

Claudia Erbsmehl / Salome Nertz

Vertrauensärztliche Untersuchungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie Arbeitgeber im Spannungsfeld der arbeitsbezogenen Rechte und Pflichten

Die COVID-19-Pandemie stellt Unternehmen nicht nur im Hinblick auf die wirtschaftliche Geschäftskontinuität vor immer neue Herausforderungen. Aufgrund der aussergewöhnlichen Lage bewegen sich Arbeitgeber auf rechtlich weitaus unbekanntem Territorium und sehen sich täglich mit neuen arbeitsrechtlichen Fragen konfrontiert. Die Autorinnen stellen das Spannungsfeld zwischen arbeitsbezogenen Rechten und Pflichten dar und analysieren anschliessend unter diesem Blickwinkel die Zulässigkeit ausgewählter medizinischer Untersuchungen an Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 (SARS-CoV-2).

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Claudia Erbsmehl / Salome Nertz, Vertrauensärztliche Untersuchungen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, in: Jusletter 8. Juni 2020

Inhaltsübersicht

1. Einschlägige Rechtsverhältnisse
 - 1.1. Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer
 - 1.1.1. Allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR)
 - 1.1.2. Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers (Art. 321d OR)
 - 1.1.3. Gesundheitsschutz (Art. 328 OR, Art. 6 ArG)
 - 1.1.4. Bearbeiten von Personendaten (Art. 328b OR)
 - 1.2. Rechtsverhältnis zwischen Arzt, Patient und Arbeitgeber
 - 1.2.1. Datenerhebung durch den Arzt
 - 1.2.2. Weitergabe der Daten an den Arbeitgeber
 - 1.2.3. Besonderheit Betriebsarzt
2. Zulässigkeit vertrauensärztlicher Untersuchungen und ausgewählter medizinischer Massnahmen im Zusammenhang mit SARS-CoV-2
 - 2.1. Anzweifeln des Arztzeugnisses bei Risikogruppen
 - 2.2. Temperaturmessungen
 - 2.3. Impfpflicht
 - 2.4. Selbstisolation bzw. Selbstquarantäne und Coronavirus-Test
 - 2.5. Antikörpertest
3. Fazit

1. Einschlägige Rechtsverhältnisse

[1] Bei der Anordnung von medizinischen Untersuchungen durch den Arbeitgeber¹ kommt es regelmässig zu einem «Dreiecksverhältnis» zwischen ebendiesem, dem Vertrauensarzt sowie seinem Patienten bzw. dem Arbeitnehmer. Zur Ermittlung der anwendbaren Rechte und Pflichten wird daher zwischen dem Arbeitsverhältnis einerseits und dem Rechtsverhältnis dieser Vertragsparteien zum Vertrauensarzt andererseits unterschieden.

1.1. Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

[2] Das Arbeitsverhältnis ist geprägt von verschiedenen gegenseitigen Pflichten, wobei nachfolgend insbesondere auf die allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht, den Gesundheitsschutz, die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers sowie die Pflichten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit dem Datenschutz eingegangen wird.

1.1.1. Allgemeine Sorgfalts- und Treuepflicht (Art. 321a OR²)

[3] Zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestehen allgemeine Sorgfalts- und Treuepflichten (Art. 321a OR). Vorliegend ist besonders die Treuepflicht des Arbeitnehmers nach Art. 321a Abs. 1 OR von Interesse, denn aus dieser kann möglicherweise die Verpflichtung abgeleitet wer-

¹ Der Einfachheit und Kürze halber wird nachfolgend jeweils die maskuline Form verwendet. Gemeint sind selbstverständlich ebenso die weiblichen Personen, die die entsprechenden Funktionen innehaben.

² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht), SR 220.

den, einen Vertrauensarzt zu konsultieren.³ Als Gegenstück hierzu trifft den Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht, welche sich aus Art. 328 OR ergibt.

[4] Die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers basiert auf dem Grundsatz von Treu und Glauben, wonach der Arbeitnehmer verpflichtet ist, allfälligen Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden und dessen berechnete Interessen zu wahren. Der Rahmen ist dabei auf die Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges begrenzt, weshalb der konkrete Umfang einzelfallabhängig ist.⁴

[5] Es steht ausser Frage, dass die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers mit dem Arbeitserfolg unmittelbar in Zusammenhang steht. Folglich müssen die Interessen des Arbeitgebers an einer vertrauensärztlichen Untersuchung gegen jene des Arbeitnehmers an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte abgewogen werden. Hat sich ein Arbeitnehmer weder krankgemeldet noch weist er Anzeichen einer Erkrankung auf, überwiegt das arbeitnehmerische Interesse am Schutz seiner Geheimsphäre gegenüber jenem des Arbeitgebers an einer medizinischen Information.⁵ Anders ist dies zu beurteilen, wenn sich der Mitarbeiter krankgemeldet und ein Arztzeugnis vorgelegt hat, dessen Richtigkeit der Arbeitgeber anzweifelt.⁶ Sind die Zweifel an der Richtigkeit des Arztzeugnisses objektiv begründet und scheint die Massnahme verhältnismässig, so ist eine vertrauensärztliche Untersuchung zulässig.⁷

[6] Zur Treuepflicht des Arbeitnehmers gehört zudem auch das Informieren des Arbeitgebers über Krankheiten, welche eine Gefahr für die eigene Gesundheit oder jene von Dritten darstellen.⁸

1.1.2. Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers (Art. 321d OR)

[7] Gemäss Art. 321d Abs. 1 OR kann der Arbeitgeber allgemeine Anordnungen über die Ausführung der Arbeit oder das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb erlassen sowie ihnen besondere Weisungen erteilen. Der Arbeitnehmer ist gemäss Abs. 2 grundsätzlich verpflichtet, die Anordnungen und Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen. Folglich ist die Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers direkter Ausfluss des Subordinationsverhältnisses zum Arbeitgeber und widerspiegelt dessen Treuepflicht.⁹

[8] In der Regel ist die Erteilung einer Weisung eine blosse Obliegenheit. Zum Schutz des Arbeitnehmers (Art. 328 OR, Art. 6 ArG¹⁰) oder Dritter kann jedoch auch eine Weisungspflicht des Arbeitgebers bestehen. Die Grenze des Weisungsrechts wird durch das zwingende Recht be-

³ THOMAS GEISER, Was ist Arbeitsunfähigkeit?, in: ZBJV 155/2019, S. 795, 809; MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 67.

⁴ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 67 f.; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 321a OR N 2.

⁵ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 166 f.

⁶ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 168.

⁷ THOMAS GEISER, Was ist Arbeitsunfähigkeit?, in: ZBJV 155/2019, S. 795, 810; BGE 125 III 70, E. 3c.

⁸ BGer 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001; vgl. auch ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 321a OR N 7.

⁹ Vgl. oben Ziff. 1.1.1.; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 321d OR N 2.

