

Der betriebliche Gesundheitsschutz in Pandemiezeiten

Dr. Alfred Blesi, Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Olivia Biehal, Rechtsanwältin, LL.M.

Die Covid-19-Pandemie und die damit verbundenen Massnahmen und Einschränkungen bestimmen seit knapp zwei Jahren das öffentliche und gesellschaftliche Leben in der Schweiz. Auch am Arbeitsplatz sind Massnahmen zum Schutz von Arbeitnehmern und Dritten vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus unabdingbar. In diesem Aufsatz soll die Pflicht der Arbeitgeberin zur Gewährleistung des betrieblichen Gesundheitsschutzes in Pandemiezeiten erläutert werden. Wichtig dabei ist die Interessenabwägung im Einzelfall, in dem die Arbeitgeberin das Dilemma zwischen der Ergreifung der geeigneten Gesundheitsschutzmassnahmen und der Achtung der Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers lösen muss.

La pandémie du Covid-19, ainsi que les mesures et restrictions qui l'accompagnent, marquent depuis presque deux ans la vie publique et les relations sociales en Suisse. Dans l'entreprise aussi, des mesures de protection contre le virus sont indispensables en vue de la protection des travailleurs et des tiers. La présente étude examine les obligations de l'employeur en matière de protection de la santé en période de pandémie. A cet égard, dans chaque cas particulier joue un rôle particulièrement important la pesée des intérêts respectifs, car l'employeur doit chaque fois résoudre le dilemme entre les mesures propres à protéger la santé, d'une part, et la protection de la personnalité de l'employé, d'autre part.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Gesetzliche Rahmenbedingungen
 - 1. Fürsorgepflicht nach Art. 328
 - 2. Gesundheitsschutz nach Arbeitsgesetz und Unfallversicherungsgesetz
 - 3. Covid-19-spezifische Rahmenbedingungen
 - a) Epidemiengesetz
 - b) Covid-19-Gesetz
 - c) Covid-19-Verordnungen
 - d) Subsidiäre kantonale Massnahmen
- III. Bestandteile des betrieblichen Gesundheitsschutzes in Pandemiezeiten
 - 1. Hygiene und Verhaltensvorgaben
 - 2. Gesichtsmasken
 - 3. STOP-Massnahmen
 - 4. Einsatz des Covid-Zertifikates
- IV. Güterabwägung zwischen Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz
 - 1. Persönlichkeitsschutz und Interessenabwägung
 - 2. Weisungsrecht und Befolgungspflicht
 - 3. Legitimation durch Arbeitnehmermitsprache
 - 4. Behördlich angeordnete Massnahmen

- 5. Von der Arbeitgeberin angeordnete Gesundheitsschutzmassnahmen
 - a) Allgemein
 - b) Verhaltens- und Ordnungsanweisungen
 - c) Maskentragpflicht
 - d) Homeoffice
 - e) Impfung
- 6. Datenschutzrechtliche Aspekte
- V. Anreize zur Durchsetzung von Gesundheitsschutzmassnahmen
- VI. Sanktionen bei Nichtbeachtung der Gesundheitsschutzmassnahmen

I. Einleitung

Der weltweite Ausbruch der Infektionskrankheit Covid-19 zu Beginn des Jahres 2020 hatte in vielen Ländern dramatische Folgen für Wirtschaft und Gesellschaft. In der Covid-19-Pandemie haben sich bisher (Stand Anfang 2022) gegen 300 Mio. Personen mit dem Coronavirus infiziert. Rund 5,5 Mio. der infizierten Personen erlagen der Krankheit. In der Schweiz haben sich bisher rund 1,5 Mio. Personen

mit dem Coronavirus angesteckt und gegen 12 000 Personen sind an der Krankheit gestorben¹.

Zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie ergriffen die Staaten drastische Massnahmen, die das öffentliche Leben massiv einschränkten. Auch in der Schweiz gab es bisher zwei Lockdowns. Und noch immer sind besondere behördliche Anordnungen zur Eindämmung der Pandemie in Kraft.

Das Coronavirus wird insbesondere durch Tröpfchen und Aerosole übertragen. Es besteht daher in Innenräumen und bei langandauernden Kontaktsituationen zwischen Menschen ein erhöhtes Übertragungsrisiko. Da sehr viele Arbeitsplätze diese typische Risikokonstellation aufweisen, sind die Arbeitgeberinnen verpflichtet, mit geeigneten Schutzmassnahmen die Übertragung des Virus auf ihre Arbeitnehmer zu verhindern oder zumindest einzudämmen.

