Geschichte der Impfstoffentwicklung, Januar 2021.

63 Kritisch: LANGER, Impfung (Fn. 8), S. 106 ff.

64 Ähnlich LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), S. 92 f.; vgl. vorne Rz. 2 bezüglich Schutz vor Infektiosität (Weiterverbreitung).

65 VOKINGER/ROHNER (Fn. 59), S. 270.

66 LANGER, Impfung (Fn. 8), S. 108; BGE 99 Ia 747 E. 3.b.

Beurteilung der Erforderlichkeit einer Impfung jeweils an die laufende Entwicklung anzupassen ist⁶⁷. Fachpersonen bei Erfüllung des Gesundheitsschutzes zu konsultieren, ist für das Arbeitsverhältnis nicht unbekannt⁶⁸. Ihre Einschätzungen bilden Grundlage für die erforderlichen Massnahmen, welche sie aufgrund der Wirksamkeit zu beurteilen haben. Betriebliche Entscheidungsträger werden in der Praxis wie die Gerichte die Situation anhand der konkreten Umstände und gegebenenfalls unter Beizug von Expertisen zu beurteilen sowie die notwendigen Entscheide zu fällen haben⁶⁹.

- 15 Die bestehenden Schutzmassnahmen wie Homeoffice, Masken, Händehygiene, Distanz, Testungen usw. vermögen Ansteckungen am Arbeitsplatz zu reduzieren, jedoch nicht gänzlich zu verhindern, wobei letztlich offen ist, welche Massnahmen welchen Wirkungskreis aufweisen⁷⁰. Das Risiko einer Ansteckung nimmt bei engeren, häufigeren und länger andauernden Kontakten zu⁷¹. Je ernster sich die epidemiologische Lage präsentiert, desto stärker rückt daher die Impfung als erforderliche Schutzmassnahme ins Zentrum⁷². Im Zusammenhang mit dem Pflegepersonal eines Spitals hat das Verwaltungsgericht St. Gallen mit aller Deutlichkeit festgehalten, dass das konsequente Impfen des Personals im Gesundheitswesen einen wirksamen Schutz der Patienten und des Personals gegen das Hepatitis B-Virus bietet, weshalb alle mit einem beruflichen Risiko (ausgenommen Verwaltungspersonal) dagegen zu impfen seien. Andere Massnahmen, wie regelmässige Untersuchungen auf Antikörper, führten immer zu einem Restrisiko, zumal akute Infektionen oft unbemerkt verliefen⁷³. Insofern dürften Massentestungen als mildere Massnahme zu beurteilen sein, jedoch nicht überall ausreichen⁷⁴.

- 16 Eine Impfung stellt einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte eines Arbeitnehmenden dar, weshalb an die Erforderlichkeit selbst in einem Pandemiefall hohe Anforderungen zu stellen sind⁷⁵. Dies mag bei etablierten

67 LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 43; RUDOLPH (Fn. 28), S. 9.

68 Z.B. Art. 63 ArGV 1 (Verordnung zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 [ArGV 1; SR 822.111]), Art. 3 Abs. 3 ArGV 3, Art. 83 Abs. 2 UVG und Art. 11a ff. VUV.

69 Vgl. RUDOLPH (Fn. 28), S. 9.

70 SAMUEL RUTZ et al., Wirksamkeit nicht-pharmazeutischer Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus – Eine Übersicht, Grundlagen für die Wirtschaftspolitik Nr. 15, Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Bern 2020, Schweiz, S. 33; PAWINEE DOUNGGERN et al., Case-Control Study of Use of Personal Protective Measures and Risk for SARS-CoV 2 Infection, Thailand, EID November 2020.

71 Robert Koch Institut, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und Covid-19, Ziffer 2 Übertragungswege.

72 LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 43.

73 Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 (GVP 2006 Nr. 1), E. 2.e/aa.

74 Vgl. PÄRLI/EGGMANN (Fn. 41), N 77f.

75 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328 OR N 15b; RUDOLPH (Fn. 28), S. 9.