¹⁰ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, SR 822.11.

stimmt, worunter auch der Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers gemäss Art. 328 OR fällt.¹¹ Rechts- oder sittenwidrige Weisungen sind für den Arbeitnehmer nicht verpflichtend.¹²

[9] Als dynamischer Grundsatz der Zulässigkeit einer Weisung gilt: Je wichtiger das betriebliche Interesse, desto weitergehend darf der Eingriff in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers sein. Der Arbeitgeber muss die Weisungen auf das für den Betrieb Notwendige beschränken.¹³ Als Auslegungshilfe dient der Grundsatz von Treu und Glauben.¹⁴

[10] Die einseitige Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung durch den Arbeitgeber kann unter Umständen zulässig sein, namentlich wenn die Erreichung und Sicherung des Arbeitserfolges nicht mehr gewährleistet ist. In diesem Fall ergibt sich die Pflicht zur Befolgung der arbeitgeberischen Anordnung durch den Arbeitnehmer jedoch nur indirekt aus der Weisungsgebundenheit (Art. 321d OR) und kann direkt aus der allgemeinen Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) hergeleitet werden.

1.1.3. Gesundheitsschutz (Art. 328 OR, Art. 6 ArG)

[11] Die arbeitsrechtliche Bestimmung zum Persönlichkeitsschutz verpflichtet den Arbeitgeber, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu schützen und auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen (Art. 328 OR). Der Gesundheitsschutz stellt den wichtigsten Bestandteil der Pflicht zum Persönlichkeitsschutz dar. Er umfasst sämtliche Bestimmungen zur Wahrung der körperlichen und geistigen Gesundheit des Arbeitnehmers und wird durch das Arbeitsgesetz weiter präzisiert.¹⁵ Zum Schutz der Gesundheit gehört folglich nicht nur die Unterlassung von Massnahmen, welche in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers eingreifen könnten, sondern insbesondere auch die Pflicht, Gesundheitsbeeinträchtigungen zu vermeiden (vgl. Art. 6 ArG). Art. 328 OR nennt Kriterien für angemessene Massnahmen des Arbeitgebers. Zudem gilt es zu beachten, dass die potentiell gesundheitsschädlichen Gefahren nicht in allen Unternehmen gleich sind, die Massnahmen folglich je nach Betrieb variieren.¹⁶

[12] Basierend auf Art. 6 ArG ergibt sich demgemäss, dass der Arbeitgeber bei Hinweisen auf eine arbeitsbedingte Schädigung der Gesundheit des Arbeitnehmers nicht nur berechtigt, sondern gar verpflichtet ist, eine medizinische Abklärung anzuordnen (vgl. Art. 17c und Art. 29 Abs. 4 ArG, Art. 43 ff. und 63 ArGV¹⁷).¹⁸ Im Allgemeinen sollen personenbezogene Massnahmen zum Gesundheitsschutz (wie bspw. bereits das Tragen von Masken) erst dann getroffen werden, wenn

¹¹ JEAN-PHILIPPE DUNAND, *Commentaire du contrat de travail*, Neuchâtel 2013, Art. 328 N 4.

¹² MANUEL STENGEL, *Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 71 ff.; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag*, Zürich 2012, Art. 321d OR N 2 f.

¹³ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag*, Zürich 2012, Art. 321d OR N 3.

¹⁴ STENGEL MANUEL, *Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 74.

¹⁵ THOMAS GEISER/ROLAND A. MÜLLER/KURT PÄRLI, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Zürich 2019, Rz 456; ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ, *Orell Füssli Kommentar zum Arbeitsgesetz*, Zürich 2017, Art. 6 N 16.

¹⁶ ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ, *Orell Füssli Kommentar zum Arbeitsgesetz*, Zürich 2017, Art. 6 N 6 ff.

¹⁷ Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz, SR 822.111.

¹⁸ MANUEL STENGEL, *Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 164.

die technischen oder organisatorischen Massnahmen nicht ausreichen oder sich als unverhältnismässig erweisen.¹⁹

1.1.4. Bearbeiten von Personendaten (Art. 328b OR)²⁰

[13] Ein wichtiger Bestandteil des Persönlichkeitsschutzes des Arbeitnehmers bildet der Datenschutz.²¹ Zusätzlich zum DSGVO²² enthält das Arbeitsvertragsrecht in Art. 328b OR eine Sonderbestimmung. Das Bearbeiten von Daten über den Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber ist nur zulässig, soweit sie zur Eignungsprüfung des Arbeitnehmers oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags notwendig sind (Art. 328b OR). Jede Bearbeitung von Daten des Arbeitnehmers, die keinen genügenden Arbeitsplatzbezug aufweisen, ist damit unzulässig. Damit wird das Prinzip des Datenschutzgesetzes der grundsätzlichen Zulässigkeit einer Datenbearbeitung durchbrochen.²³

[14] Über die Rechtsnatur von Art. 328b OR ist sich die Lehre nicht einig.²⁴ Die herrschende Lehre qualifiziert Art. 328b OR als Abweichung vom DSGVO, wodurch die Datenbearbeitung auf die zulässigen Gründe von Art. 328b OR beschränkt wird.²⁵ Die Grundsätze, die das DSGVO für die Datenbearbeitung festlegt, gelten auch für eine gemäss Art. 328d OR zulässige Datenbearbeitung.²⁶

[15] Für die Zulässigkeit der Anordnung einer medizinischen Untersuchung durch den Vertrauensarzt sind nebst den Grundsätzen des Weisungsrechts²⁷ die Schranken von Art. 328b OR einzuhalten. Die Geschäftskontinuität ist in Zeiten der COVID-19-Pandemie besonders gefährdet, weshalb vertrauensärztliche Untersuchungen zur Durchführung des Arbeitsvertrages i.S.v. Art. 328b OR durchaus notwendig und folglich deren einseitige Anordnung durch den Arbeitgeber auch zulässig sein können.²⁸

[16] Dabei sind die datenschutzrechtlichen Grundsätze von Art. 4 DSGVO einzuhalten. Besonders von Bedeutung ist, dass die Datenbearbeitung rechtmässig sein muss (Abs. 1). Rechtmässigkeit kann durch Einwilligung gewährleistet werden, wenn sie freiwillig und infolge angemessener Information erteilt wird.²⁹ In Anbetracht des Abhängigkeitsverhältnisses, welches zum Arbeitgeber

¹⁹ ROLAND A. MÜLLER/CHRISTIAN MADUZ, Orell Füssli Kommentar zum Arbeitsgesetz, Zürich 2017, Art. 6 N 11.

²⁰ Es gilt zu beachten, dass auch Schweizerische Unternehmen unter den Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union (Art. 3 EU-DSGVO) fallen können, vgl. MICHAEL TONEATTI, Lösungsanspruch von personenbezogenen Daten des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitnehmerin, in: RiU Band/Nr. 29, 2019, S. 73. Diese Thematik wird im vorliegenden Beitrag nicht weiter bearbeitet.

²¹ THOMAS GEISER/ROLAND A. MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, Zürich 2019, Rz 456.

²² Bundesgesetz über den Datenschutz, SR 235.1.

²³ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 328b OR N 3.

²⁴ MASSIMILIANO MAESTRETTI/LORENZA FERRO, La revisione della Legge federale sulla protezione dei dati, in: NF 7-8/2018, S. 336, 344.

²⁵ KURT PÄRLI, Datenschutz, in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich 2018, Rz 17.22; gleicher Ansicht ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 328b OR N 3.

