

# **Zulässigkeit von COVID-19-Schutz- massnahmen am Arbeitsplatz**

**Abschlussarbeit CAS Paralegal II/2020**

Vorgelegt von:

Sarah Heilig  
Rainstrasse 31a  
8808 Pfäffikon SZ

Eingereicht am 01. Januar 2021 bei:

RA Andreas Petrik

Zürcher Hochschule für Ange-  
wandte Wissenschaft ZHAW  
School of Management and Law

# Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis.....	IV
1 Einleitung .....	1
2 Gesetzliche Grundlagen.....	3
2.1 Übersicht .....	3
2.2 Arbeitsgesetz.....	3
2.3 Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz .....	4
2.3.1 Weisungsrecht des Arbeitgebers.....	4
2.3.2 Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers.....	5
2.3.3 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.....	6
2.3.4 Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers.....	7
2.3.5 Haftung des Arbeitgebers .....	8
2.3.6 Fazit.....	9
3 Anwendung der gesetzlichen Grundlagen auf konkrete Schutzmassnahmen. ....	10
3.1 Anordnung von Homeoffice-Arbeit .....	10
3.1.1 Büromaterial .....	11
3.1.2 Auslagenersatz.....	11
3.1.3 Fazit.....	12
3.2 Untersagen von Reisen in Risikogebiete.....	13
3.2.1 Fazit.....	13
3.3 Anordnung von medizinischen Untersuchungen .....	14
3.3.1 Temperaturmessung.....	14
3.3.2 Impfpflicht .....	15
3.3.3 COVID-19- und Antikörpertest.....	16
3.3.4 Fazit.....	16
4 Schlussfolgerung.....	17

## Literaturverzeichnis

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG), Pandemieplan, Handbuch für die betriebliche Vorbereitung, 3. Auflage, Bern 2019.

CIRIGLIANO LUCA/EGGER CORINNE, Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz als Teil des kollektiven Arbeitsrechts, Jusletter 3. September 2018.

DOMENIG PASCAL, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Schriften zum schweizerischen Arbeitsrecht SSA, Heft 79, Bern 2016.

EMMEL FRANK, Kommentar zu Art. 321d und Art. 328 OR, in: Huguenin Claire/Müller-Chen Markus (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, Art. 319-529 OR, 3. Auflage, Zürich 2016.

ERBSMEHL CLAUDIA/NERTZ SALOME, Vertrauensärztliche Untersuchungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, Jusletter 8. Juni 2020.

ETTER BORIS/SOKOLL JOHANNES, Gesundheitsschutz im Homeoffice, SJZ 116/2020.

GÄCHTER THOMAS/KOLLER PETRA, Arbeitsunfähigkeit und Invalidität im Arbeitsverhältnis – Pflichten Arbeitgebender im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: Müller Roland A./Rudolph Roger/Schnyder Anton K./von Kaenel Adrian/Waas Bernd (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Portmann, Zürich/Basel/Genf 2020.

GEISER THOMAS, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983.

GEISER THOMAS, Was ist Arbeitsunfähigkeit?, ZBJV 155/2019.

GEISER THOMAS/MÜLLER ROLAND/PÄRLI KURT, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter 23. März 2020.

GEISSBERGER ISABEL LINDA, Die Zulässigkeit einer Grippeimpfpflicht mittels Weisung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Pflegerecht 2017.

GRABER MARINA/KALBERMATTEN CHRISTA, Corona und Arbeitsrecht, Expert Focus 8/2020.

HIGI PETER, Die Vertragsänderung und Art. 269d OR, AJP 1998.

PÄRLI KURT, Staatshaftung durch Verletzung der Fürsorgepflicht wegen Organisationsmängeln und fehlender Rücksicht auf gesundheitliche Belastungen, Besprechung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts A-4147/2016 vom 4. August 2017, ARV 3/2017.

PIETRUSZAK THOMAS, Lockdown und Lohnfortzahlung, Jusletter 14. April 2020.

PORTMANN WOLFGANG/RUDOLPH ROGER, Kommentar zu Art. 324 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Auflage, Basel 2020.

ROHNER TOBIAS F./KESSLER MARTINA A., Zuwendungen von Dritten in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen – arbeits-, straf- und steuerrechtliche Aspekte, SJZ 112/2016.

RUDOLPH ROGER, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal - Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 ("Schweinegrippe"), ARV 2010.

SCHAUB LUKAS/CIRIGLIANO LUCA, Die Unparteilichkeit, Unabhängigkeit und Effektivität der kantonalen Arbeitsinspektorate: Analyse und Forderungen unter besonderer Berücksichtigung der ILO-Konvention Nr. 81, ARV 3/2020.

STAEHELIN ADRIAN, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. V/2c, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, Art. 330b–355, 361–362 OR, 4. Auflage, Zürich 2014.

STEIGER-SACKMANN SABINE, Krankmachende Arbeitsbedingungen – ein unterschätztes Haftungsrisiko?, in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Zürich 2016.

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012.

## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964, SR 822.11
ArGV 3	Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsschutz) vom 18. August 1993, SR 822.113
Art.	Artikel
ARV	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung
BAG	Bundesamt für Gesundheit
Bd.	Band
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
COVID-19	Coronavirus disease 2019
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E.	Erwägung
EpG	Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 28. September 2012, SR 818.101
f./ff.	folgende Seite(n)
FFP	filtering face piece
GAV	Gesamtarbeitsvertrag
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau (Gleichstellungsgesetz) vom 24. März 1995, SR 151.1
Hrsg.	Herausgeber
lit.	litera = Buchstabe
N	Randnote
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (5. Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAMV	Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen vom 25. August 1999, SR 832.321
SARS	Severe acute respiratory syndrome
SARS-CoV-2	Severe acute respiratory syndrome coronavirus 2

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
usw.	und so weiter
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981, SR 832.20
vgl.	vergleiche
WHO	World Health Organization
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10.12.1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
ZK	Zürcher Kommentar

# 1 Einleitung

Bekanntlich wurde im Dezember 2019 bei Einwohnern in Wuhan (China) eine ungewöhnliche Häufung von Lungenentzündungen festgestellt. Diese sollen auf das neuartige Coronavirus zurückzuführen sein.