Impfungen anders zu beurteilen sein, jedoch kann der Eingriff nicht auf eine kurze Einwirkung durch den Stich reduziert werden⁷⁶. Die Impfpflicht soll und muss als letztes Mittel eingesetzt werden⁷⁷. Entsprechend wird die Impfpflicht primär bei Personal im Gesundheitswesen im engeren Sinne (Ärztenschaft und Pflege) bejaht⁷⁸, bei welchen die bekannten Schutzmassnahmen ungenügend sind (Risikopatienten) oder gar nicht durchgeführt werden können (Distanz). Dieser äusserst eingegrenzten Bejahung der Impfpflicht kann nicht gefolgt werden. Die Pflicht der Arbeitgebenden zum Gesundheitsschutz zielt auf das eigene Personal, wobei der Einzelne nicht zuletzt vor sich selbst geschützt werden muss⁷⁹. Dies ist nicht anders zu beurteilen als beispielsweise die Helmtragepflicht auf einer Baustelle. Gleichzeitig dürfen keine Dritten (Kunden, Schüler, Patienten etc.), mit welchen aufgrund der Arbeitsleistung in Kontakt getreten wird, gefährdet werden⁸⁰.

17 Sofern die Arbeitsleistung einen engen und häufigen Kontakt unter den Arbeitnehmenden oder zwischen diesen und Dritten bedingt, gibt es keinen Grund, ausserhalb des Gesundheitswesens die Zulässigkeit der Impfpflicht *a priori* zu verneinen⁸¹. Enge und häufige Kontakte können gleichermassen an Produktionsstätten, auf dem Bau oder im Dienstleistungssektor stattfinden. Ebenso werden sich Schüler- und Lehrerschaft den Raum über eine längere Zeit zu teilen haben⁸² und gerade bei Klassen der Primarstufen kann die Distanz kaum gewahrt werden. Die Zusammenarbeit mit bekannten Kollegen und Kolleginnen unter einheitlichen Schutzmassnahmen birgt sodann ein deutlich geringeres Ansteckungsrisiko als ständig wechselnde und teilweise unbekannte Kontakte wie im Detailhandel.

18 Es ist (noch) nicht abschliessend bekannt, wie die einzelnen Schutzmassnahmen abgesehen von der Impfung tatsächlich wirken⁸³. Im Sinne der Pflicht zur Wahrung des Gesundheitsschutzes werden Arbeitgebende aktuell das Risiko einer Ansteckung bei zwingend notwendigen

76 Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 (GVP 2006 Nr. 1), E. 2.d; im Ergebnis hat das Gericht jedoch zurecht die Zulässigkeit der Anordnung einer Hepatitis-B-Impfung durch das Spital gegenüber einer Angestellten in der Pflege bejaht und die Kündigung aufgrund der Verweigerung als sachlich gerechtfertigt eingestuft; LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 80.

77 Art. 38 Abs. 1 lit. e EpV; Vgl. VOKINGER/ROHNER (Fn. 59), S. 269.

78 LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 44 f.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 28), N 58; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328 OR N 15b.

79 So auch Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 (GVP 2006 Nr. 1) E. 2.d, 2.e/aa.

80 Haftung nach Art. 41, 55, 97, 101 OR.

81 Österreichische Bioethikkommission, Ethische Fragen einer Impfung gegen Covid-19, Wien 2020, S. 18.

82 Vgl. für Flugbegleiter: LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 44.

83 Vgl. vorne Rz. 15.

persönlichen Kontakten, selbst wenn diese weder lange noch unter 1,5 Meter⁸⁴ ausfallen, nicht als vermeidbar einstufen dürfen. Dafür sprechen die zahlreichen Ansteckungen im Schulbetrieb⁸⁵. Insofern wären Physiotherapie und Massage sowie Detailhandel entgegen der Auffassung von Langer nicht einfach von einer Impfpflicht auszunehmen⁸⁶. Weiter ist zu beachten, dass sich sowohl unter dem Personal wie auch den Drittkontakten besonders gefährdete Personen⁸⁷ oder Personen mit einer Kontraindikation zur Impfung⁸⁸ befinden, denen ein erhöhter Schutz zuteilwerden muss⁸⁹. Ziel der anderweitigen Schutzmassnahmen kann denn weder sein, besonders gefährdete Personen so lange wie möglich von ihrer angestammten Arbeit fernzuhalten⁹⁰, noch Dritte von Dienstleistungen oder anderen Kontakten auszuschliessen. Beides kann als Diskriminierung oder Stigmatisierung angesehen werden und zudem zu fehlender Berufserfahrung führen, was selbst eine Persönlichkeitsverletzung darstellen kann.