²⁶ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 328b OR N 3.

²⁷ Vgl. Ziff. 1.1.2.

²⁸ Siehe eingehende Ausführungen unten in Ziff. 2; zur Zulässigkeit einer Impfpflicht für Gesundheitspersonal vgl. ISABEL LINDA GEISSBERGER, Die Zulässigkeit einer Grippeimpfpflicht mittels Weisung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, in: Pflegerecht 2017, S. 237, 239.

²⁹ Art. 4 Abs. 5 sowie Art. 13 Abs. 1 DSGVO.

besteht, gilt es daher zu verhindern, dass sich ein Arbeitnehmer (insb. im Hinblick auf Art. 321d Abs. 2 OR³⁰) gezwungen fühlen könnte, sich einer solchen Untersuchung zu unterziehen.³¹ Weiter kann gemäss Art. 13 Abs. 1 DSG ein privates oder öffentliches Interesse die Datenbearbeitung rechtfertigen. Das private Interesse umfasst in erster Linie die Eigeninteressen des Datenbearbeiters. Das öffentliche Interesse hingegen ist ein Interesse der Allgemeinheit oder einer Mehrzahl von Personen, welche der Datenbearbeiter «stellvertretend» geltend machen kann.³² Von Bedeutung scheint im vorliegenden Zusammenhang namentlich der Gesundheitsschutz der übrigen Arbeitnehmer, den der Arbeitgeber zu garantieren hat.³³ Dies ist einerseits ein eigenes Interesse des Arbeitgebers, andererseits aber auch ein Interesse aller Arbeitnehmer, für welches der Arbeitgeber als Stellvertreter einstehen könnte. Sowohl das private als auch das öffentliche Interesse sind konkret den Interessen der betroffenen Person gegenüberzustellen.³⁴ Für das Anordnen von medizinischen Untersuchungen ist auch in diesem Zusammenhang eine Differenzierung der Arbeitnehmer je nach Funktion wesentlich. Gesondert zu betrachten sind Arbeitnehmer, die einen verstärkten persönlichen Kontakt zu anderen Personen haben.

[17] Für den Arbeitgeber ist der Zweck einer (rechtmässig angeordneten) Untersuchung in der Regel erst dadurch erfüllt, dass der Vertrauensarzt ihm die Ergebnisse der Untersuchung mitteilt. Der Vertrauensarzt darf die Ergebnisse jedoch nicht uneingeschränkt an den Arbeitgeber weitergeben.³⁵ Sobald ein Umgang des Arbeitgebers mit diesen Daten stattfindet, gilt Art. 328b OR, d.h. ein genügender Arbeitsplatzbezug ist erforderlich. Für den Umgang mit den Daten im Rahmen der Untersuchung durch den Vertrauensarzt gilt diese Schranke von Art. 328b OR nicht.

[18] Weitere zentrale Grundsätze des DSG, die für jede Bearbeitung von Personendaten einzuhalten sind, sind namentlich der Grundsatz von Treu und Glauben, die Verhältnismässigkeit sowie die Zweckgebundenheit (Art. 4 Abs. 2 und 3 DSG). Nebst der Beschaffung der Daten muss auch der Zweck der Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein (Art. 4 Abs. 4 DSG). Personendaten dürfen einzig zum ursprünglich angegebenen, aus den Umständen ersichtlichen oder gesetzlich vorgesehenen Zweck bearbeitet werden (Art. 4 Abs. 3 DSG). Im Übrigen sind die erhobenen Daten zeitnah zu löschen, spätestens jedoch nach dem Wegfall der pandemischen Bedrohung.³⁶

1.2. Rechtsverhältnis zwischen Arzt, Patient und Arbeitgeber

[19] In den meisten Fällen wird es sich um einen freiberuflichen Arzt handeln, der die Untersuchungen an den Arbeitnehmern durchführt. Hat der Arbeitgeber die Untersuchung durch den Vertrauensarzt mittels Weisung angeordnet, so handelt es sich um ein Auftragsverhältnis zwi-

³⁰ Vgl. Ziff. 1.1.2.

³¹ MARKUS HUGENTOBLER, Arbeitgeberschreck Gesundheitscheck, in AJP 2013, S. 1142, 1146 bezeichnet eine freiwillige Einwilligung bei wirtschaftlichen Machtverhältnissen gemäss Zitat MATTHIAS HORSCHIK sogar als «grundsätzlich illusorisch».

³² BRUNO BAERISWYL/KURT PÄRLI, Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 13 N 11 ff.

³³ Vgl. Ausführungen in Ziff. 1.1.3.

³⁴ BRUNO BAERISWYL/KURT PÄRLI, Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 13 N 12 ff.

³⁵ Vgl. MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 262; vgl. zur Zulässigkeit der Datenweitergabe Ziff. 1.2.2.

³⁶ https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell_news.html#1848566086, zuletzt besucht am 18. Mai 2020.

schen dem Arzt und dem Arbeitgeber. Erfolgte die Anordnung berechtigterweise, müssen die Kosten in aller Regel vollumfänglich vom Arbeitgeber übernommen werden.³⁷

[20] Grundlegendstes Merkmal des Verhältnisses zwischen einem Arzt und seinem Patienten ist die Vertraulichkeit. Der Arzt erhält in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit Informationen aus der Geheimsphäre des Patienten, welche besonders schützenswert sind. Dadurch wird der Arzt zum Berufsgeheimnisträger und eine Offenbarung der ihm im Rahmen seines Berufes anvertrauten Geheimnisse ist mit Strafe gemäss Art. 321 Ziff. 1 StGB bedroht.³⁸ Auf dieses Vertrauensverhältnis hat die auftragsrechtliche Verbundenheit des Arztes mit dem Arbeitgeber keine Auswirkungen.

1.2.1. Datenerhebung durch den Arzt

[21] Bei der Erhebung von medizinischen Daten des Mitarbeiters durch den Vertrauensarzt sind die Bestimmungen zum Datenschutz einschlägig. Die besondere Voraussetzung von Art. 328b OR, wonach die Datenbearbeitung zur Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sein muss, gilt jedoch erst, wenn die Daten letztlich zum Arbeitgeber fliessen. Bedeutend ist, dass ein Arbeitnehmer nicht mittels physischer Einwirkung zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung gezwungen werden kann. Vielmehr muss sich der Arbeitnehmer aus eigenem Willen bzw. aufgrund seiner Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber³⁹ an den Vertrauensarzt wenden.

[22] Der Auftrag des Arbeitgebers an den Vertrauensarzt darf nur die konkrete Fragestellung betreffen, welche anhand der Untersuchung geklärt werden soll. Nicht zulässig sind hingegen Fachanweisungen betr. Art und Weise der Untersuchung. Folglich kommen als Beispiele für zulässige Fragestellungen die folgenden in Betracht:

- Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit und Ermittlung des Arbeitsunfähigkeitsgrades;
- Abklärungen, ob der Arbeitnehmer eine Gefahr für andere Mitarbeiter im Betrieb darstellen könnte;
- Abklärungen, welche genau bestimmten Tätigkeiten vom Arbeitnehmer übernommen werden könnten.⁴⁰

[23] Nicht zulässig wären hingegen die folgenden Beispiele:

- Ermittlung des allgemeinen Gesundheitszustands des Arbeitnehmers samt Drogentest, ohne Vorliegen eines konkreten Anlasses oder Zwecks;
- Abklärungen betreffend erhöhter Krankheitsanfälligkeit;

³⁷ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 245.