Das Coronavirus wird den SARS-Viren (severe acute respiratory syndrome) als nahestehend zugeordnet. Das Virus soll von Tieren stammen, welche vermutlich auf einem Wildtier- und Fischmarkt in Wuhan gehalten wurden. Seither wird es von Mensch zu Mensch übertragen (Tröpfcheninfektion) und breitet sich so weiter aus.<sup>1</sup>

Die World Health Organisation WHO definiert eine Pandemie als eine Situation, in der die gesamte Weltbevölkerung potenziell einem Erreger ausgesetzt ist - und das Risiko besteht, dass "ein Teil von ihr erkrankt". Die Einstufung als Pandemie sagt aber nichts darüber aus, wie ansteckend oder tödlich die jeweilige Krankheit ist.<sup>2</sup>

Bei schweren Pandemien erkranken bis zu 25% der Bevölkerung. Insgesamt können bei einer Pandemie bis zu 40% der Belegschaft eines Unternehmens durch Krankheit und Betreuungsaufgaben ausfallen. Gravierende Einschränkungen oder Betriebsunterbrüche können die Folge sein.<sup>3</sup>

Das Bundesamt für Gesundheit BAG hat in seinem Pandemieplan von März 2019 die wichtigsten, nicht medikamentösen Massnahmen, die zur Eindämmung einer Pandemie beitragen, wie folgt definiert:<sup>4</sup>

1. Kenntnis der persönlichen Verhaltensmassnahmen bei einer Pandemie oder bei Verdacht auf Erkrankung
2. Individuelle Massnahmen zur Verhinderung der Krankheitsübertragung:
  - a. regelmässiges und gründliches Händewaschen mit Seife, insbesondere nach Niesen, Husten oder Schnäuzen. Niesen oder Husten in Papiertaschentücher oder in die Armbeuge.
  - b. Distanzhalten (engl. social distancing) von mindestens 1 Meter von Person zu Person.
3. Arbeitsplatzbezogene Massnahmen (Telekonferenzen, Telearbeit, räumliche Anpassungen).
4. Desinfektion von kontaminierten Oberflächen mit handelsüblichen Reinigungsmitteln.
5. Tragen von Hygienemasken oder FFP-Masken gemäss geltenden Empfehlungen.

---

<sup>1</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION WHO, How WHO is working to track down the animal reservoir of the SARS-CoV-2 virus, 06.11.2020 ([www.who.int](http://www.who.int)), zuletzt besucht am 15.11.2020.

<sup>2</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION WHO, What is a pandemic?, 24.02.2010 ([www.who.int](http://www.who.int)), zuletzt besucht am 03.09.2020.

<sup>3</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG), S. 4.

<sup>4</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG), S. 5.

Bei der Umsetzung der Massnahmen stellen sich aus arbeitsrechtlicher Sicht zahlreiche Fragen. Diese Arbeit soll einen Überblick über die gesetzlichen Grundlagen geben und beleuchtet die Zulässigkeit von COVID-19-Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz anhand von konkreten Beispielen.

Es ist hingegen kein Ziel dieser Arbeit, die COVID-19-Schutzmassnahmen zu bewerten und deren Sinn in Frage zu stellen.

Ebenfalls wird in dieser Arbeit nicht auf die in Art. 10c der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 definierten Pflichten des Arbeitgebers<sup>5</sup> betreffend Schutz der Gesundheit von besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern eingegangen.

---

<sup>5</sup> Der Einfachheit halber wird in diesem Text nur die männliche Form verwendet. Gemeint sind selbstverständlich ebenso die weiblichen Personen, die eine entsprechende Funktion innehaben.



## **2 Gesetzliche Grundlagen**

### **2.1 Übersicht**

Die wichtigsten öffentlich-rechtlichen Grundlagen von Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz bilden das Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, welches Vorschriften zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten enthält, sowie das Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964 mit den dazugehörigen Verordnungen, welche die Bestimmungen weiter konkretisieren.

Neben dem UVG und dem ArG bestehen auch im Obligationenrecht (OR) vom 30. März 1911 Normen zum Gesundheitsschutz. Darunter insbesondere die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR. Gemeinsam ist den Normen, dass die Pflicht zur Arbeitssicherheit und zum Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer jeweils primär beim Arbeitgeber liegt.<sup>6</sup>

### **2.2 Arbeitsgesetz**

Das Arbeitsgesetz hat zum Ziel, die Arbeitnehmenden vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die mit dem Arbeitsplatz verbunden sind, zu schützen. Einerseits enthält es Vorschriften über den allgemeinen Gesundheitsschutz, andererseits Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten.<sup>7</sup>

Gemäss Art. 6 Abs. 1 ArG ist der Arbeitgeber verpflichtet, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind.

Eine ähnliche Wortwahl zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten ist in Art. 82 Abs. 1 UVG zu finden. Die Doppelspurigkeit der Regelungen hat historische Gründe.<sup>8</sup>

Art. 6 Abs. 2 ArG verpflichtet den Arbeitgeber insbesondere, die betrieblichen Einrichtungen so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen nach Möglichkeit vermieden werden.

Arbeitnehmende sind ihrerseits verpflichtet, die Weisungen ihres Arbeitgebers bezüglich Arbeitssicherheit und Gesundheitsvorsorge zu befolgen und die allgemeinen Sicherheitsregeln zu beachten (Art. 6 Abs. 3 ArG).

Durch Verordnung wird bestimmt, welche Massnahmen für den Gesundheitsschutz in den Betrieben zu treffen sind (Art. 6 Abs. 4 ArG). Insbesondere die Verordnung

---

<sup>6</sup> Urteil BGer 2A.402/2000 vom 23. August 2001, E. 3a.

<sup>7</sup> STAATSSKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT SECO, Arbeitnehmerschutz ([www.admin.ch](http://www.admin.ch)), zuletzt besucht am 20.12.2020.

<sup>8</sup> CIRIGLIANO/EGGER, Rz. 12.

3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) vom 18. August 1993 regelt die Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum Gesundheitsschutz.

Gestützt auf Art. 6 Abs. 4 ArG wurde auch die Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV) vom 25. August 1999 erlassen. Art. 2 der SAMV definiert den Begriff der Mikroorganismen, worunter auch die Viren fallen. Die SAMV umfasst jede beabsichtigte Tätigkeit mit Mikroorganismen, insbesondere das Verwenden, Verarbeiten, Vermehren, Verändern, Nachweisen, Transportieren, Lagern oder Entsorgen. Sie zielt also hauptsächlich auf die Tätigkeit in einem Spital oder mit Suchtkranken. Demzufolge bildet sie keine brauchbare gesetzliche Grundlage für die Untersuchung der Zulässigkeit von COVID-19-Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz.

## **2.3 Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz**

Hauptverantwortlicher für die Arbeitssicherheit und den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz ist der Arbeitgeber. Neben seinen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nach Art. 82 Abs. 1 UVG und Art. 6 Abs. 1 ArG unterliegt er auch einer privatrechtlichen Fürsorgepflicht. Nach Art. 328 OR hat er die Gesundheit und persönliche Integrität seiner Mitarbeiter zu schützen.<sup>9</sup>

Im Umkehrschluss bedeutet dies: Wenn Arbeitnehmende ein besonderes Schutzbedürfnis angemeldet haben oder sich dies aus den Umständen ergibt, sind Arbeitgeber durch das Arbeitsverhältnis vertraglich zu einem weiter reichenden Schutz verpflichtet, als er aufgrund von Art. 6 ArG besteht.<sup>10</sup>

Im Fall einer Pandemie ist der Arbeitgeber also gesetzlich verpflichtet, zum Schutz seiner Beschäftigten jede Gefahr einer Exposition gegenüber Mikroorganismen am Arbeitsplatz zu erkennen und alle nötigen Massnahmen zu treffen, um die Gefahr der Infektion eines Mitarbeiters am Arbeitsplatz zu minimieren.