- 19 Nicht vergessen werden darf sodann, dass die Homeoffice-Arbeit ihre Grenze an der technischen Machbarkeit, den privaten Umständen der einzelnen Arbeitnehmenden sowie der zwingend einzuhaltenden Geheimhaltungspflichten inkl. Datenschutz findet⁹¹. Ist es dem Arbeitnehmendem aufgrund ungenügender Räumlichkeiten oder familiärer Konstellationen nicht möglich, die Arbeit von zu Hause aus zu verrichten, muss die Arbeit vor Ort geleistet werden dürfen. Dies gilt gleichermassen bei drohenden psychischen Erkrankungen aufgrund fehlender Strukturen oder Vereinsamung, da der Gesundheitsschutz umfassend zu wahren ist. Sofern Homeoffice aus sachlichen Gründen mithin nicht (vollständig) umgesetzt werden kann, sollte selbst für administrative Tätigkeiten eine Impfpflicht diskutiert werden. Allerdings dürften bei Büroarbeit weniger eingreifende Schutzmassnahmen wie Plexiglasscheiben oder Zurverfügungstellen von Einzelbüros für besonders gefährdete Personen meist möglich sein.

c) Zumutbarkeit für Arbeitnehmenden

- 20 Es ist unbestritten, dass eine Impfpflicht einen erheblichen Eingriff in die Persönlichkeit von Arbeitnehmenden

84 BAG, Covid-19: Anweisungen zur Quarantäne, 15. März 2021.

85 Vgl. für die Ansteckungsrisiken von bzw. durch Kinder ab sechs Jahren: SILVIA STRINGHINI et al., Seroprevalence of anti-SARS-CoV-2 antibodies after the second pandemic peak, THE LANCET, Infectious Diseases, 1. Februar 2021.

86 LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 44.

87 Art. 27a Abs. 10, 11 und Anhang 7 Covid-19-Verordnung 3; BAG/EKIF (Fn. 4), S. 3 f.

88 BAG/EKIF, Impfpflicht Covid-19 (Fn. 59), S. 5.

89 Vgl. Fn. 47; Österreichische Bioethikkommission (Fn. 81), S. 18.

90 Art. 27a Abs. 4 und 7 Covid-19-Verordnung 3.

91 BAG, Erläuterungen Covid-19-Verordnung besondere Lage (Fn. 47), S. 29; SABINE STEIGER-SACKMANN, Arbeitsrechtlicher Reformbedarf für Homeoffice-Arbeit, ARV 2020, S. 309, 312.

darstellt. Die Infektion mit dem Coronavirus kann demgegenüber gesundheitlich schwere Verläufe bewirken. Arbeitgebende sind zwecks Vermeidung von Ansteckungen am Arbeitsplatz aufgrund ihrer umfassenden Pflichten zum Gesundheitsschutz gehalten, eine Risikoprüfung vorzunehmen, um die Notwendigkeit einer Impfpflicht abzuklären. Dabei muss eine gewisse vereinheitlichte Betrachtung von Personalkategorien (Produktion/Pflege gegenüber Verwaltungspersonal) zulässig sein. Andernfalls ergibt sich für die Arbeitgebenden eine kaum bewältigbare Flut von Einzelfällen⁹². Sind Eignung und Notwendigkeit zu bejahen, und nur dann, wird die Zumutbarkeit der Impfung – ausser es bestehe bei einer Person eine Kontraindikation – solange vorliegen, als kein genügender Immunschutz in der Bevölkerung besteht.

Es zeigt sich hier das klassische Beispiel eines grundlegenden Zielkonfliktes zwischen den Verpflichtungen eines Arbeitgebenden, die Gesundheit aller zu schützen und die Interessen des einzelnen Arbeitnehmenden zu wahren. Eine geeignete und erforderliche Weisung zum Gesundheitsschutz kann daher weder das persönliche Gewissen noch die Persönlichkeit des Arbeitnehmenden verletzen⁹³. Derartige Weisungen schliessen die Rechtswidrigkeit *per se* aus. Das Selbstbestimmungsrecht der Arbeitnehmenden findet beim Coronavirus seine Grenze an den unabdingbaren Pflichten des Arbeitgebenden zum Schutz der Gesundheit. Daher haben sie sich der im Rahmen der Interessenabwägung als berechtigt qualifizierte Anweisung, sich der Covid-19-Impfung zu unterziehen, Folge zu leisten (Art. 321d Abs. 2 OR). Dabei darf nicht vergessen werden, dass die Arbeitgebenden bei erfolgter Ansteckung umfassend gegenüber Opfern (Personal und Dritte) haftbar werden⁹⁴ und sich mit Regressforderungen der Versicherungen konfrontiert sehen können⁹⁵. Zudem machen sie sich bzw. die für den Gesundheitsschutz verantwortlichen natürlichen Personen unter Umständen strafbar⁹⁶.