³⁸ Vgl. BGER 2C_37/2018 vom 15. August 2018, E. 6.2.2. ff. m.w.H.

³⁹ Vgl. hierzu die einführenden Erläuterungen in Ziff. 1.1.1 und 1.1.2.

⁴⁰ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 250.

- Untersuchung auf allfällige Krankheiten, welche zukünftig potentiell zu einer Arbeitsunfähigkeit oder Invalidität führen könnten;⁴¹
- Datenerhebung über den HIV-Status, sofern die Arbeitstätigkeit nicht ein erhöhtes Infektionsrisiko für Dritte birgt.⁴²

1.2.2. Weitergabe der Daten an den Arbeitgeber

[24] Der Zweck der Untersuchung ist meist nicht bereits mit deren Abschluss, sondern erst mit der Weitergabe der Erkenntnisse an den Arbeitgeber erfüllt.⁴³ Die im Rahmen der Untersuchung erarbeiteten Informationen und Ergebnisse stellen geheimnisgeschütztes Wissen dar, wobei der untersuchte Mitarbeiter ein schutzwürdiges Interesse an deren Geheimhaltung hat.

[25] Wie erwähnt ist der Vertrauensarzt aufgrund des Berufsgeheimnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet.⁴⁴ Eine Entbindung des Arztes von seiner Schweigepflicht ist demnach gemäss Art. 321 Ziff. 2 StGB nur möglich, wenn der Patient seine ausdrückliche Einwilligung dazu gibt oder die Bewilligung der Aufsichtsbehörde vorliegt.⁴⁵

[26] Für die Zulässigkeit der Datenweitergabe ist jedoch nicht nur die Einwilligung des betreffenden Mitarbeiters erforderlich, sondern es muss auch Art. 328b OR beachtet werden. Daraus folgt, dass nur jene Informationen vom Vertrauensarzt an den Arbeitgeber weitergegeben werden dürfen, welche einen genügenden Arbeitsplatzbezug aufweisen. Ist dies der Fall, müssen zugleich die allgemeinen Bestimmungen des Datenschutzgesetzes erfüllt sein, erst dann kann die Rechtmässigkeit einer Weitergabe der medizinischen Informationen an den Arbeitgeber bejaht werden.⁴⁶

[27] Es gilt zu beachten, dass der Arbeitnehmer gegebenenfalls gar verpflichtet ist, den Arzt vom Berufsgeheimnis zu entbinden, namentlich dann, wenn die vertrauensärztliche Untersuchung durch den Arbeitgeber rechtmässig angeordnet wurde. Eine Verweigerung der Entbindung kann eine Verletzung der allgemeinen Treupflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR bedeuten, wenn der Arbeitgeber die Informationen zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses i.S.v. Art. 328b OR benötigt.⁴⁷

⁴¹ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 251.

⁴² ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 328b OR N 10.

⁴³ Vgl. MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 262.

⁴⁴ Statt vieler, vgl. MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 146 f.

⁴⁵ BGE 135 III 597, E. 3.4 m.w.H.; vgl. MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 262 f.

⁴⁶ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 263.

⁴⁷ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 266; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 328b OR N 6.

1.2.3. Besonderheit Betriebsarzt

[28] Hat ein Unternehmen einen eigenen Betriebsarzt, so ist dieser grundsätzlich ein gewöhnlicher Arbeitnehmer des Arbeitgebers, dem jedoch besondere Stellung im Arbeitsverhältnis zukommt. Nebst den gewöhnlichen Pflichten des Arbeitsverhältnisses⁴⁸ untersteht der Betriebsarzt zudem den Richtlinien für arbeitsmedizinisch tätige Ärztinnen und Ärzte⁴⁹, weshalb ihm besondere Rechte und Pflichten obliegen. Insbesondere von Bedeutung ist, dass die Ärzte eines medizinischen Dienstes im Betrieb zumindest in Bezug auf ihre medizinischen Tätigkeiten unabhängig und nicht weisungsgebunden sind.⁵⁰ Dies bedeutet nicht, dass der Arbeitgeber dem Betriebsarzt keinerlei Anweisungen geben darf. In Bezug auf die medizinische Untersuchung wären bspw. Anweisungen zum Zweck der Untersuchung zulässig, nicht jedoch Fachanweisungen zur Art und Weise.⁵¹

[29] Tritt ein Mitarbeiter freiwillig und ohne jegliche Weisung des Arbeitgebers mit dem Betriebsarzt in Kontakt, um eine medizinische Untersuchung durchführen zu lassen, so handelt es sich um ein gewöhnliches Arzt-Patienten-Verhältnis. Die Tatsache, dass der Betriebsarzt auch ein Angestellter des Arbeitgebers ist, spielt im Grundsatz keine Rolle, solange der Arbeitgeber die medizinische Untersuchung weder angeordnet hat noch die durch den Betriebsarzt erhobenen Daten herausverlangt. Im Allgemeinen gilt, dass sämtliche Dokumente getrennt von den übrigen Archiven des Arbeitgebers aufbewahrt werden müssen und sicherzustellen ist, dass die Datensicherheit gewährleistet ist.⁵² Somit gelten für den Betriebsarzt in Bezug auf seine Patienten, mithin die Arbeitnehmer, dieselben Pflichten und eine nicht gerechtfertigte⁵³ Offenbarung der Informationen, welche der Betriebsarzt in Ausübung seiner beruflichen Verrichtung erlangt, wird bestraft. Demzufolge ist die Durchführung von medizinischen Untersuchungen an Mitarbeitern durch den Betriebsarzt so lange zulässig und unproblematisch, als der Arbeitgeber auf das Verhältnis zwischen dem Betriebsarzt und dem Mitarbeiter keinen Einfluss nimmt.⁵⁴

[30] Wenn der Arbeitgeber eine ärztliche Untersuchung durch den Betriebsarzt anordnet, liegt eine Datenbearbeitung i.S.v. Art. 3 lit. e DSGVO vor, wobei die Durchführung durch den Betriebsarzt als Arbeitnehmer erfolgt. Es gelten somit die Schranken von Art. 328b OR.⁵⁵ Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmern jedoch auf freiwilliger Basis medizinische Untersuchungen durch den Betriebsarzt anbieten. Der Arbeitgeber hat dabei jedoch zu garantieren, dass dies keinerlei Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis hat. Der Arbeitnehmer muss frei entscheiden können, ob er sich den entsprechenden Untersuchungen unterziehen möchte oder nicht, ohne dass Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis an diese Entscheidung geknüpft werden. Ist dies nicht gewährleistet, so kann die Einwilligung des Arbeitnehmers nicht auf Freiwilligkeit beruhen und die Datenbearbeitung durch den Arbeitgeber ist unzulässig.

⁴⁸ Vgl. Ausführungen in Ziff. 1.1.