### **2.3.1 Weisungsrecht des Arbeitgebers**

Art. 321d Abs. 1 OR regelt das Weisungsrecht des Arbeitgebers. Dabei kann der Arbeitgeber über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Ein solches Recht begründet sich durch die rechtliche Unterordnung, die der Arbeitnehmer mit Unterzeichnung eines Arbeitsvertrages eingegangen ist.<sup>11</sup>

Die Massnahmen des Arbeitgebers müssen verhältnismässig sein und dürfen die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers nicht verletzen. Auch Weisungen, die unsinnig oder schikanös sind, gelten als persönlichkeitsverletzend und müssen grundsätzlich nicht befolgt werden.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> SCHAUB/CIRIGLIANO, S. 183.

<sup>10</sup> STEIGER-SACKMANN, S. 488.

<sup>11</sup> DOMENIG, S. 51.

<sup>12</sup> EMMEL, Art. 321d OR N 37.

Weiter sind Weisungen, welche gegen zwingendes Recht (z.B. Arbeits- und Ruhezeiten), GAV-Bestimmungen oder gegen die Betriebsordnung verstossen, unwirksam.<sup>13</sup> Wichtig ist, dass Weisungen den Mitarbeitern zur Kenntnis gebracht werden und so formuliert sind, dass die Mitarbeiter sie verstehen können.

Um ein Infektionsrisiko durch möglicherweise erkrankte Mitarbeiter im Unternehmen auszuschliessen, kann ein Arbeitgeber beispielsweise gestützt auf Art. 321d OR die betroffene Person vorsorglich von den anderen Kollegen räumlich separieren oder (soweit möglich) ins Homeoffice versetzen.

Schranken des Weisungsrechts bildet die in Art. 321a OR beschriebene Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers.<sup>14</sup> Wenn zum Beispiel Arbeitgeber Regeln über das Verhalten der Arbeitnehmer ausserhalb des Arbeitsplatzes aufstellen wollen, kann das Mass an Loyalität des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber durchaus seine Grenzen haben.

Eine Weigerung der Befolgung von Schutzvorschriften aufgrund des allgemeinen Weisungsrechts des Arbeitgebers kann zur fristlosen Entlassung führen, jedoch in der Regel erst nach mehrfacher, erfolgloser Mahnung.<sup>15</sup> Auch Disziplinarmassnahmen wie eine Geldstrafe können im Arbeitsvertrag vorgesehen werden, die ihrem Wesen nach Konventionalstrafen darstellen. Solche Sanktionen müssen in jedem Fall verhältnismässig, und ihre Art muss (soweit möglich) vorher beschrieben worden sein.<sup>16</sup>

Wenn durch die Nichtbeachtung der Weisungen des Arbeitgebers diesem Schaden entstanden ist, greift die Arbeitnehmerhaftung nach Art. 321e OR.

### **2.3.2 Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers**

Gemäss der allgemeinen Treuepflicht in Art. 321a Abs. 1 OR hat der Arbeitnehmer die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Die Treuepflicht ist vor allem eine Unterlassungspflicht. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer alles zu unterlassen hat, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte.

Der Bundesrat erklärte am 16. März 2020 die ausserordentliche Lage und schliesst alle Läden, Restaurants, Bars sowie Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe. Wie wirkt sich nun die Treuepflicht auf das Arbeitsverhältnis aus, wenn der Arbeitgeber aufgrund der ausserordentlichen Lage besondere Weisungen zum Schutz seiner Arbeitnehmer erteilt oder die Arbeit neu definiert, um sich auf die veränderten Marktbedingungen einzustellen und konkurrenzfähig zu bleiben?

Im Arbeitsrecht findet sich grundsätzlich keine Norm über die Rechtslage bei Vertragsänderungen. An sich gilt der Grundsatz «pacta sunt servanda», Verträge sind

---

<sup>13</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d OR N 2.

<sup>14</sup> Vgl. Ausführungen in Ziff. 2.3.2.

<sup>15</sup> STAEHELIN, ZK, Art. 337 OR N 20.

<sup>16</sup> BGE 119 II 162 E.2.

einzuhalten. Damit sind sie nicht abänderbar, ausser die Vertragsparteien wollen die Änderung gemeinsam.<sup>17</sup>

Da die Arbeitswelt aber eine dynamische ist und sich Arbeitgeber ein gewisses Mass an Flexibilität vorbehalten müssen, können sie durch ihr Weisungsrecht und die Befolgungspflicht der Arbeitnehmenden auf Unvorhergesehenes reagieren und die Geschäftskontinuität gewährleisten. Der Arbeitgeber hat somit das Recht, über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Mitarbeiter im Betrieb zu bestimmen und ihnen besondere Weisungen zu erteilen. Der Arbeitnehmer wiederum hat die allgemeinen Anordnungen nach Treu und Glauben zu befolgen.

Was dem Arbeitnehmer noch zumutbar ist, kann nicht allgemeingültig gesagt werden. Im Falle ausserordentlicher und nicht vorhersehbarer Umstände wie die COVID-19-Pandemie, welche zu Personalausfällen, Lieferengpässen etc. führen kann, kann die Treuepflicht nach Art. 321a durchaus dazu führen, dass der Arbeitnehmer vorübergehend auch andere als die vereinbarte Arbeit verrichten muss. Als Faustregel gilt: Je weniger die Umstände vorhersehbar waren und umso kürzer die Dauer der Störung, desto eher ist es dem Arbeitnehmer zuzumuten, eine andere Arbeit zu verrichten.<sup>18</sup>

### **2.3.3 Fürsorgepflicht des Arbeitgebers**

Das Gegenstück zur Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers nach Art. 321a OR ist die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR.<sup>19</sup>

Die Summe aller Arbeitgeberpflichten wird in der Praxis als allgemeine Fürsorgepflicht bezeichnet. Sie soll dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge bieten sowie seine berechtigten Interessen wahren.