Nachfolgend soll die Pflicht der Arbeitgeberin zur Gewährleistung des betrieblichen Gesundheitsschutzes in Pandemiezeiten näher erläutert werden.

II. Gesetzliche Rahmenbedingungen

1. Fürsorgepflicht nach Art. 328

Nach Art. 328 Abs. 2 OR hat die Arbeitgeberin zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebs angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihr billigerweise zugemutet werden kann. Im Rahmen des Gesundheitsschutzes muss die Arbeitgeberin die Schaffung von Gefahrenquellen vermeiden und dabei insbesondere besorgt sein, dass der Arbeitnehmer vor einer Ansteckung durch andere, erkrankte Arbeitnehmer oder durch Dritte geschützt wird².

Die Arbeitgeberin ist auch verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen (Art. 328 Abs. 1 OR). Art. 328 OR konkretisiert dabei den allgemeinen Persönlichkeitsschutz nach Art. 28 ZGB für das Arbeitsverhältnis. Diese Schutzpflicht begründet sowohl eine Unterlassungs- als auch eine Handlungspflicht. Einerseits verbietet sie der Arbeitgeberin Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers, sofern sie nicht durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt sind³. Andererseits verpflichtet sie die Arbeitgeberin, den Arbeitnehmer vor Übergriffen Dritter (Vorgesetzte, Arbeitnehmer, Kunden und Lieferanten) zu schützen⁴. Im vorliegenden Kontext sind die Persönlichkeitsgüter körperliche und geistige Integrität von besonderem Interesse.

2. Gesundheitsschutz nach Arbeitsgesetz und Unfallversicherungsgesetz

Zusammen mit dem UVG bildet das ArG die wichtigste Grundlage für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz⁵. Während sich Art. 82 UVG und die Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) ausschliesslich mit der Arbeitssicherheit befassen, widmen sich Art. 6 ArG und die Verordnung 3 zum ArG (Gesundheitsschutz; ArGV 3) allgemein dem Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz.

Nach Art. 6 Abs. 1 ArG und Art. 82 Abs. 1 UVG ist die Arbeitgeberin verpflichtet, zum Schutze der Gesundheit der Arbeitnehmer sowie zur Verhütung von Berufsunfällen und -krankheiten alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Sie hat im Weiteren die erforderlichen Massnahmen zum Schutze der persönlichen Integrität der Arbeitnehmer vorzusehen. Art. 6 ArG auferlegt der Arbeitgeberin öffentlich-rechtliche Verpflichtungen gegenüber den Vollzugsbehörden (Art. 41 f. ArG). Die Arbeitnehmer haben gestützt auf Art. 342 Abs. 2 OR indessen einen zivil-

¹ Gemäss WHO Coronavirus (Covid-19) Dashboard: <https://covid19.who.int>.

² ZK-Staehelin, Der Arbeitsvertrag, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2006, Art. 328 N 4 und 16.

³ BSK OR I-Portmann/Rudolph, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 328 N 4.

⁴ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 328 N 3.

⁵ SECO, Wegleitung zum Arbeitsgesetz, Artikel 6, Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, November 2006.

rechtlichen Anspruch darauf, dass die Arbeitgeberin ihre Pflichten aus Art. 6 ArG erfüllt⁶.

Die nach Art. 6 ArG der Arbeitgeberin auferlegten Gesundheitsschutzpflichten werden in den Art. 2, 3 und 11 ff. ArGV 3 sowie in den Art. 3 bis 5 VUV konkretisiert. Weitere Konkretisierungen sind in den Empfehlungen der SUVA und des SECO sowie in den Richtlinien der Eidgenössischen Koordinationskommission für Arbeitssicherheit (EKAS) zu finden.

Nach Art. 2 Abs. 1 lit. b ArGV 3 muss die Arbeitgeberin insbesondere dafür sorgen, dass die Gesundheit der Arbeitnehmer nicht durch physikalische, chemische und biologische Einflüsse beeinträchtigt wird. Damit wird die Arbeitgeberin verpflichtet, für hygienische Arbeitsbedingungen zu sorgen. In der Covid-19-Pandemie hat insbesondere die Verpflichtung zum Schutz der Arbeitnehmer vor biologischen Einflüssen Bedeutung erlangt, da die Ansteckung mit dem Coronavirus von Mensch zu Mensch mittels Aerosolen geschieht. Besondere Gesundheitsschutzmassnahmen sind in einem solchen Fall erforderlich, auch wenn (noch) keine rechtsrelevanten Grenzwerte existieren⁷. Wichtige Vorgaben für Gesundheitsschutzmassnahmen während der Covid-19-Pandemie ergeben sich ebenfalls aus Art. 18 ArGV 3 (Pflicht zum wirksamen Absaugen verunreinigter Luft) und Art. 17 ArGV 3 (Pflicht zur Sicherstellung einer ausreichenden Lüftung).