Da sich die Erforderlichkeit einer Impfung aufgrund der Tätigkeit (z.B. persönliche Dienstleistungen) oder der Arbeitsumgebung (z.B. Produktionslinie mit engen räumlichen Verhältnissen) bestimmt, kann die Zumutbarkeit

92 Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 (GVP 2006 Nr. 1) E. 2.e/aa, 3.b.

93 GLOOR, Conflit (Fn. 35), S. 291 f.

94 Art. 6 ArG; Art. 41, 55, 97, 101, 328 OR; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328 OR N 16; VON KAENEL / RUDOLPH, Update (Fn. 52), Art. 328 N 16; BSK OR-I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 53 ff.; BK AV-I-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 328 OR N 22 ff.; RUDOLPH (Fn. 28), S. 9.

95 Siehe Art. 72 ff. ATSG (Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 [ATSG; SR 830.1]).

96 Art. 59 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ArG; Art. 6 VStR (Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 [VStR; SR 313.0]); Art. 102 Abs. 1, 117, 125, 126 StGB (Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 [StGB; SR 311.0]).

einer Impfanordnung Folge zu leisten, weder ausschliesslich von der Branche (z.B. Gesundheitswesen) noch von der Stellung eines Arbeitnehmenden (z.B. Kader) abhängen. Der sonst gültige, allgemeine Grundsatz, dass die Treuepflicht bei Tendenzbetrieben oder von Kadermitarbeitenden stärker zu beachten ist⁹⁷, kommt mithin nicht zum Tragen.

d) Weisungspflicht

- 23 Sobald die Eignung der Impfung aus wissenschaftlicher Hinsicht zu bejahen ist, können sich Arbeitgebende nicht der Prüfung der Erforderlichkeit einer Impfpflicht entziehen, da es sich um eine Massnahme handelt, die «nach der Erfahrung notwendig» bzw. «nach dem Stand der Technik anwendbar» ist (Art. 6 Abs. 1 ArG und Art. 328 Abs. 2 OR)⁹⁸. Mit anderen Worten sind alle Arbeitgebenden angehalten, die Notwendigkeit einer Impfung abzuklären. Wird dieselbe als erforderliche Massnahme im Rahmen des Gesundheitsschutzes qualifiziert, sind Arbeitgebende in der Folge verpflichtet, die entsprechende Weisung auszusprechen⁹⁹. Das Weisungsrecht wird nach der hier vertretenen Auffassung zur Weisungspflicht¹⁰⁰.
- 24 Es kann sich einzig die Frage stellen, ob jedem Arbeitgebenden die Anordnung der Impfung zumutbar ist. Das Gesundheitsrisiko, die Art und die Grösse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betriebs sind gegeneinander abzuwägen¹⁰¹. Die Covid-19-Impfung ist zurzeit kostenlos¹⁰². Demgegenüber können die Abklärung der Eignung bzw. Erforderlichkeit zeit- und kostenintensiv ausfallen, insbesondere wenn der Beizug von Fachpersonen notwendig wird. Jeder Arbeitgebende sollte jedoch in der Lage sein festzustellen, ob aufgrund der vorhandenen Kontakte bei der Arbeitserbringung und trotz anderweitiger Schutzmassnahmen ein erhöhtes Risiko vorliegt. Wird dies in einem kleineren Betrieb mit geringen finanziellen Möglichkeiten bejaht, darf dieser ohne weitere fachliche Abklärungen zum Schluss gelangen, die Impfpflicht sei zulässig¹⁰³. Nur aufgrund von schwierigen finanziellen Verhältnissen sollen und dürfen denn not-

wendige Schutzmassnahmen bei erheblicher gesundheitlicher Gefährdung nicht einfach unterlassen werden¹⁰⁴.

