AIHK

Aargauische Industrie- und Handelskammer

Entfelderstrasse 11, Postfach
CH-5001 Aarau

BRIEF

Nr. 52.09

16. September 2009
JK

Pandemie: Arbeitsrechtliche Aspekte einer Grippewelle, Teil 1 (von 2)

Das Bundesamt für Gesundheit rechnet für diesen Herbst mit bis zu 2 Millionen Grippekranken. Arbeitgeberinnen sollten dabei aber nicht in Panik verfallen und sich stattdessen gut auf den möglichen Ausbruch der Pandemie vorbereiten.

Aus aktuellem Anlass führte die AIHK zu diesem Thema Ende August eine auf grosses Interesse stossende Informationsveranstaltung durch (Ausschreibung per Newsletter und auf www.aihk.ch). Dr. med. Maria Inés Carvajal, stellvertretende Kantonsärztin, informierte über das Grippevirus A/H1N1 (Schweinegrippe) und wie man sich davor schützen kann. In einem zweiten Teil erklärte Valentin Lagger, Leiter der Arbeitsgruppe Pandemie des SECO, was die Firmen bei der Erstellung eines Pandemieplans beachten müssen und wo sie sich über Aktuelles betreffend der Pandemie informieren können. Die Referate finden Sie unter *www.aihk.ch/recht/themen/pandemie*. Ausserdem wurden an der Veranstaltung arbeitsrechtliche Aspekte einer Pandemie behandelt. Gewisse Gesichtspunkte davon sollen hier nochmals aufgeführt werden.

1. Rechte und Pflichten

1.1 Fürsorgepflicht

Die Arbeitgeberin ist zum Schutz ihrer Arbeitnehmenden vor der Gefährdung ihrer Gesundheit durch Viren gesetzlich verpflichtet, alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik (u.a. Fachwissen, das dem durchschnittlichen Fachmann bekannt ist, und Richtlinien der SUVA) anwendbar und den gegebenen Verhältnissen angemessen – technische und wirtschaftliche Möglichkeiten – sind (Art. 8 Abs. 1 Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor gefährlichen Mikroorganismen). Diese Bestimmung und Pflicht wird im Arbeitsgesetz (Art. 6 ArG) und im Obligationenrecht (Art. 328 OR) in ähnlichem Wortlaut wiederholt. So wird in Art. 328 Abs. 2 OR festgehalten, dass die Arbeitgeberin zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers jede Massnahme zu treffen hat, die ihr billigerweise zugemutet werden darf. Die Zumutbarkeit betreffend Vornahme von Schutzmassnahmen wird vom Bundesgericht nach einem strengen Massstab beurteilt: Hat die Arbeitgeberin die Möglichkeit, mit kleinem Aufwand die Sicherheit zu erhöhen, so muss sie die entsprechende Massnahme auch vornehmen.

So hat die Arbeitgeberin gegebenenfalls ihren Mitarbeitenden Hygienemasken abzugeben, um zu verhindern, dass sie sich am Arbeitsplatz anstecken. Notwendig dürfte diese Massnahme allerdings bloss sein, wenn ein Arbeitnehmer Kontakt mit Dritten (z.B. Kunden) hat. Im Pandemiefall sind die betreffenden Arbeitnehmenden verpflichtet, die Hygienemasken zu tragen (Art. 10 Abs. 1 ArGV3). Die Kosten der Hygienemasken hat – als Ausfluss ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) – die Arbeitgeberin zu tragen (sofern nichts anderes vereinbart worden ist).

./.

Telefon +41 (0)62 837 18 18 • Fax +41 (0)62 837 18 19 • E-Mail info@aihk.ch • www.aihk.ch • www.ahv-aihk.ch • Postkonto 50-208-2

Weiter gehört es zu den Pflichten einer Arbeitgeberin, in ihrem Betrieb die Zuständigkeit für die Gesundheitsvorsorge zu regeln. Wenn nötig muss die Arbeitgeberin geeigneten Arbeitnehmenden besondere Aufgaben der Gesundheitsvorsorge übertragen (Art. 7 Abs. 1 ArGV 3). Diese müssen die Möglichkeit erhalten, sich in zweckmässiger Weise aus- und weiterzubilden. Die für die Aus- und Weiterbildung benötigte Zeit gilt in der Regel als Arbeitszeit (Art. 7 Abs. 2 ArGV 3). Die Arbeitgeberin hat ihnen zudem klare Weisungen und Kompetenzen zu erteilen. Ausserdem muss sie allen Arbeitnehmenden vorschreiben, wie sie sich zu verhalten haben, um eine Ansteckungsgefahr zu vermeiden oder zu minimieren.