Im Kontext der Covid-19-Pandemie ist ferner Art. 27 ArGV 3 zu beachten, der die Arbeitgeberin zur Verfügungstellung einer zumutbaren und wirksamen persönlichen Schutzausrüstung verpflichtet, wenn Gesundheitsbeeinträchtigungen durch technische oder organisatorische Massnahmen nicht oder nicht vollständig ausgeschlossen werden können. Auch eine Gesichtsmaske gilt als Schutzausrüstung im Sinne von Art. 27 ArGV 3⁸.

Gesundheitsschutzmassnahmen, die eine Behörde von der Arbeitgeberin verlangt, müssen im Hinblick auf ihre baulichen und organisatorischen Auswirkungen verhältnismässig sein (Art. 2 Abs. 2 ArGV 3).

⁶ Harry Nötzli, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), *Kurzkommentar Arbeitsgesetz*, Basel 2018, Art. 6 N 24.

⁷ SECO, *Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz*, Artikel 2, Grundsatz, Dezember 2015, 302-3.

⁸ SECO, *Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz*, Artikel 27, *Persönliche Schutzausrüstung*, August 2021, 327-1.

Die Praxis muss also gezeigt haben, dass für entsprechende Massnahmen tatsächlich ein Bedürfnis besteht, sie müssen dem aktuellen Stand der Technik entsprechen und angesichts der Eigenheiten des Betriebs als verhältnismässig erscheinen⁹. So muss beispielsweise die Frage der ausreichenden Belüftung mit Augenmass beurteilt werden. Da grundsätzlich in jedem Innenraum die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus besteht, wäre es aus praktischen Gründen gar nicht möglich, das Einbauen von Lüftungsanlagen generell vorzuschreiben. Jede Arbeitgeberin hat aber im Rahmen des technisch Möglichen dafür zu sorgen, dass eine genügende Raumdurchlüftung sichergestellt ist oder, wo dies nicht möglich ist, andere geeignete Massnahmen zu treffen¹⁰.

Der Arbeitgeberin obliegt es ferner, die Arbeitnehmer ausreichend und angemessenen über die möglichen physischen und psychischen Gefährdungen sowie über die Massnahmen des Gesundheitsschutzes und der Arbeitssicherheit zu informieren (Art. 5 ArGV 3, Art. 6 VUV). Die Arbeitnehmer sind ihrerseits verpflichtet, die Arbeitgeberin in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen (Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 82 Abs. 2 und 3 UVG) und die Weisungen der Arbeitgeberin in Bezug auf den Gesundheitsschutz zu befolgen (Art. 10 ArGV 3, Art. 11 VUV). Ebenfalls müssen Arbeitnehmer Mängel, welche den Gesundheitsschutz beeinträchtigen, unverzüglich beseitigen oder der Arbeitgeberin melden (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3).

3. Covid-19-spezifische Rahmenbedingungen

Weiter sind verschiedene Erlasse zu beachten, die sich auf Epidemie- bzw. Pandemielagen beziehen und ebenfalls den betrieblichen Gesundheitsschutz betreffen.

a) *Epidemiengesetz*

Das *Epidemiengesetz* (EpG) regelt den Schutz des Menschen vor übertragbaren Krankheiten (Art. 1 EpG). Es unterscheidet dabei je nach Gefährdungssituation zwischen der normalen, der besonderen

⁹ Scheidegger/Pitteloud, in: Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), *Stämpflis Handkommentar*, Bern 2005, Art. 6 N 15.

¹⁰ Siehe dazu Kapitel III. unten.