Unter den Schutz der Persönlichkeit fallen vor allem die körperliche und geistige Gesundheit sowie der Datenschutz. Der Arbeitgeber hat grundsätzlich alle Arten persönlichkeitsverletzender Eingriffe zu unterlassen. Erfasst ist auch die Pflicht der Arbeitgeber, den Arbeitnehmenden Schutz vor Dritten zu gewähren. Unter Dritten sind Vorgesetzte, Mitarbeiter, Kunden aber auch Lieferanten zu verstehen.<sup>20</sup>

Art. 328 OR nennt also als wichtigste Schutzgebiete den Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers und die Wahrung der Sittlichkeit. Weitere Aspekte der Fürsorgepflicht sind der Datenschutz (Art. 328b OR), der Gleichbehandlungsgrundsatz, die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GIG), die Lohnfortzahlung (Art. 324 OR), die Freizeit-, Ferien- und Urlaubsgewährung (Art. 329 OR), das Arbeitszeugnis (Art. 330a OR), die Informationspflicht über wichtige Vertragselemente (Art. 330b OR) und der Vermögensschutz.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> HIGI, S. 767.

<sup>18</sup> GEISER, Treuepflicht, S. 294.

<sup>19</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 2.

<sup>20</sup> GÄCHTER/KOLLER, S. 164.

<sup>21</sup> EMMEL, Art. 328 OR N 104.

Art. 328 OR ist eine relativ zwingende Norm, was bedeutet, dass nicht zuungunsten des Arbeitnehmenden davon abgewichen werden darf.<sup>22</sup>

Dieser Schutz findet jedoch seine Grenzen in den berechtigten Eigeninteressen des Arbeitgebers (Art. 321a OR), das heisst, der Arbeitnehmer ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen verpflichtet. Der Arbeitnehmer hat alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber in seinen berechtigten Interessen schädigen könnte.<sup>23</sup>

Der Umfang der Fürsorgepflicht definiert sich je nach Art, Grösse und Lage des Arbeitsplatzes und der konkreten Gesundheitsbedrohung. In einer Epidemie-Situation ist der Arbeitgeber angesichts seiner Fürsorgepflicht und in Ausübung seines Weisungsrechts berechtigt, weitergreifende Massnahmen zum Arbeitnehmer-Schutz anzuordnen.

Wenig bedenklich und einschneidend sind meines Erachtens zum Beispiel:

- Anordnung von Homeoffice-Arbeit
- Reduzierung von Ausland-Einsätzen
- Hygienemassnahmen wie Abstand halten, Maskentragepflicht und ein Verbot des Händeschüttelns in den Büroräumlichkeiten

Problematischer, aber im Einzelfall trotzdem gerechtfertigt, können sein:

- Anordnung einer Impfung
- Anordnung einer Fiebermessung

Solche Anordnungen bewirken einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters und müssen durch ein erhebliches Gesundheitsrisiko für diesen selbst oder seine Arbeitsumgebung gerechtfertigt sein.<sup>24</sup>

### **2.3.4 Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers**

Im Arbeitsrecht gilt bekanntlich der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“.<sup>25</sup>

Eine Ausnahme vom Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ bildet die Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers gemäss Art. 324a OR. Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer für eine beschränkte Zeit den Lohn zu zahlen, wenn er aus Gründen, die in seiner Person liegen (Krankheit, Unfall etc.), an der Arbeit verhindert ist, und sofern das Arbeitsverhältnis mehr als 3 Monate gedauert hat oder für mehr als 3 Monate eingegangen wurde.<sup>26</sup>

Eine Lohnfortzahlungspflicht bei Arbeitsunfähigkeit besteht jedoch nur für den Fall, dass die Arbeitsverhinderung nicht auf ein Selbstverschulden des Arbeitnehmers

---

<sup>22</sup> CIRIGLIANO/EGGER, Rz. 13.

<sup>23</sup> ROHNER/KESSLER, S. 224.

<sup>24</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 OR N 15b.

<sup>25</sup> PORTMANN/RUDOLPH, BSK, Art. 324 OR N 1.

<sup>26</sup> GÄCHTER/KOLLER, S. 165.

zurückzuführen ist. Auf Selbstverschulden kann zum Beispiel geschlossen werden bei einer Reise in ein Gebiet, für welches die Behörden eine klare Reisewarnung ausgesprochen haben.

Ebenfalls keine Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a besteht für Arbeitnehmende, die der Arbeit fernbleiben, auch wenn sich der Arbeitgeber an die durch das Bundesamt für Gesundheit (BAG) resp. die Behörden erlassenen (Hygiene-)Vorschriften hält, diese im Unternehmen umsetzt und generell adäquate Massnahmen zum Schutze der Mitarbeiter trifft. Der Arbeitnehmende, der der Arbeit fernbleibt, verliert also seinen Lohnanspruch.

### **2.3.5 Haftung des Arbeitgebers**

Die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR auferlegt den Arbeitgebern, dass sie Gesundheitsbeeinträchtigungen ihres Personals in erforderlichem und zumutbarem Umfang verhindern und die Persönlichkeitssphäre ihrer Mitarbeitenden nicht verletzen.<sup>27</sup>

Ein Arbeitgeber kann also haften, wenn er die vorgeschriebenen Schutzmassnahmen nicht umsetzt und daraus ein Schadenfall entsteht.

Verletzt ein Arbeitgeber die Schutzpflichten nach Art. 328 OR, stehen dem Arbeitnehmer verschiedene Handlungsmöglichkeiten offen. Wie bei der vertraglichen Haftung üblich, sollte der Arbeitnehmer den Arbeitgeber zunächst nach Art. 102 OR mahnen. Hält die Pflichtverletzung durch den Arbeitgeber dennoch an, kann der Arbeitnehmer die Arbeit verweigern, woraufhin der Arbeitgeber in Annahmeverzug nach Art. 324 OR gerät und zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet bleibt. Die Erfüllung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber wird vor Gericht jedoch nur selten von Arbeitnehmern geltend gemacht, weil damit regelmässig eine Gefährdung des Arbeitsplatzes einhergeht.<sup>28</sup>

Sollten Beschäftigte am Arbeitsplatz mangels ausreichendem Schutzkonzept an COVID-19 erkranken, sind nebst öffentlich-rechtlichen Sanktionen (Mahnung und Busse bis hin zur Schliessung des fehlbaren Betriebes) auch eine Haftung des Arbeitgebers nach Art. 97 OR denkbar.<sup>29</sup> Der Arbeitnehmer hat die Verletzung der Schutzpflicht, die aus Art. 328 OR resultiert, den Schaden sowie den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung der Schutzpflicht und dem Schaden zu beweisen. Das Verschulden des Arbeitgebers wird nach Art. 97 Abs. 1 OR vermutet. Er kann sich jedoch exkulpieren, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewandt hat und der Schaden auch bei Anwendung der verlangten Sorgfalt eingetreten wäre.