Solange anderweitige Schutzmassnahmen zur Verfügung stehen, selbst wenn diese teurer sind, darf grundsätzlich keine Impfpflicht erlassen werden. Im Rahmen der Erforderlichkeit muss immer jeweils der mildeste Eingriff gewählt werden¹⁰⁵. Dabei ist es schwer vorstellbar, dass die Einhaltung der Maskenpflicht, allfällige räumliche Trennvorrichtungen, kostenlose Testungen sowie Homeoffice die finanziellen Möglichkeiten eines Arbeitgebenden sprengen. Insofern werden Arbeitgebende nur in wenigen Fällen tatsächlich eine Impfpflicht im Rahmen des Gesundheitsschutzes einführen müssen. Dies wird Arbeitstätigkeiten betreffen, bei welchen ein enger persönlicher Kontakt (Gesundheitswesen, Betreuung, persönliche körpernahe Dienstleitungen, Bau, Zügelunternehmen, Produktion, Auszubildner etc.) oder der Aufenthalt im gleichen Raum über längere Zeit (Flugpersonal, Lehrerschaft etc.) Teil derselben ist.

III. Mitwirkung der Arbeitnehmenden

1. Arbeitsgesetz

Der Arbeitgebende trägt die Verantwortung für den Gesundheitsschutz und die Arbeitnehmenden haben die notwendigen Massnahmen einzuhalten¹⁰⁶. Darüber hinaus steht den Arbeitnehmenden oder deren Vertretung im Betrieb in allen Fragen des Gesundheitsschutzes ein Konsultationsrecht zu (Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG). Damit wird die Bestimmung von Art. 10 lit. a Mitwirkungsgesetz¹⁰⁷ konkretisiert, welche auf die Bestimmungen im Arbeitsgesetz verweist. Fehlt eine Arbeitnehmervertretung, sind alle im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmenden zu konsultieren, unabhängig davon, ob sie von den geplanten Schutzmassnahmen betroffen wären¹⁰⁸.

Die Mitsprache umfasst das Recht auf Anhörung und Beratung, bevor Arbeitgebende Entscheide zu Massnahmen im Bereich des Gesundheitsschutzes treffen, sowie die Begründung des Entscheids, wenn Einwände nicht oder nur teilweise Eingang finden (Art. 48 Abs. 2 ArG). Mit anderen Worten haben Arbeitgebende die Belegschaft vor

97 BGE 130 III 699 E. 4.1.; STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321d OR N 2 S. 172, N 5; GLOOR, Conflit (Fn. 35), S. 292.

98 LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 42.

99 Erfolgt dies nicht, besteht ein grosses Risiko für eine Haftung bei Ansteckungen (vgl. vorne Rz. 21).

100 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321d OR N 2 S. 238; BSK OR-I-PORNTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 4; BK AV-I-REHBINDER/STÖCKLI, Art. 321d OR N 4.

101 SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, 006-2.

102 Art. 12a lit. n KLV (Verordnung EDI über Leistungen in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung vom 29. September 1995 [Krankenpflege-Leistungsverordnung; SR 832.112.31]).

103 Der Beizug von Fachleuten ist nur im erforderlichen Umfang notwendig. Bei klaren und einfachen Verhältnissen kann durchaus darauf verzichtet werden; vgl. Art. 7 Abs. 3 ArGV 3 und SECO, Wegleitung ArGV 3, S. 306-1.

104 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 328 OR N 4, S. 510 und N 7, S. 522; KUKO ArG-NÖTZLI, Art. 6 N 32.

105 RUDOLPH (Fn. 28), S. 9; LANGER, Immunitätsnachweis (Fn. 6), N 44.

106 Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 5 ArGV 3, Art. 10 Abs. 1 ArGV 3; SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, S. 006-3; KUKO ArG-NÖTZLI, Art. 6 N 54.

107 Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993 (Mitwirkungsgesetz; SR 822.14). Die Bestimmung darf zuungunsten der Arbeitnehmenden nicht abgeändert werden (Art. 4 Mitwirkungsgesetz).

108 Art. 4 Mitwirkungsgesetz; ROLAND A. MÜLLER / CHRISTIAN MADUZ, ArG Kommentar, 8. Aufl., Zürich 2017, Art. 48 N 6.

dem Entscheid anzuhören und Möglichkeit für Vorschläge und Anregungen zu gewähren, wobei sie sich mit Vorbringen konkret auseinanderzusetzen haben¹⁰⁹. Der Gesundheitsschutz ist dabei als gemeinsame Daueraufgabe zu verstehen¹¹⁰ und der Einbezug der Arbeitnehmenden soll dazu dienen, im Rahmen eines gemeinsamen Dialogs Massnahmen zu finden, welche von allen mitgetragen werden¹¹¹.