(Art. 6 EpG) und der ausserordentlichen Lage (Art. 7 EpG). Der Handlungsspielraum sowie die Kompetenzen des Bundesrates und der Kantone variieren dementsprechend je nach Lage. Im epidemiologischen Alltag obliegt es den Kantonen, geeignete Massnahmen zu treffen (Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 33–38 EpG sowie Art. 40 EpG). Bei Vorliegen einer epidemiologischen Notlage, d.h. bei erhöhter Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr, bei besonderer Gefährdung der öffentlichen Gesundheit oder bei schwerwiegenden Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche (Art. 6 Abs. 1 lit. a Ziff. 1–3 EpG) erhält der Bundesrat die Kompetenz, Massnahmen zu ergreifen, die üblicherweise in der Kompetenz der Kantone liegen. Die Kantone sind vor der Anordnung von Massnahmen jedoch anzuhören (Art. 6 Abs. 2 EpG). Im Anwendungsbereich der ausserordentlichen Lage ist es dem Bundesrat erlaubt, ohne vorgängige Konsultation der Kantone Massnahmen anzuordnen¹¹.

b) Covid-19-Gesetz

Der Ausbruch der Covid-19-Pandemie verlangte vom Bundesrat rasches Handeln zum Schutz von Menschen und Unternehmen. Zu Beginn der Pandemie im Frühjahr 2020 musste er sich dafür teilweise auf Notrecht stützen. Im September 2020 verabschiedete das Parlament das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz). Das Gesetz regelt besondere Befugnisse des Bundesrates zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und zur Bewältigung der Auswirkungen der Bekämpfungsmassnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden (Art. 1 Abs. 1 Covid-19-Gesetz).

Als Reaktion auf die Entwicklung der Covid-19-Pandemie wurde das Covid-19-Gesetz mehrmals angepasst. Es überstand sowohl eine erste Referendumsabstimmung am 13. Juni 2021 als auch eine zweite am 28. November 2021, welche sich auf die Änderungen des Gesetzes bezog, die das Parlament im März 2021 beschlossen hatte. Das Parlament schuf damit u.a. eine gesetzliche Grundlage für das Covid-Zertifikat für genesene, geimpfte und negativ getestete

¹¹ Vgl. zum Ganzen *Bergamin/Mazidi*, Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen bei der Bekämpfung von Epidemien: Erste Einschätzung unter besonderer Berücksichtigung der COVID-19-Verordnungen, in: Sonderausgabe Newsletter IFF 2/2020, Rz. 14 ff.

Personen sowie für die Ermächtigung des Bundesrates, Massnahmen in Bereich des Arbeitnehmerschutzes anzuordnen (Art. 4 Covid-19-Gesetz).

c) Covid-19-Verordnungen

Gestützt auf das EpG und das Covid-19-Gesetz erliess der Bundesrat zwei Verordnungen¹², welche Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen zur Bekämpfung des Coronavirus anordnen. Sie bezwecken sowohl die Aufrechterhaltung einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und wichtigen medizinischen Gütern (Art. 1 Abs. 2 Covid-19-Verordnung 3), als auch die Verbreitung des Virus zu verhindern und Übertragungsketten zu unterbrechen (Art. 1 Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage). Beide Verordnungen sehen sodann Massnahmen vor, welche das Arbeitsverhältnis direkt betreffen.

Die Covid-19-Verordnung 3, welche sich unter anderem auf Art. 4 Abs. 1 Covid-19-Gesetz stützt, verpflichtet die Arbeitgeberin in Art. 27a, geeignete organisatorische und technische Massnahmen zum Schutz von besonders gefährdeten Arbeitnehmern zu ergreifen. Art. 25 Covid-19-Verordnung besondere Lage wiederum verpflichtet die Arbeitgeberin, Massnahmen zum Schutz von sämtlichen Arbeitnehmern vorzusehen und insbesondere dafür besorgt zu sein, dass die behördlichen Abstands- und Hygiene-Empfehlungen eingehalten werden können¹³.

d) Subsidiäre kantonale Massnahmen

Sowohl die Covid-19-Verordnung 3 als auch die Covid-19-Verordnung besondere Lage sehen die subsidiäre Zuständigkeit der Kantone vor (jeweils Art. 2). Dementsprechend können die Kantone, wo der Bundesgesetzgeber bzw. der Bundesrat nicht ausschliesslich und umfassend legifert haben, zusätzliche Massnahmen treffen, namentlich dann, wenn die Fallzahlen auf ihrem Gebiet steigen, ein Anstieg der Fallzahlen droht oder weitere Indikatoren auf eine

¹² Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19-Verordnung 3; SR 818.101.24) und Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26).

¹³ Siehe im Einzelnen Kapitel III. unten.

problematische Entwicklung hindeuten (Art. 23 Covid-19-Verordnung besondere Lage) oder auch Erleichterungen vorsehen (Art. 22 Covid-19-Verordnung besondere Lage). Die Massnahmen können sich deshalb von Kanton zu Kanton unterscheiden und auch strenger sein als die landesweit angeordneten Massnahmen¹⁴.