⁴⁹ Siehe Anhang 4 Standesordnung FMH.

⁵⁰ Vgl. Art. 4 Anhang 4 Standesordnung FMH; MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 72 ff.

⁵¹ MANUEL STENGEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 249 f.

⁵² Vgl. Art. 7 Anhang 4 Standesordnung FMH.

⁵³ Vgl. Art. 321 Ziff. 2 StGB.

⁵⁴ Zur Problematik der Datenweitergabe wird auf die Ausführungen in Ziff. 1.2.2 verwiesen.

⁵⁵ Vgl. oben Ziff. 1.1.4.

2. Zulässigkeit vertrauensärztlicher Untersuchungen und ausgewählter medizinischer Massnahmen im Zusammenhang mit SARS-CoV-2

[31] Basierend auf den vorstehenden Ausführungen wird nun in einem ersten Schritt geprüft, ob die Anordnung bestimmter vertrauensärztlicher Untersuchungen bzw. ausgewählter medizinischer Massnahmen im Zusammenhang mit SARS-CoV-2 zulässig ist. In einem zweiten Schritt müssen die Fragen geklärt werden, ob die erhobenen medizinischen Daten durch den Vertrauensarzt an den Arbeitgeber weitergegeben werden dürfen und welche Konsequenzen dieser schliesslich an die erhobenen Daten knüpfen darf. Im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie stehen vertrauensärztliche Untersuchungen für Risikogruppen, Temperaturmessungen, Impfpflichten und Tests für akute sowie überstandene Infektionen mit SARS-CoV-2 im Vordergrund.

2.1. Anzweifeln des Arztzeugnisses bei Risikogruppen

[32] Gemäss Art. 10c Abs. 8 COVID-19-Verordnung⁵⁶ müssen Arbeitnehmer, welche der Risikogruppe angehören, dies gegenüber ihrem Arbeitgeber erklären. Der Arbeitgeber ist befugt, ein ärztliches Zeugnis anzufordern. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung durch den Arbeitgeber wegen Zweifeln an der Richtigkeit des vorgelegten ärztlichen Attests zulässig ist.

[33] Die Aufforderung zu vertrauensärztlichen Untersuchungen kann im Arbeitsvertrag ausdrücklich vereinbart werden. Derartige Klauseln dürften aber nicht die Regel darstellen, weshalb eine vertrauensärztliche Untersuchung bei Fehlen einer entsprechenden Klausel wie erwähnt nur zulässig sein kann, wenn die daraus gewonnenen Erkenntnisse zur Sicherung des Arbeitserfolges notwendig sind.⁵⁷ Im Normalfall bestätigt ein ärztliches Attest, dass ein Arbeitnehmer während einer bestimmten Zeit bis zu einem bestimmten Grad arbeitsunfähig ist. Bei dieser Konstellation hängt die Krankmeldung direkt mit dem Arbeitserfolg zusammen, weshalb der Arbeitgeber ein legitimes Interesse an der Anordnung einer Untersuchung durch den Vertrauensarzt hat. Die Bestätigung, dass ein Mitarbeiter zu den besonders gefährdeten Personen gemäss Art. 10b Abs. 2 i.V.m. Anhang 6 COVID-19-Verordnung 2 gehört, bedeutet zwar nicht zwingend, dass der besagte Arbeitnehmer seiner Arbeitstätigkeit nicht mehr nachgehen kann. Allerdings muss der Arbeitgeber diesfalls bestimmte Pflichten zum Schutz dieses Arbeitnehmers einhalten⁵⁸, wobei es dem Arbeitnehmer jederzeit offen steht, die ihm zugewiesene Arbeit abzulehnen, wenn er das Risiko einer Infektion trotz der ergriffenen Massnahmen für sich als zu hoch erachtet. Somit hat die Zugehörigkeit eines Arbeitnehmers zur Risikogruppe letztlich einen Einfluss auf den Arbeitserfolg und es besteht ein Interesse des Arbeitgebers an der Überprüfung des Arztzeugnisses, welches das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Geheimsphäre überwiegt.⁵⁹

[34] Für die Zulässigkeit der vertrauensärztlichen Untersuchung ist weiter notwendig, dass die Zweifel an der Richtigkeit des Arztzeugnisses objektiv begründet und die Massnahme verhält-

⁵⁶ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19), SR 818.101.24.

⁵⁷ Vgl. Ausführungen unter Ziff. 1.1.4; vgl. dazu auch THOMAS GEISER, Was ist Arbeitsunfähigkeit?, in: ZBJV 155/2019, S. 795, 809.

⁵⁸ Vgl. Art. 10c COVID-19-Verordnung 2.

⁵⁹ MANUEL STENDEL, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Diss., Universität St. Gallen 2014, S. 167 ff.

nismässig erscheint.⁶⁰ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, so ist die Aufforderung zur vertrauensärztlichen Untersuchung durch den Arbeitgeber zulässig und die Pflicht zur Befolgung dieser Anordnung ist Ausfluss der allgemeinen Treupflicht des Arbeitnehmers.

2.2. Temperaturmessungen

[35] Debattiert wird zurzeit, ob ein Arbeitgeber die Anweisung treffen kann, dass jeder Mitarbeiter seine Körpertemperatur messen lassen muss, bevor er das Firmenareal betreten darf.

[36] Temperaturmessungen erfordern keine ärztliche Untersuchung und können mit entsprechender technischer Einrichtung weitgehend automatisiert durchgeführt werden. Es sollte ein Schwellenwert festgelegt werden, ab welchem dem Arbeitnehmer kein Zutritt zum Firmenareal gewährt und er nach Hause geschickt wird. Durch diese Massnahme wird zudem die Anonymität des betreffenden Mitarbeiters weitgehend gewahrt, da denjenigen mit erhöhter Temperatur lediglich der Zutritt zum Firmenareal verweigert wird und demzufolge keine (weitere) Bearbeitung dieser anonymen Daten erfolgt. Der Eingriff in die Persönlichkeit der Arbeitnehmer hält sich bei dieser Massnahme folglich in Grenzen, gleichwohl ist die Massnahme wirkungsvoll zur Bekämpfung resp. Eindämmung der Ausbreitung einer SARS-CoV-2-Infektion.

[37] Die Zulässigkeit einer Temperaturmessung bei Betreten des Firmenareals wird in der Literatur weitgehend bejaht⁶¹, teils jedoch mit einer Differenzierung nach Art des Betriebes und den von den Arbeitnehmern auszuführenden Tätigkeiten.⁶² Der eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDÖB) weist allerdings darauf hin, dass die entsprechenden Daten in ihrem inhaltlichen und zeitlichen Umfang auf das zur Erreichung des Zwecks notwendige Minimum zu beschränken sind. Wenn möglich sollte das Fieber durch die Betroffenen selbst erhoben und die Daten ggf. an den Arbeitgeber weitergegeben werden.⁶³ Demnach ist eine Temperaturmessung durch den Arbeitgeber vor Betreten des Areals resp. des Gebäudes grundsätzlich zulässig. Für die ganze Bevölkerung gelten jedoch ohnehin die Regelungen des Bundesamts für Gesundheit (BAG), wonach man bei Fieber zu Hause bleiben soll.⁶⁴ Dieses Verhalten ist im Übrigen auch aufgrund der Treupflicht des Arbeitnehmers geboten.⁶⁵

⁶⁰ THOMAS GEISER, Was ist Arbeitsunfähigkeit?, in: ZBJV 155/2019, S. 795, 809 f.; BGE 125 III 70, E. 3c.