Gelingt es dem Arbeitgeber nicht, sich zu exkulpieren, kann sich ein allfälliges Mitverschulden des Arbeitnehmers haftungsmildernd auswirken (Art. 99 Abs. 3 OR, Art. 44 Abs. 1 OR).<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> STEIGER-SACKMANN, S. 487.

<sup>28</sup> CIRIGLIANO/EGGER, Rz. 32.

<sup>29</sup> ETTER/SOKOLL, S. 698.

<sup>30</sup> EMMEL, Art. 328 OR N 104.

Ob der Arbeitgeber im Ansteckungsfall am Arbeitsplatz seiner Sorgfalts- und Fürsorgepflicht nachgekommen ist oder nicht, kann nur im individuellen Einzelfall beurteilt werden. Ebenfalls dürfte es schwierig sein, den Zeitpunkt der Virusübertragung so weit einzugrenzen, als dass nur der Arbeitsplatz als Quelle der Ansteckung in Frage kommt. Ein Mitverschulden des Arbeitnehmers sollte deshalb meines Erachtens nie kategorisch ausgeschlossen werden.

### **2.3.6 Fazit**

Die rechtlichen Regelungen über den Gesundheitsschutz befinden sich einerseits im Arbeitsgesetz und dessen Verordnungen und andererseits in den privatrechtlichen Bestimmungen über den Einzelarbeitsvertrag. Ziel des Gesundheitsschutzes ist die Verhütung jeder Art von arbeitsbedingten Schäden. Durch Prävention soll die Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung reduziert werden. Gesundheitsschutz geht weiter als Arbeitssicherheit, da die Gesundheit in einem umfassenden Sinn geschützt werden soll, nicht bloss als Folge von Berufsunfällen und anerkannten Berufskrankheiten.<sup>31</sup>

Nach der allgemeinen Fürsorgepflicht hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Schutz und Fürsorge zu gewähren und dessen berechnigte Interessen zu wahren. Grenze sind seine eigenen berechnigten Interessen, soweit sie jene des Arbeitnehmers überwiegen. Als Massstab im Einzelfall verweist die herrschende Lehre gern auf den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB.<sup>32</sup>

Das Gesetz schreibt vor, dass Arbeitnehmer Anordnungen und Weisungen des Arbeitgebers zu befolgen haben. Weisungen sind regelmässig einseitige Anordnungen des Arbeitgebers und können daher jederzeit abgeändert werden. Massgebend ist, dass Weisungen den Mitarbeitern zur Kenntnis gebracht werden.<sup>33</sup>

Denkbar sind jedoch auch vertragliche Vereinbarungen. Wenn Arbeitnehmer solche vertraglichen Regelungen akzeptieren, dürfte es jedoch schwierig werden, im Nachhinein mit einer Persönlichkeitsverletzung zu argumentieren. Sind Weisungen als vertragliche Regelungen ausgestaltet, sind Änderungen nur mit Zustimmung der Arbeitnehmer möglich.

Der Arbeitgeber ist für das Unternehmen verantwortlich, somit für den Erfolg und Misserfolg. Je intensiver das betriebliche Interesse ist, desto weiter darf er durch einseitige Weisungen das Persönlichkeitsrecht eines Arbeitnehmers einschränken. Umgekehrt ist aber der Arbeitgeber auch zur Verhältnismässigkeit verpflichtet und muss Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht seiner Mitarbeitenden auf das Notwendige reduzieren.

Ein Arbeitgeber kann haften, wenn er die vorgeschriebenen Schutzmassnahmen nicht umsetzt und daraus ein Schadenfall entsteht.

---

<sup>31</sup> CIRIGLIANO/EGGER, Rz. 10.

<sup>32</sup> PÄRLI, S. 182.

<sup>33</sup> WEKA VERLAG, Weisungsrecht Schweiz: Was darf der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer verlangen?, 12.05.2020 ([www.weka.ch](http://www.weka.ch)), zuletzt besucht am 24.12.2020.

### **3 Anwendung der gesetzlichen Grundlagen auf konkrete Schutzmassnahmen**

Die Verantwortung für die Umsetzung von COVID-19-Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz trägt der Arbeitgeber entsprechend dem Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung im Betrieb. Nach Art. 328 OR muss ein Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht zum Schutze seiner Mitarbeiter Massnahmen ergreifen, auf die Gesundheit gebührend Rücksicht nehmen und Weisungen erteilen. Die Massnahmen müssen jedoch verhältnismässig sein und dürfen nicht in die Persönlichkeitsrechte des Mitarbeiters eingreifen.

Das Ziel der Massnahmen ist der Gesundheitsschutz und die Betriebssicherheit: Das Ansteckungsrisiko der Mitarbeitenden soll vermindert und die Kernfunktion des Unternehmens gesichert werden.

Der Arbeitnehmer hat eine Mitwirkungspflicht an angeordneten präventiven Massnahmen. Ihn trifft mit Blick auf den Gesundheitsschutz ein hohes Mass an Eigenverantwortung. Er ist angehalten, den Arbeitgeber in der Umsetzung der Vorschriften aktiv zu unterstützen und Missstände zu kommunizieren. Gesundheitsschutz ist zwar primär Aufgabe des Arbeitgebers, kann jedoch nur gelingen, wenn alle involvierten Akteure dazu beitragen.<sup>34</sup>

#### **3.1 Anordnung von Homeoffice-Arbeit**

Der Arbeitgeber muss aufgrund seiner Fürsorgepflicht gewährleisten, dass die Arbeitnehmer die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und Abstand einhalten können.<sup>35</sup> Aktuell empfiehlt das BAG, einen Teil der Mitarbeitenden im Homeoffice arbeiten zu lassen, um den Sicherheitsabstand von 1,5 Metern zu gewährleisten oder um Stosszeiten im öffentlichen Verkehr zu vermeiden.

Eine einseitige Anordnung von Homeoffice durch den Arbeitgeber mittels seines Weisungsrechts aus Art. 321d OR ohne besondere Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht möglich, da der Arbeitsort in aller Regel im Arbeitsvertrag definiert ist. Soll nun vermehrt im Homeoffice gearbeitet werden, bedeutet dies eine Änderung des Arbeitsorts. Hier kommt es darauf an, ob die Arbeitnehmenden lediglich berechtigt sind, vermehrt im Homeoffice zu arbeiten oder ob der Arbeitgeber das von sich aus verlangt. Verlangt der Arbeitgeber vermehrt Homeoffice, so kann er dies nicht einfach mittels einer einseitigen Weisung machen, da es sich um eine Änderung des vertraglich vereinbarten Arbeitsorts handelt. Es braucht damit eine Vertragsänderung.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> ETTER/SOKOLL, S. 698.

<sup>35</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT BAG, Coronavirus: So schützen wir uns, 19.11.2020 ([www.bag.ch](http://www.bag.ch)), zuletzt besucht am 11.12.2020.