- 28 Die Einführung einer Impfpflicht am Arbeitsplatz stellt zweifelsohne eine Massnahme im Rahmen des Gesundheitsschutzes dar, weshalb insbesondere aufgrund der Erheblichkeit des Eingriffs die Mitwirkungsrechte sorgfältig zu beachten sind. Die Konsultation bezweckt dabei, die Einschätzung des Arbeitgebenden durch die Arbeitnehmenden überprüfen zu lassen. Bei Uneinigkeit oder seitens der Arbeitnehmenden¹¹² können Fachleute beigezogen werden. Korrespondenz per E-Mail oder virtuelle Sitzungen erscheinen unabhängig der aktuellen Coronavirus-Epidemie als zulässig¹¹³, wobei eine Begehung der Örtlichkeiten bei Bedarf davon getrennt sowie von den Parteien einzeln durchgeführt werden kann.
- 29 Das Gesetz sieht keine Frist vor, welche zur Prüfung der geplanten Massnahmen durch die Arbeitnehmervertretung oder die Arbeitnehmenden anzusetzen ist. Die Frist ist nach Treu und Glauben zu bemessen (Art. 11 Abs. 1 Mitwirkungsgesetz) und hat angesichts aller Umstände angemessen zu sein¹¹⁴. Die Anordnung einer Impfung erfordert die Abwägung verschiedener Faktoren. Je nach Grösse und Ausgestaltung des Betriebes sind Differenzierungen bezüglich unterschiedlicher Personalkategorien vorzunehmen. Insofern genügt bei einfachen und klaren Verhältnissen (kleinere Arztpraxis) eine Konsultationsfrist von drei bis fünf Arbeitstagen; in komplexeren Strukturen (Produktionsbetrieb) sollte diese jedoch eher zwei Wochen betragen¹¹⁵.
- 30 Arbeitgebende, welche zum Schluss kommen, die Covid-19-Impfung stelle eine notwendige Massnahme dar, sollten Konsultationsverfahren jetzt einleiten, um diese bei Verfügbarkeit genügender Impfdosen abgeschlossen zu haben. In besonders sensiblen Arbeitsumgebungen (Pflege von Hochrisikopatienten) und bei kurzfristiger Gewährung eines Impftermins sollte ausnahmsweise die

sofortige Anordnung ohne Gewährung einer eigentlichen Konsultationsfrist möglich sein. Dem Mitwirkungsrecht kann insofern nachgekommen werden, als mit den Betroffenen *ad hoc* ein Gespräch geführt wird, an welchem sie informiert werden, sich äussern können und die Arbeitgebenden ihren Entscheid begründen. Eine all-falls bestehende Arbeitnehmervertretung kann beigezogen werden, welche in besonders dringlichen Fällen erreichbar sein muss. Da ein Impftermin kaum für alle Betroffenen jeweils am selben Tag zur Diskussion stehen dürfte, sollte selbst in besonders dringlichen Fällen mindestens eine Konsultationsfrist von ein bis zwei Tagen zur Verfügung stehen.

2. Geltung für sämtliche privaten Betriebe

Das Mitwirkungsgesetz ist auf sämtliche privaten Betriebe, welche ständig in der Schweiz Arbeitnehmende beschäftigen, anwendbar (Art. 1 Mitwirkungsgesetz). Mit dem Verweis in Art. 10 lit. a Mitwirkungsgesetz werden die Mitwirkungsrechte gemäss Art. 48 ArG auf private Betriebe und all deren Arbeitsverhältnisse ausgedehnt, welche ansonsten nicht oder nur beschränkt in den Geltungsbereich des Arbeitsgesetzes fallen¹¹⁶. Dieser Einbezug wird, soweit ersichtlich, bis heute in der Lehre nicht weiter kommentiert. Eine breite Anwendung der Mitwirkungsrechte ist jedoch gewollt¹¹⁷, zumal gleichzeitig mit dem Mitwirkungsgesetz Art. 3a ArG in Kraft gesetzt wurde¹¹⁸. Dabei ist von einem Gesamtverweis auszugehen, welcher zur umfassenden Anwendung der Mitwirkungsrechte nach Art. 48 ArG sowie dessen Ausführungsbestimmungen in den Verordnungen zum Arbeitsgesetz führt¹¹⁹.