⁶¹ THOMAS GEISER/ROLAND A. MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020, Rz 70; vgl. auch <https://www.sko.ch/artikel/recht/coronavirus-rechtliche-auswirkungen-arbeitsplatz>; a.A. MICHEL CHAVANNE/NATHANAËL PÉTERMANN/CÉDRIC FRAISSINET/GAUTIER POROT, COVID-19 Webinar zu Duty of Care: legal aspects for employers, 5. Mai 2020, https://my.internationalso.com/LP=5769?utm_campaign=CH-EB-2020.05.12.Coronavirus%20Update-PROSPECTS&utm_medium=email&utm_source=Eloqua, alle Websites zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁶² Vgl. <https://www.srf.ch/news/schweiz/coronavirus-in-der-schweiz-muss-ich-jetzt-ueberhaupt-noch-ins-buero>; <https://www.kellerhals-carrard.ch/docs/de/people/publikationen/FACTSHEET-Coronavirus-Arbeitgeber.pdf?m=1583311716&>, alle Websites zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁶³ Vgl. https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell_news.html#1848566086, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁶⁴ Vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/selbst-isolierung-und-selbst-quarantaene.html#-399178357>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁶⁵ THOMAS GEISER/ROLAND A. MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020, Rz 57; zu den Folgen der Lohnfortzahlung vgl. unten Ziff. 2.3.

2.3. Impfpflicht

[38] In der Annahme, dass es früher oder später einen Impfstoff gegen SARS-CoV-2 geben wird, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer einer Impfpflicht unterstellen darf.

[39] Gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG⁶⁶ kann der Bundesrat bei Vorliegen einer besonderen Lage für gefährdete Bevölkerungsgruppen, besonders exponierte Personen und Personen, welche bestimmte Tätigkeiten ausführen, eine Impfung für obligatorisch erklären. Ist eine solche behördlich angeordnete Impfpflicht gegeben, so sind sämtliche genannten Personen verpflichtet, der Anordnung Folge zu leisten.⁶⁷

[40] Anders ist dies zu beurteilen, wenn der Arbeitgeber eine Impfpflicht vorsieht, ohne dass er sich auf eine behördliche Anordnung stützen kann. Die Zulässigkeit einer Impfpflicht wird meist an die Bedingung geknüpft, dass eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag enthalten ist. Es ist jedoch davon auszugehen, dass eine Pflicht des Arbeitnehmers in üblichen Arbeitsverträgen nicht anzutreffen ist; vielmehr beschränkt sich deren Anwendungsbereich auf Berufsgruppen, welche mit besonders gefährdeten Personen arbeiten. Eine entsprechende Weisung, welche sich an alle Mitarbeiter richtet, liesse sich nicht rechtfertigen, stellt die Impfpflicht doch einen nicht unbeachtlichen Eingriff in die persönliche Integrität des Arbeitnehmers dar.

[41] Anders ist dies für medizinisches Personal oder weitere Berufsgruppen zu betrachten, welche regelmässig relativ engen Körperkontakt zu Risikogruppen haben. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH erachten eine Weisung zur Impfung gegen eine aggressive Grippeform als zulässig. Allerdings könne man eine entsprechende Weisung beim Pflegepersonal eines Alters- und Pflegeheimes ernsthaft debattieren, nicht jedoch bei Angestellten einer Anwaltskanzlei.⁶⁸ Manche Stimmen in der Literatur gehen gar von der Zulässigkeit einer Impfpflicht aus, ohne dass eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag enthalten ist. Es sei als rechtens einzustufen, sämtliche Berufsgruppen, welche mit besonders gefährdeten Personen arbeiten, zum Schutz der Risikogruppe einer Impfpflicht zu unterstellen, selbst wenn keine Pandemie drohe.⁶⁹ Bei bestimmten Berufsgruppen überwiegt folglich das arbeitgeberische bzw. öffentliche Interesse am Schutz der Gesundheit Dritter dasjenige des betreffenden Mitarbeiters, selbst über allfällige Impfungen zu entscheiden.

[42] Aufgrund der durch die Pandemie hervorgerufenen ausserordentlichen Lage kann nach der hier vertretenen Ansicht die Zulässigkeit auch dann bejaht werden, wenn keine explizite Regelung zur Impfpflicht im Arbeitsvertrag enthalten ist. In diesem Fall wären arbeitsplatzbezogene Massnahmen als Konsequenz der Weisung durchaus zulässig. Weigert sich ein Arbeitnehmer, welcher im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit regelmässig engen Kontakt zur Risikogruppe hat bzw. stark exponiert ist, sich gegen SARS-CoV-2 impfen zu lassen, könnte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zum Schutz Dritter freistellen. Diesfalls müsste man von einer verschuldeten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ausgehen, weshalb dieser keinen Anspruch auf Lohnfort-

⁶⁶ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen, SR 818.101.

⁶⁷ Für weitere Ausführungen zur behördlich angeordneten Impfpflicht, vgl. Bundesamt für Gesundheit, Das neue Epidemienengesetz, Fragen und Antworten, Juli 2013, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/gesetze-und-bewilligungen/gesetzgebung/gesetzgebung-mensch-gesundheit/epidemiengesetz.html>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁶⁸ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 321d OR N 3.

⁶⁹ ISABEL LINDA GEISSBERGER, Die Zulässigkeit einer Grippeimpfpflicht mittels Weisung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, in: Pflegerecht 2017, S. 237, 239.

zahlung hätte. In jedem Fall unzulässig wäre jedoch eine Impfung des sich weigernden Mitarbeiters unter Anwendung physischen Zwangs.⁷⁰

2.4. Selbstisolation bzw. Selbstquarantäne und Coronavirus-Test

[43] Bei Vorliegen von Krankheitssymptomen, welche auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 hindeuten, empfiehlt das BAG, zu Hause zu bleiben (Selbstisolation). Unter Umständen kommt diese Empfehlung auch zum Tragen, wenn jemand in engem Kontakt zu einer erkrankten Person stand (Selbstquarantäne).⁷¹ Dies kann zur Folge haben, dass ein Arbeitnehmer an der Erbringung seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung verhindert ist, da er aufgrund dieser behördlichen Massnahmen zu Hause bleiben muss.⁷²

[44] Nun stellt sich die Frage, welche Weisungen ein Arbeitgeber in solchen Fällen treffen darf. In Übereinstimmung mit den Regeln des BAG darf auch der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer verlangen, bei Vorliegen entsprechender COVID-19-Symptomen nicht (physisch) zur Arbeit zu kommen. Dieser Anspruch des Arbeitgebers ergibt sich ohnehin aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers.⁷³ Es gilt zudem folgende Unterscheidung vorzunehmen: Wo kein Home-Office möglich ist, liegt ein Annahmeverzug seitens des Arbeitgebers gemäss Art. 324 OR vor, wonach der Lohn trotz ausbleibender Leistung zu entrichten ist. Solange ein derzeit im Home-Office beschäftigter Arbeitnehmer noch arbeitsfähig ist, sind Arbeitsleistung (soweit möglich) und Lohn regulär geschuldet.⁷⁴