<sup>36</sup> GRABER/KALBERMATTEN, S. 490.



Umgekehrt hat auch der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf die Arbeit im Homeoffice.

Die Sorgfalts- und Treuepflicht des Arbeitnehmers nach Art. 321a Abs.1 OR verpflichtet den Mitarbeiter aber, die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren. Entsprechend darf von ihm erwartet werden, dem Wechsel auf Homeoffice-Arbeit zuzustimmen, wenn so die Arbeitsleistung weiter erbracht werden kann und es die Umstände zuhause zulassen.<sup>37</sup>

Ein weiterer Aspekt für die Anordnung von Homeoffice-Arbeit kann der Wegfall öffentlicher Verkehrsmittel sein. Grundsätzlich liegt die Wahl des Verkehrsmittels beim Arbeitnehmer und er trägt damit auch alle damit verbundenen Risiken. Kann der Arbeitnehmer mangels Transportmittels nicht zur Arbeit erscheinen, besteht folglich auch keine Lohnfortzahlungspflicht. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gebietet es ihm aber, sich flexibel zu zeigen und die Arbeitszeiten und den Arbeitsort an die neuen Gegebenheiten im öffentlichen Verkehr anzupassen. Lässt es die Arbeit und der Betrieb zu, sollte dem Arbeitnehmer in diesem Fall Homeoffice-Arbeit ermöglicht werden.

### **3.1.1 Büromaterial**

Der Arbeitgeber hat dem Arbeitnehmer das für die Arbeit benötigte Arbeitsmaterial im Homeoffice zur Verfügung zu stellen.

Stellt im Einverständnis mit dem Arbeitgeber der Arbeitnehmer selbst Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit zur Verfügung, so ist er gemäss Art. 327 OR dafür angemessen zu entschädigen, sofern nichts Anderes verabredet oder üblich ist.

Für das Material bemisst sich die Entschädigung nach dem Selbstkostenpreis, den der Arbeitnehmer in guten Treuen ausgelegt hat. Er soll am erforderlichen Material weder verdienen noch verlieren.<sup>38</sup>

### **3.1.2 Auslagenersatz**

Gemäss Art. 327a OR hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen. Als Auslagen beim Homeoffice kommen insbesondere die Kosten für Strom, Internet und Telefon in Betracht.

Das Bundesgericht hat in einem jüngeren Urteil entschieden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auch eine Entschädigung für die Nutzung eines Zimmers in der privaten Wohnung zahlen muss, wobei der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im konkreten Fall aber keinen anderen Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt hat.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 53.

<sup>38</sup> STAEHELIN, ZK, Art. 327 OR N 6.

<sup>39</sup> Urteil BGer 4A\_533/2018 vom 23. April 2019, E. 6.

Die zwingende Entschädigungspflicht des Arbeitgebers besteht jeweils nur für notwendig entstehende Auslagen (Art. 327a OR). Für die Homeoffice-Arbeit ergibt sich daher folgender Schluss: Erfolgt die Homeoffice-Arbeit auf Wunsch des Arbeitnehmers und steht diesem zeitlich uneingeschränkt ein Arbeitsplatz in den Geschäftsräumlichkeiten des Arbeitgebers zur Verfügung, so kann nicht von notwendig entstehenden Auslagen gesprochen werden, weshalb der Auslagenersatz vertraglich wegbedungen werden kann.<sup>40</sup>

### **3.1.3 Fazit**

Ohne entsprechende vertragliche Vereinbarung ist die einseitige Anordnung von Homeoffice-Arbeit nicht zulässig. Jedoch handelt es sich im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie um eine ausserordentliche Lage und nicht um einen Dauerzustand. Der Arbeitgeber ist aufgrund seiner Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR angehalten, Homeoffice-Arbeit grossflächig zu ermöglichen, um seine Mitarbeiter vor einer möglichen Ansteckung am Arbeitsplatz oder auch im öffentlichen Verkehr zu schützen. Umgekehrt darf der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer gestützt auf dessen Treuepflicht den Wechsel ins Homeoffice erwarten, selbst wenn dies vertraglich nicht vorgesehen ist.

Will ein Arbeitgeber gewisse Homeoffice-Stunden zur Pflicht machen, so muss der Umfang des Pensums zwingend in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden und bedarf für die Wirksamkeit der Zustimmung von Arbeitgeber und Arbeitnehmer.<sup>41</sup>

Schwieriger gestaltet sich die Frage nach dem Auslagenersatz. Wenn der Arbeitgeber aufgrund der aktuellen Situation im Zusammenhang mit dem Coronavirus einseitig Homeoffice-Arbeit anordnet, müsste er dem Arbeitnehmer bei strenger Anwendung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen das notwendige Arbeitsmaterial zur Verfügung stellen sowie die Auslagen ersetzen.<sup>42</sup>

Nun handelt es sich in diesem Fall aber nicht um einen Homeoffice-Zwang, der vom Arbeitgeber zu verantworten ist, sondern um eine temporäre Massnahme. Soweit der Arbeitnehmer bereits über die erforderliche Infrastruktur zuhause verfügt, sollte er diese aufgrund seiner Treuepflicht vorübergehend für die Homeoffice-Arbeit zur Verfügung stellen, ohne dass der Arbeitgeber dafür eine zusätzliche Entschädigung zu bezahlen hat. Anders würde es sich verhalten, wenn dem Arbeitnehmer dauerhaft kein geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung gestellt wird und dieser erst zuhause eingerichtet werden muss. In diesem Fall müsste der Arbeitgeber für die nötige Infrastruktur im Homeoffice aufkommen.

---

<sup>40</sup> ETTER/SOKOLL, S. 702.

<sup>41</sup> ETTER/SOKOLL, S. 697.

<sup>42</sup> RUDOLPH ROGER, Video-Podcast «Corona und Arbeitsrecht», 24.04.2020 ([www.uzh.ch](http://www.uzh.ch)), zuletzt besucht am 28.12.2020.

Es bleibt ein Risiko bestehen, dass sich auch in der aktuellen Ausnahmesituation ein Gericht streng an die gesetzlichen Vorschriften halten könnte und bei entsprechender Klage den Arbeitgeber zu einer Entschädigungszahlung zugunsten des Arbeitnehmers verpflichten würde. In jedem Fall muss eine Entschädigung immer einzeln geprüft werden.

## **3.2 Untersagen von Reisen in Risikogebiete**

Hier stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber aufgrund seines Weisungsrechts Regeln über das Verhalten eines Mitarbeiters ausserhalb des Arbeitsplatzes aufstellen darf und ob der Mitarbeiter diese aufgrund seiner Sorgfalts- und Treuepflicht befolgen muss.