Um den Betrieb aufrecht zu halten, bestehen im Falle einer Pandemie zwischen der Arbeitgeberin und den Arbeitnehmenden erhöhte gegenseitige Informations-, Treue- und Fürsorgepflichten. So muss der Arbeitnehmer die Arbeitgeberin sofort über Krankheitsausbrüche bzw. -symptome oder über das Fernbleiben vom Arbeitsplatz informieren.

1.2 Informations- und Kontrollpflicht

Die Arbeitgeberin trifft wiederum eine Informationspflicht (Art. 5 Abs. 1 ArGV 3). So hat sie dafür zu sorgen, dass alle ihre Mitarbeitenden ausreichend und angemessen über die bei ihren Tätigkeiten auftretenden Gefahren sowie über die Massnahmen der Gesundheitsvorsorge zu deren Verhütung informiert werden. Diese Anleitung hat nicht nur im Zeitpunkt des Stellenantritts zu erfolgen, sondern muss bei jeder Änderung der Arbeitsbedingungen erneut erfolgen und allenfalls angepasst werden.

Ausserdem muss die Arbeitgeberin dafür sorgen, dass ihre Mitarbeitenden die Massnahmen der Gesundheitsvorsorge einhalten (Art. 5 Abs. 2 ArGV 3).

1.3 Weisungsrecht

Gemäss Art. 321d Abs. 1 OR hat die Arbeitgeberin gegenüber den Arbeitnehmenden ein Weisungsrecht. Um zu verhindern, dass sich ihre Arbeitnehmenden gegenseitig anstecken, kann sie unter anderem anordnen, dass ein Arbeitnehmer anstatt in einem Grossraumbüro in einem Einzelbüro arbeiten muss. Seine Schranken findet das Weisungsrecht allerdings dort, wo Abmachungen zwischen der Arbeitgeberin und dem Arbeitnehmer durch den Einzelarbeitsvertrag oder durch den Inhalt eines anwendbaren Gesamt- oder Normalarbeitsvertrages bestehen. So kann der vertraglich festgeschriebene Arbeitsort nicht einfach durch eine Weisung verlegt werden. Diese Bestimmung gilt aber nicht absolut. Im Fall einer Pandemie kann die Arbeitgeberin aufgrund der Ausnahmesituation nämlich trotzdem anordnen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeit vorübergehend zu Hause erbringen muss.

1.4 Unterstützungs- und Mitwirkungspflicht

Die Arbeitnehmenden müssen die Arbeitgeberin in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz unterstützen (Art. 6 Abs. 3 ArG). Ausserdem müssen sie die Weisungen der Arbeitgeberin in Bezug auf die Gesundheitsvorsorge befolgen, sich an die geänderten Regelungen der Arbeitsorganisation halten und die allgemein anerkannten Regeln (z.B. Hygienevorschriften) berücksichtigen. Sie haben insbesondere die Pflicht, ihnen abgegebenes Schutzmaterial (Schutzmasken, Desinfektionsmittel etc.) zu benützen und dürfen deren Wirksamkeit nicht beeinträchtigen (Art. 10 Abs. 1 ArGV 3). Die Kosten für das Schutzmaterial trägt die Arbeitgeberin.

1.5 Leistungsverweigerungsrecht

Wenn die Arbeitgeberin die erforderlichen (Schutz-)Massnahmen (z.B. Hygienemassnahmen) unterlässt, dann steht dem betroffenen Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht zu. Während der Dauer der Leistungsverweigerung hat der Arbeitnehmer nach Art. 324 Abs. 1 OR den Lohn zugute.

Wenn sich ein Arbeitnehmer auf Grund der fortschreitenden Ausbreitung der Grippe bei der Arbeit einer begründeten unmittelbaren Gefahr einer Ansteckung aussetzen würde, dann ist ihm die Arbeitsleistung unzumutbar. In einem solchen Fall kann der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung ebenfalls verweigern. Das heisst zum Beispiel, dass ein Arbeitnehmer eine Dienstreise in ein Gebiet nicht antreten muss, von dessen Besuch die Behörden abraten. Solange die Behörden bloss empfehlen, Reisen in ein bestimmtes Gebiet einzuschränken, wird der Arbeitnehmer in der Regel jedoch verpflichtet bleiben, die Dienstreise anzutreten.

Nach Ansicht des SECO entfällt die Arbeitspflicht eines Arbeitnehmers ausserdem auch dann, wenn eine «offizielle behördliche Anweisung», zu Hause zu bleiben, erfolgt ist.

Um seine Arbeitnehmer dazu anzuhalten, die Arbeitsleistung nicht zu verweigern, kann der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern eine Risikoprämie versprechen.

Wenn ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung ungerechtfertigt verweigert, weil er zum Beispiel befürchtet, sich mit dem Grippevirus anzustecken, und ist diese Angst unbegründet, dann hat der Arbeitnehmer für die betreffende Zeit – nach dem Grundsatz «kein Lohn ohne Arbeit» – keinen Lohn zugute. Bei anhaltender Arbeitsverweigerung droht dem Arbeitnehmer unter Umständen die fristlose Kündigung.