IV. Schlussbetrachtung

Die Pflicht des Arbeitgebenden, dem Gesundheitsschutz uneingeschränkt gegenüber dem gesamten Personal sowie Dritten nachzukommen und dabei jeden vor einer Ansteckung zu schützen, setzt den individuellen Freiheiten und damit dem Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmenden eine Grenze¹²⁰. Nach der hier vertretenen Ansicht ergibt sich eine klare Wertungsdivergenz gegenüber den Pflichten des Staates. Dieser kann auf ein

109 Art. 6 Abs. 2 ArGV 3; SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, S. 048-1.

110 SECO, Wegleitung ArGV 3, S. 306-1.

111 SECO, Wegleitung ArGV 3, S. 306-2.

112 Schluss aus Art. 14 Abs. 1 und 3 Mitwirkungsgesetz (STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH [Fn. 22], Art. 335f OR N 7 S. 969).

113 GEISER/MÜLLER/PÄRLI, N 28.

114 Vgl. zur Konsultationsfrist bei Massenentlassungen: STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 335f OR N 7.

115 Vgl. zu den Konsultationsfristen bei Massenentlassungen: STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 335f OR N 7.

116 Art. 2 ArG (Ausnahme vom betrieblichen Geltungsbereich), Art. 3 ArG (Ausnahme vom persönlichen Geltungsbereich).

117 Zusatzbotschaft II vom 15. Juni 1992 zur EWR-Botschaft (BBl 1992 V 520), insbesondere S. 644.

118 Bundesrat, Zusatzbotschaft II (Fn. 117), S. 659 ff.; AS 1994 1035; Das Mitwirkungsgesetz war Teil des «Swisslex»-Paketes, welches nach dem Scheitern des EWR-Beitritts verabschiedet wurde (ANDREAS KELLERHALS / WESSELINA UEBE, Europakompatibilität im Schweizer Arbeitsrecht, in: Müller/Rudolph/Schnyder/von Kaenel/Waas (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich 2020, S. 392.

119 Vgl. ADRIAN VON KAENEL, Der neue Art. 333b OR, Jusletter vom 29. September 2014, N 28.

120 Vorne Rz. 16.

Obligatorium für die Covid-19-Impfung aufgrund unbekannter Wirkung auf die Infektiosität verzichten, da es nicht seine Aufgabe ist, die Individuen vor einer eigenen Ansteckung zu schützen¹²¹. Allerdings ist die Einführung einer Impfpflicht im Arbeitsverhältnis nur sehr eingeschränkt zulässig.

- 33 Direkte Folgen einer zulässigen Impfpflicht sind, dass Arbeitgebende bei fehlender Covid-19-Impfung oder mangelnder Bereitschaft, eine solche vornehmen zu lassen, die Einstellung ablehnen oder das Arbeitsverhältnis ohne Gefahr einer Missbräuchlichkeit kündigen dürfen¹²². Die fehlende Impfung würde dann im Zusammenhang mit der Arbeitsleistung stehen oder die Verletzung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis (berechtigte Weisung

121 Vorne Rz. 2.

122 PÄRLI/EGGMANN (Fn. 41), N 87.

zum Gesundheitsschutz) bedeuten¹²³. Dabei sollte vor Aussprechen einer Kündigung immerhin eine Verwarnung erfolgen oder die Aufforderung direkt mit dem Hinweis, eine Weiterbeschäftigung ohne Impfung sei nicht möglich, verbunden werden¹²⁴. Alternativ könnte so lange eine seitens des Arbeitnehmenden verschuldete Arbeitsverhinderung vorliegen, als die Impfpflicht notwendig und zulässig erscheint. Eine Lohnzahlung würde demgegenüber aufgrund der unberechtigten Verweigerung der Impfung entfallen¹²⁵.

123 Ausschluss von Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR; so auch Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen vom 19. Oktober 2006 (GVP 2006 Nr. 1) E. 3.b.

124 STREIFF / VON KAENEL / RUDOLPH (Fn. 22), Art. 321d OR N 7.

125 *E contrario* Art. 324 Abs. 1, 324a Abs. 1 OR; ausführlich: GLOOR, Conflit (Fn. 35), S. 295 ff. und Fn. 88; vgl. BGE 122 III 268. GLOOR weist zurecht weiter darauf hin, dass die allgemeinen Verzugsregeln für das Arbeitsverhältnis nicht passend seien (GLOOR, Conflit [Fn. 35], S. 297).