Die Bestimmungen des OR über den Einzelarbeitsvertrag nehmen eine scharfe Trennung zwischen Arbeitsbereich und Privatsphäre des Arbeitnehmers vor.<sup>43</sup> Dies zeigt sich zum Beispiel darin, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers nach Art. 321d Abs. 1 OR grundsätzlich auf den Betrieb beschränkt ist.

Der Arbeitgeber kann also grundsätzlich über das Reiseverhalten des Arbeitnehmers nicht bestimmen. Insofern kann dem Arbeitnehmer auch nicht verboten werden, in ein Risikogebiet zu reisen.

Arbeitnehmer, welche eine private Reise in ein vom Coronavirus stark betroffenes Gebiet beabsichtigen, laufen nach der Rückkehr aber Gefahr, dass bei einer Erkrankung eine selbstverschuldete Arbeitsunfähigkeit besteht, aus der kein Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR resultiert.

Wenn ein Arbeitnehmer infolge Quarantäne am Feriendomizil oder Ein- bzw. Ausreisesperren erst verspätet aus den Ferien zurückkehrt, hat er keinen Lohnanspruch. Die Verantwortung für eine rechtzeitige Rückkehr aus den Ferien liegt grundsätzlich beim Mitarbeiter.

Ein einfacher Vergleich auf lokaler Ebene könnte der Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel darstellen. Auch hier ist der Arbeitnehmer in jedem Fall selbst dafür verantwortlich, wie er rechtzeitig zum Arbeitsort gelangt.

### **3.2.1 Fazit**

Arbeitgeber können ihren Mitarbeitern private Reisen in Staaten und Gebiete mit erhöhtem Ansteckungsrisiko nicht untersagen. Sie können jedoch eine entsprechende Warnung aussprechen. Hält sich der Mitarbeiter nicht daran und fehlt anschliessend aufgrund der Quarantänepflicht bei der Arbeit, hat das Folgen für die Lohnfortzahlungspflicht. Die Absenz ist dann unter Umständen selbst verschuldet und damit entfällt die Pflicht des Arbeitgebers, den Lohn weiter zu bezahlen.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> PIETRUSZAK, Rz. 35.

<sup>44</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 57.

Die Frage des Verschuldens ist jedoch schwierig zu beurteilen, weil einerseits auch das Befolgen der Vorsichtsmassnahmen keine Garantie für eine Nichtansteckung darstellt und andererseits die Ansteckungsgefahr bei einer Pandemie in fast allen Teilen der Welt besteht.

Meines Erachtens sind im Falle einer behördlich angeordneten Quarantäne bei der Rückkehr von einer Reise in ein Risikogebiet Mitarbeiter mit Möglichkeit zur Home-office-Arbeit im Vorteil. Sie können in aller Regel ihre Arbeit weiterhin erbringen und laufen nicht Gefahr, den Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a Abs. 1 OR zu verlieren.

### **3.3 Anordnung von medizinischen Untersuchungen**

Generelle medizinische Untersuchungen bei Arbeitnehmern sind nicht zulässig. In der aktuellen Situation kann es aber zulässig sein, konkrete Massnahmen vorzunehmen, wie z.B. die Temperaturmessung vor Betreten des Bürogebäudes.

Aus vertragsrechtlicher Sicht können Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der zwingenden Bestimmungen grundsätzlich individuell Rechte und Pflichten vereinbaren.

Um eine medizinische Untersuchung anzuordnen, steht dem Arbeitgeber also neben einer vertraglichen Vereinbarung auch die Möglichkeit einer Weisung nach Art. 321d Abs. 1 OR zur Verfügung.<sup>45</sup> Man kann in diesem Zusammenhang von einer dynamischen Begrenzung sprechen: Je intensiver das betriebliche Interesse, desto weiter darf in die Persönlichkeitsrechte eingegriffen werden.<sup>46</sup>

Daraus folgt, dass mildere Massnahmen, wie z.B. das Tragen von Masken, den Vorrang haben müssen, solange diese einen zuverlässigen Schutz gewährleisten können. Dies zu beurteilen ist Sache der medizinischen Fachleute. Den behördlichen Empfehlungen kann dabei Richtliniencharakter zukommen.

Einseitig vom Arbeitgeber angeordnete Massnahmen wie eine Impf- oder Masken-tragepflicht haben sich auf jene Mitarbeitende zu beschränken, von denen tatsächlich ein Gefährdungspotenzial ausgeht. Bei Ärzten und Pflegenden mit direktem Patientenkontakt werden sich solche Massnahmen also eher rechtfertigen lassen als gegenüber dem kaufmännischen Personal im Innendienst.<sup>47</sup>

#### **3.3.1 Temperaturmessung**

Arbeitnehmende sind gesetzlich verpflichtet, die Weisungen des Arbeitgebers bezüglich der Gesundheitsvorsorge zu befolgen, wonach sie sich vor Arbeitsbeginn einer Temperaturkontrolle unterziehen lassen müssten, wenn dies vom Arbeitgeber

---

<sup>45</sup> GEISER, Arbeitsunfähigkeit, S. 809 f.

<sup>46</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 321d OR N 3.

<sup>47</sup> RUDOLPH, S. 9.

gefordert wäre. Wichtig ist, diese Massnahme mit den Arbeitnehmern zu besprechen, damit sie auf breite Akzeptanz stösst.<sup>48</sup>

Für die ganze Bevölkerung gelten jedoch ohnehin die Hygiene- und Verhaltensregeln des Bundesamtes für Gesundheit BAG, wonach man bei Fieber zuhause bleiben soll.<sup>49</sup>

### **3.3.2 Impfpflicht**

Art. 22 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012 räumt den Kantonen das Recht ein, ein Impfblogatorium gegen übertragbare Krankheiten für gefährdete Bevölkerungsgruppen und besonders exponierte Personen auszusprechen, sofern für die Bevölkerung eine erhebliche Gefahr besteht.

Eine interessante Frage ist, ob eine Impfpflicht auch durch vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich vereinbart werden kann oder ob eine solche Vereinbarung aufgrund von Art. 27 ZGB über den Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung nichtig wäre.

Wie es sich in Bezug auf die Anwendung von Art. 27 Abs. 2 ZGB auf eine arbeitsvertraglich vereinbarte Impfpflicht verhält, wurde von den Gerichten noch nie entschieden. Wichtig scheint aber der Kontext, also die Gesamtwürdigung, unter welcher eine vertraglich vereinbarte Impfpflicht zulässig ist: Es ist nicht dasselbe, ob eine Impfpflicht nur deshalb vereinbart wird, um z.B. in einem Bürobetrieb ohne Kontakt zu gefährdeten Personen dem Arbeitgeber aus rein eigennütigen Motiven möglichst Absenzen oder Krankenlohnfortzahlung zu ersparen, oder ob es darum geht, betreuungsbedürftige, geschwächte Patienten vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu schützen.<sup>50</sup>

Je massgebender der Zweck der vertraglich vereinbarten Impfpflicht, umso zulässiger soll sie also sein unter dem Blickwinkel von Art. 27 ZGB.