2. Umstrittene Pflichten der Arbeitnehmenden

2.1 Gesundheitsuntersuchung

Ein Arbeitnehmer ist verpflichtet, die Fragen der Arbeitgeberin danach, ob sich bei ihm irgendwelche Grippesymptome zeigen, jederzeit wahrheitsgetreu zu beantworten. Ob sich der Arbeitnehmer nach der Rückkehr aus einem Gebiet, in dem ein erhöhtes Ansteckungsrisiko besteht, einer ärztlichen Gesundheitsuntersuchung unterziehen lassen muss, auch wenn sich beim Arbeitnehmer keine Grippesymptome zeigen, ist fraglich. Die Kosten der Untersuchung trägt auf jeden Fall die Arbeitgeberin.

2.2 Zwangsimpfung

Grundsätzlich ist ein Arbeitnehmer nicht dazu verpflichtet, sich auf Verlangen der Arbeitgeberin impfen zu lassen. Es gibt in der Schweiz auch keinen Impfzwang. In Lehre und Praxis ist es allerdings umstritten, ob im Hinblick auf einen Pandemiefall ein Arbeitnehmer ausnahmsweise nicht doch dazu verpflichtet ist, sich gegen Grippe impfen zu lassen. Das SECO geht aber auch in einem solchen Fall davon aus, dass eine entsprechende Anordnung der Arbeitgeberin (Zwangsimpfung) nicht durchsetzbar wäre. Schliesslich hat die Arbeitgeberin die Arbeitnehmenden vor Eingriffen in deren persönliche Integrität zu schützen. Aber auch dieser Schutz ist nicht absolut. Im Einzelfall müsste eine Güterabwägung zwischen dem Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers und den berechtigten Interessen der Arbeitgeberin vorgenommen werden. Da im Hinblick auf eine Zwangsimpfung die Rechtslage unsicher bleibt, könnte für Arbeitgeberinnen eine Möglichkeit darin bestehen, die Kosten für die Impfung zu übernehmen.

Immerhin kann der Kantonsarzt gegenüber der Allgemeinheit eine obligatorische Schutzimpfung anordnen.

3. Quarantäne

Hielten sich Arbeitnehmende zum Beispiel während ihrer Ferien in einem Gebiet mit erhöhtem Ansteckungsrisiko für eine ansteckende Krankheit auf, stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin die Arbeitnehmenden zu Hause lassen und ihnen während dieser Zeit den Lohn verweigern darf. Aus unserer Sicht wäre dies unzulässig. Um zu verhindern, dass der Arbeitnehmer andere Mitarbeiter im Betrieb ansteckt, kann die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer zwar anweisen, nach seiner Rückkehr vorsorglich z.B. für eine Woche zu Hause zu bleiben. Da es sich dabei arbeitsrechtlich aber um eine Freistellung handelt, hat die Arbeitgeberin den Lohn nach Art. 324 Abs. 1 OR dennoch zu zahlen. Solange der Arbeitnehmer nämlich gesund ist, wäre er grundsätzlich weiterhin arbeitsfähig. Verzichtet die Arbeitgeberin auf die Arbeitsleistung, kommt sie in Annahmeverzug und schuldet somit den Lohn. Im Einzelfall kann sich allerdings ergeben, dass sich der Arbeitnehmer, der die Lohnfortzahlung verlangt, einen Rechtsmissbrauch im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB entgegenhalten lassen muss. Ein solcher Missbrauch dürfte in der Regel vorliegen, wenn der Arbeitnehmer eine Ferienreise in ein Gebiet unternommen hat, von dessen Besuch die Behörden abgeraten hatten.

Zeigen sich allerdings bei einem Arbeitnehmer erste Grippesymptome, dann muss die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer aufgrund ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) gegenüber den anderen (ansteckungsgefährdeten) Mitarbeitenden von der Arbeit freistellen. Solange der Arbeitnehmer noch arbeitsfähig und arbeitswillig ist, hat der Arbeitnehmer nach Art. 324 Abs. 1 OR den Lohn weiterhin zugute. Sobald er nicht mehr arbeitsfähig ist, hat er Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR.

4. Weitere Informationen

Unter *www.aihk.ch/publikationen/aihknews-abonnement* können Sie unseren Newsletter abonnieren.

Für allfällig weitere Fragen steht Ihnen unser Rechtsdienst gerne zur Verfügung. Kontaktieren Sie Jan Krejci (Telefon 062 837 18 02 oder per E-Mail *jan.krejci@aihk.ch*) oder Philip Schneiter (Telefon 062 837 18 04 oder per E-Mail *philip.schneiter@aihk.ch*). Aktuelle Neuigkeiten zu diesem Thema werden wir ausserdem auf unserer Website *www.aihk.ch* veröffentlichen.