[45] Fraglich ist weiter, ob der Arbeitgeber verlangen darf, dass sich ein Arbeitnehmer auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 testen lässt. Während der intensiven Phase der Pandemie wurden ausschliesslich Personen mit schweren Symptomen oder Risikogruppen, bei denen ein Test für die weitere Behandlung entscheidend war, getestet. Aufgrund sinkender Zahlen von Neuinfektionen wurden die Testvoraussetzungen durch den Bund gelockert. Inzwischen⁷⁵ werden alle Personen mit Symptomen getestet.⁷⁶

[46] Als Mitte März 2020 ein Schweizer Unternehmen ausserhalb des Gesundheitswesens alle Angestellten systematisch mittels PCR-Test auf SARS-CoV-2 testen liess, riet das BAG klar davon ab, in privaten Unternehmen die Angestellten zu testen.⁷⁷ Mitte Mai 2020 erlaubt das BAG den

⁷⁰ ROGER RUDOLPH, Video-Podcast «Corona und Arbeitsrecht», 24. April 2020, <https://www.eiz.uzh.ch/EIZ/web/eiz/event.aspx?WPParams=43A9B2A7C6D4E0E8AAB08D92A8929E>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁷¹ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/selbst-isolierung-und-selbst-quarantaene.html#-399178357>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁷² THOMAS GEISER/ROLAND A. MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020, Rz 36.

⁷³ THOMAS GEISER/ROLAND A. MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020, Rz 57.

⁷⁴ THOMAS GEISER/ROLAND A. MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020, Rz 37; MATTEO BRUNONE, Il Covid-19 ed alcune conseguenze nel diritto del lavoro svizzero, in: NF S1/2020, S. 18, 21.

⁷⁵ Stand 12. Mai 2020.

⁷⁶ Vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html#82388166>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁷⁷ Vgl. <https://www.srf.ch/news/wirtschaft/private-corona-tests-anwaltskanzlei-will-alle-mitarbeiter-auf-virus-testen>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

Kantonsärzten zu beschliessen, dass Personen in Spitälern oder Pflegeheimen getestet werden.⁷⁸ Eine systematische Durchführung des Tests auf SARS-CoV-2 bei Mitarbeitern ist somit noch immer nicht empfohlen. Entsprechend den Test-Richtlinien des BAG dürfen Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer mit COVID-19-Symptomen nach der hier vertretenen Ansicht auch anweisen, einen Test durchführen zu lassen. Das BAG empfiehlt zudem, bis zum Vorliegen der Testergebnisse zu Hause zu bleiben.⁷⁹ Diese Anordnung dürfen Arbeitgeber entsprechend auch treffen. Nach der hier vertretenen Ansicht hat der Arbeitgeber die Kosten des Tests zu übernehmen, wenn er diesen angeordnet hat.⁸⁰

2.5. Antikörpertest

[47] Wie bereits ausgeführt, hat der Arbeitnehmer gemäss Art. 321d OR Weisungen des Arbeitgebers grundsätzlich zu befolgen, es sei denn, die Weisung liegt ausserhalb des zulässigen Rahmens.⁸¹ Eine Weisung an alle Mitarbeiter zur Durchführung eines Antikörpertests stellt einen Eingriff in deren Persönlichkeit dar, welcher nur dann zulässig sein kann, wenn es für diesen Eingriff einen Rechtfertigungsgrund gibt.⁸² In Betracht kommen vorliegend die Bestimmungen zum Gesundheitsschutz (Art. 328 OR, Art. 6 ArG) oder das betriebliche Interesse an dieser Information, welches u.U. gegenüber jenem der Arbeitnehmer an ihrem Persönlichkeitsschutz überwiegt. Mit Blick auf das Datenschutzrecht (insbes. Art. 328b OR) muss das Interesse des Arbeitgebers an dieser Information zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses notwendig sein, da ansonsten die Datenbearbeitung unzulässig ist.

[48] In Bezug auf den Gesundheitsschutz gilt es vorliegend als erstes die Frage zu klären, ob von einer Verpflichtung des Arbeitgebers ausgegangen werden kann, seine Arbeitnehmer auf etwaig vorhandene Antikörper zu testen. Es ist richtig, dass die aus medizinischen Untersuchungen fließenden Erkenntnisse und entsprechende arbeitsplatzbezogene Massnahmen geeignet sein können, die Verbreitung des SARS-CoV-2 einzudämmen und damit die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen. Allerdings ist noch nicht abschliessend geklärt, wie die Information, dass eine bestimmte Person bereits über die notwendigen Antikörper verfügt, zur Bekämpfung der Pandemie beitragen kann.⁸³ Folglich kann aus den Bestimmungen zum Gesundheitsschutz keine generelle Verpflichtung des Arbeitgebers hergeleitet werden, welche eine derartige Weisung an sämtliche Mitarbeiter zu rechtfertigen vermag. Demzufolge kann nur dann von der Zulässigkeit der besagten Weisung ausgegangen werden, wenn das Interesse des Arbeitgebers am Ergebnis der medizinischen Untersuchung die Interessen des Arbeitnehmers an der Wahrung seiner Persönlichkeitsrechte überwiegt. Darüber hinaus muss die Erkenntnis aus der Untersuchung bzw. das Testresultat für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sein (Art. 328b OR).

⁷⁸ Vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html#82388166>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁷⁹ Vgl. <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html#82388166>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁸⁰ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Ziff. 1.2.

⁸¹ Vgl. Ausführungen oben in Ziff. 1.1.2.

⁸² So auch ISABEL LINDA GEISSBERGER, Die Zulässigkeit einer Grippeimpfpflicht mittels Weisung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, in: Pfleregerecht 2017, S. 237, 239.

⁸³ Vgl. SIMON TANNER, Interview mit Daniel Koch, in: NZZ vom 8. Mai 2020.

[49] Der Arbeitgeber möchte den Arbeitserfolg und die damit einhergehende Geschäftskontinuität sicherstellen. Dabei muss unterschieden werden, ob die Arbeitnehmer ihrer Arbeitstätigkeit zu Hause nachgehen und damit den Arbeitserfolg sicherstellen können oder ob sie aufgrund ihrer Funktion die Arbeit zwingend auf dem Firmenareal bzw. an ihrem gewöhnlichen Arbeitsplatz verrichten müssen. Für sämtliche Arbeitnehmer, die im Home Office arbeiten können, ist der Arbeitserfolg gesichert. Somit kommen für eine Weisung zur Durchführung von Antikörpertests nur diejenigen Funktionen in Frage, welche für die Sicherstellung der Geschäftskontinuität zwingend an ihrem gewöhnlichen Arbeitsplatz arbeiten müssen. Zu wissen, welche Mitarbeiter die Antikörper gegen das SARS-CoV-2 bereits entwickelt haben, würde es eventuell ermöglichen, diese gezielt einzusetzen und die übrigen geschäftskritischen Mitarbeiter ohne die besagten Antikörper vor Ort mit weiteren Massnahmen zu schützen.