Ein guter Vergleich stellt hier die Gültigkeit von Arbeitsverträgen eines Rega-Piloten oder eines Berufsretters bei einer Bergrettungsstation dar: Wenn Arbeitsverhältnisse mit solch hohen Risiken für Leib und Seele noch nie in Frage gestellt wurden und gültig sind, wäre es unverhältnismässig, die vertraglich vereinbarte Impfpflicht in einer Pandemiesituation wegen Verstosses gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB als unzulässig zu erklären.<sup>51</sup>

Auch die Zulässigkeit einer Impfpflicht aufgrund einer Weisung wird in der Lehre grundsätzlich bejaht. Die Weisung muss aber in sachlicher Hinsicht auf eine spezi-

---

<sup>48</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 70.

<sup>49</sup> BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT BAG, Coronavirus: So schützen wir uns, 19.11.2020 ([www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch)), zuletzt besucht am 28.12.2020.

<sup>50</sup> RUDOLPH, S. 5.

<sup>51</sup> RUDOLPH, S. 7.

elle Impfung begrenzt und in persönlicher Hinsicht auf Pflegepersonal und Ärzteschaft, die mit Risikopatienten arbeiten, beschränkt sein.<sup>52</sup> Eine viel geeignetere Methode ist die vertragliche Pflicht zur Grippeimpfung, da so der Arbeitnehmer bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Kenntnis von einer solchen Impfpflicht nimmt.

### **3.3.3 COVID-19- und Antikörpertest**

Der Arbeitgeber kann bei einer Erkrankung an COVID-19 den Arbeitnehmer anweisen, sich einem Coronatest zu unterziehen. Macht er von seinem Weisungsrecht Gebrauch, müsste er als Folge davon die Kosten des Tests übernehmen, wenn er diesen angeordnet hat.<sup>53</sup>

Ein Antikörpertest stellt einen grösseren Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers dar und darf nur angeordnet werden, wenn es dafür einen Rechtfertigungsgrund gibt. Wenn z.B. ein Arbeitnehmer seine Tätigkeit zwingend vor Ort ausüben muss und seine Funktion für den Arbeitserfolg und die Sicherstellung der Betriebskontinuität zentral ist, könnte dies ein Rechtfertigungsgrund sein. Arbeitnehmer mit Homeoffice-Möglichkeit können den Arbeitserfolg erwiesenermassen auch zuhause garantieren und der Rechtfertigungsgrund für einen Antikörpertest entfällt.

Im Hinblick auf den Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers bei der Bearbeitung von Personendaten nach Art. 328b OR muss das Resultat des Antikörpertests für den Arbeitserfolg des Mitarbeiters und die Betriebskontinuität also notwendig sein, da ansonsten die Datenbearbeitung unzulässig ist.<sup>54</sup>

### **3.3.4 Fazit**

Die Anordnung von medizinischen Massnahmen wie eine vertraglich vereinbarte oder via Weisungsrecht verfügte Impfpflicht ist unter Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen für medizinisches Personal zulässig (nicht aber für Arbeitnehmer ohne Gefährdungspotenzial).

Niemand muss aber ernsthaft damit rechnen, gegen seinen Willen und unter Anwendung von Gewalt eine Impfung injiziert zu erhalten. Weigert sich ein Mitarbeiter, sich einer rechtmässig angeordneten Impfung oder - als mildere Massnahme - einer Maskentragepflicht zu unterziehen, riskiert er andere Rechtsnachteile. Wenn eine Pflegeperson z.B. nicht mehr an ihrem Arbeitsplatz eingesetzt werden kann, muss sie damit rechnen, dass sie für diese Zeit wegen selbst verschuldeter Arbeitsverhinderung den Lohnanspruch verliert. Oder es droht eine Kündigung, die wegen Selbstverschuldens nicht mehr erfolgreich angefochten werden könnte.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> GEISSBERGER, S. 238.

<sup>53</sup> ERBSMEHL/NERTZ, Rz.46.

<sup>54</sup> ERBSMEHL/NERTZ, Rz. 49.

<sup>55</sup> RUDOLPH, S. 11.

## 4 Schlussfolgerung

Unternehmen stehen während der COVID-19-Pandemie vor der schwierigen Aufgabe, den Schutz der Mitarbeiter zu gewährleisten und gleichzeitig den Betrieb des Unternehmens sicherzustellen.

Dabei haben sie sich nicht nur auf die gesetzlichen Grundlagen zu stützen, sondern auch die Empfehlungen des Bundesrates zu beachten. Eine nicht ganz einfache Aufgabe angesichts der sowieso schwierigen wirtschaftlichen Lage.

Die Verhältnismässigkeit und damit die Zulässigkeit von COVID-19-Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz hängt immer davon ab, wie schwerwiegend sie in Arbeitnehmerrechte eingreift. Eher unproblematisch in diesem Zusammenhang ist die Anordnung von Homeoffice-Arbeit. Schon eher problematisch ist die Anordnung von medizinischen Massnahmen wie eine Impfpflicht oder ein Antikörpertest.

Die Analyse der Zulässigkeit von COVID-19-Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz hat weiter ergeben, dass die meisten gesetzlichen Bestimmungen schon vor COVID-19 galten und in vergleichbaren Fällen wie der SARS Epidemie 2003 angewendet wurden. Neu ist jedoch der gesetzlich verankerte Schutz von besonders gefährdeten Personen durch die COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020. Danach sollen besonders gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von zuhause arbeiten können und, falls dies nicht möglich ist, vom Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung beurlaubt werden.

Am meisten Spielraum für richterliches Ermessen in der aktuellen Pandemie ergibt sich aus dem Auslagenersatz für nicht vertraglich vereinbarte Homeoffice-Arbeit sowie aus dem Anspruch auf Lohnfortzahlung bei quarantänebedingten Absenzen am Arbeitsplatz. Es empfiehlt sich, bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten während der COVID-19-Pandemie frühzeitig das Gespräch zu suchen um eine schnelle und beidseitig befriedigende Lösung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu finden. Denn was nützt ein langwieriger, kostspieliger Rechtsstreit vor Gericht über ein Thema, welches in absehbarer Zukunft vielleicht gar nicht mehr aktuell sein wird?

Im Spannungsfeld zwischen Gesundheitsschutz, Betriebskontinuität und den Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer wurde aus arbeitsrechtlicher Optik schon viel erreicht und geklärt und es bleibt nur noch zu hoffen, dass die Coronakrise für alle Akteure glimpflich ausgeht.