[50] Einer Studie zufolge könne derzeit⁸⁴ davon ausgegangen werden, dass sich die Anzahl der Personen, welche bereits Antikörper gegen das Virus entwickelt haben, im unteren einstelligen Prozentbereich bewege.⁸⁵ Antikörpertests könnten u.U. in Spitälern oder Altersheimen als Massnahme zum Schutz von anderen Mitarbeitern und besonders gefährdeten Personen geeignet und verhältnismässig sein. Bei Unternehmen, in denen es hingegen nicht zu engem Körperkontakt mit besonders gefährdeten Personen kommt, sind derartige Massnahmen weder notwendig und geeignet, um die Gesundheit von Mitarbeitern und Dritten zu schützen, noch erforderlich, um die Geschäftskontinuität zu gewährleisten.

[51] Entsprechend kann festgehalten werden, dass die Anordnung zur Durchführung von Antikörpertests nicht flächendeckend in allen Betrieben geboten sein kann. Eine generelle Weisung an alle Mitarbeiter, sich einem Antikörpertest zu unterziehen, ist dementsprechend nach der hier vertretenen Ansicht nicht zulässig.

[52] Fraglich bleibt, ob man für diejenigen Arbeitnehmer, welche direkten Körperkontakt zu Personen der Risikogruppe bzw. besonders gefährdeten anderen Arbeitnehmer haben, zu einem anderen Ergebnis kommen muss. Wie erwähnt werden die Untersuchung des HIV-Status oder gewisse Impfpflichten für bestimmte Berufsgruppen als zulässig erachtet.⁸⁶

[53] In Anbetracht der aktuellen COVID-19-Pandemie könnte das Resultat des Antikörpertests für medizinisches Personal oder Angestellte eines Alters- und Pflegeheimes im Hinblick auf die Organisation der Schutzmassnahmen hilfreich und vereinfachend sein. Auch wenn die Infektionsgefahr, mit welcher sich derartige Mitarbeiter sowie deren Patienten bzw. Pflegebedürftige konfrontiert sehen, mit den üblichen Schutzmassnahmen (Tragen von Schutzmasken und weiterer Schutzbekleidung) bis zu einem bestimmten Grad abgewendet werden kann, bleibt ein gewisses Restinfektionsrisiko, welches die Anordnung des Antikörpertests für die genannten Berufsgruppen rechtfertigt. Aufgrund der durch die Pandemie hervorgerufenen ausserordentlichen Lage kann die Zulässigkeit auch dann bejaht werden, wenn keine explizite Regelung im Arbeitsvertrag enthalten ist.

[54] Die Anknüpfung arbeitsplatzbezogener Massnahmen an das Testresultat wäre als Konsequenz durchaus zulässig. Zu denken wäre bspw. an die Pflicht zum Tragen von besonderer Schutzbekleidung. Hinsichtlich Konsequenzen aufgrund der Nichtbefolgung der Weisung durch Mitar-

⁸⁴ Stand Mai 2020.

⁸⁵ Vgl. <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.04.14.20062463v1>, zuletzt besucht am 15. Mai 2020.

⁸⁶ Vgl. hierzu Ausführungen oben unter Ziff. 1.2.1 m.w.H.; vgl. auch ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 328b OR N 10.

beiter ist Vorsicht geboten. Die Weigerung eines Mitarbeiters, einer zulässig angeordneten Impfpflicht Folge zu leisten, begründet wie erwähnt u.U. eine verschuldete Arbeitsunfähigkeit des sich weigernden Arbeitnehmers.⁸⁷ Allerdings kann in Bezug auf Antikörpertests keine analoge Konsequenz hergeleitet werden. Die Wissenschaft sieht deren Zweck insbes. für Rückschlüsse auf eine allfällige «Herdenimmunität», mithin in Bezug auf ganze Bevölkerungsgruppen als gegeben, nicht jedoch in Bezug auf einzelne Arbeitnehmer. Somit geht es nicht an, dass die Weigerung eines Arbeitnehmers zur Befolgung der einseitig angeordneten Weisung des Arbeitgebers zur Durchführung eines Antikörpertests letztlich weitergehende Konsequenzen hat als bspw. entsprechende individuelle arbeitsplatzbezogene Schutzmassnahmen.

3. Fazit

[55] Aus den obenstehenden Ausführungen geht hervor, dass sich Arbeitgeber in Bezug auf die Zulässigkeit bestimmter medizinischer Untersuchungen oder ausgewählter Massnahmen während der COVID-19-Pandemie nicht selten in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Gesundheitsschutz, der Geschäftskontinuität und der Persönlichkeitsrechte ihrer Arbeitnehmer befinden. Sämtliche Massnahmen des Arbeitgebers müssen im Einklang mit den arbeits- und datenschutzrechtlichen Bestimmungen stehen und es muss ein überwiegendes betriebliches oder öffentliches Interesse vorliegen. Wie dargelegt, dürfte die Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung bei objektiv begründeten Zweifeln an einem Arztzeugnis betreffend Zugehörigkeit zur Risikogruppe i.d.R. wohl verhältnismässig und somit zulässig sein. Die Ermittlung der Körpertemperatur der Arbeitnehmer sollte in anonymisierter und zweckgebundener Form, nach Möglichkeit gar durch den Arbeitnehmer selbst erfolgen. Werden die datenschutzrechtlichen Vorschriften eingehalten, ist diese Massnahme des Arbeitgebers weitgehend unbedenklich. Zulässig ist weiter auch die begründete Anordnung einer Selbstisolation bzw. Selbstquarantäne an einen Angestellten, insbesondere unter dem Blickwinkel der Empfehlungen des BAG. Weit restriktiver sollten Arbeitgeber die Anordnung von PCR-Tests auf SARS-CoV-2 handhaben. Dies kann bei konkreten Symptomen gerechtfertigt sein, eine systematische Durchführung des PCR-Tests an sämtlichen Arbeitnehmern wird jedoch nicht empfohlen. Die Anordnung einer Impfpflicht kann auch ohne entsprechende arbeitsvertragliche Abrede zulässig sein, sofern sich diese auf ausgewählte Berufsgruppen beschränkt. Besondere Zurückhaltung ist in Bezug auf Antikörpertests geboten. Diese sollten nach dem aktuellen Wissensstand selbst für medizinisches Personal oder Angestellte in Alters- und Pflegeheimen nur restriktiv eingesetzt werden.

CLAUDIA ERBSMEHL, MLaw, und SALOME NERTZ, MLaw

Die Autorinnen befinden sich in der Vorbereitung auf das Advokatureexamen und haben den vorliegenden Beitrag im Rahmen eines Volontariats bei der F. Hoffmann-La Roche AG verfasst.

Besonders danken möchten die Autorinnen an dieser Stelle Herrn Lucas Krüttli, Rechtsanwalt bei der F. Hoffmann-La Roche AG, für seine grossartige Unterstützung beim Verfassen dieses Beitrags.

⁸⁷ Vgl. hierzu Ausführungen unter Ziff. 2.3.