III. Bestandteile des betrieblichen Gesundheitsschutzes in Pandemiezeiten

Gestützt auf die Covid-19-spezifischen Erlasse werden auch für den betrieblichen Gesundheitsschutz relevante Schutzmassnahmen verlangt, die nachfolgend kurz zusammengefasst werden.

1. Hygiene und Verhaltensvorgaben

Nach Art. 25 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage müssen die Arbeitgeberinnen gewährleisten, dass die Arbeitnehmer die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und Abstand einhalten können. Das BAG macht detaillierte Vorgaben, welche Hygiene- und Verhaltensvorschriften am Arbeitsplatz zu befolgen sind, um das Übertragungsrisiko zu minimieren. Sie müssen an allen Orten, wo gearbeitet wird, aber auch in Pausen- und Ruheräumen sowie Umkleidekabinen zwingend eingehalten werden.

2. Gesichtsmasken

Das Tragen von Gesichtsmasken wird als generelle Präventionsmassnahme am Arbeitsplatz in Art. 25 Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage ausdrücklich aufgeführt. Je nach der epidemiologischen Situation war im Verlauf der Covid-19-Pandemie eine Maskenpflicht in öffentlich zugänglichen Innenräumen oder grundsätzlich in allen Innenräumen von

Betrieben, einschliesslich Fahrzeugen, in denen sich mehr als eine Person aufhält, vorgeschrieben.

3. STOP-Massnahmen

Gemäss Art. 25 Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage hat die Arbeitgeberin neben den vom BAG empfohlenen Hygiene- und Verhaltensvorschriften weitere Massnahmen gemäss dem STOP-Prinzip (Substitution, Technische Massnahmen, Organisatorische Massnahmen, Persönliche Schutzausrüstung) zu prüfen. Die persönlichen Schutzmassnahmen sind dabei subsidiär. Technische und organisatorische Massnahmen sollten vorab ergriffen werden¹⁵.

Unter Substitution wird die Möglichkeit verstanden, den Arbeitsplatz ins Homeoffice zu verlegen¹⁶. Technische Massnahmen beinhalten die physische Trennung durch Trennscheiben und generell das Abstandhalten. Zu den weiteren technischen Massnahmen zählen unter anderem regelmässiges Lüften (5 bis 10 Minuten jede Stunde), das Bereitstellen von Desinfektionsmitteln sowie das Reinigen von Arbeitsflächen, Geräten und anderen Gegenständen, die von mehreren Personen benutzt werden. Weitere Massnahmen im Sinne des STOP-Prinzips sind getrennte Teams, die sowohl während der Arbeit als auch der Pausen nicht gemischt werden dürfen, sowie das Tragen von Gesichtsmasken¹⁷. Seitdem der Einsatz des Covid-Zertifikats auch am Arbeitsplatz möglich ist, kann unter Umständen von einzelnen dieser Schutzmassnahmen abgesehen werden, sofern der Schutzstatus der Arbeitnehmer dies zulässt, die Anpassungen dokumentiert sind und die Arbeitnehmer vorgängig dazu angehört wurden¹⁸.

¹⁴ Vgl. BAG, Coronavirus: Massnahmen und Verordnungen, Kantonale Massnahmen (<https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/massnahmen-des-bundes.html#1794075501>); Erläuterungen zur Verordnung vom 23. Juni 2021 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie, Stand 10.12.2021, Artikel 2.

¹⁵ SECO, Merkblatt für Arbeitgeber, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Neues Coronavirus (Covid-19), Version vom 10. September 2021.

¹⁶ Dazu nachfolgend Kapitel III.5. d).

¹⁷ SECO, Merkblatt für Arbeitgeber, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Neues Coronavirus (Covid-19), Version vom 10. September 2021; im Detail zu den Gesichtsmasken: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/covid-19/faq_covid19.html#-1084826198.

¹⁸ SECO, Merkblatt für Arbeitgeber, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Neues Coronavirus (Covid-19), Version vom 10. September 2021.

4. Einsatz des Covid-Zertifikates

Art. 25 Abs. 2^{bis} Covid-19-Verordnung besondere Lage ermöglicht seit dem 13. September 2021 den Einsatz eines Covid-Zertifikats als Schutzmassnahme am Arbeitsplatz. Die Arbeitgeberin ist berechtigt, das Vorliegen eines Zertifikats bei ihren Arbeitnehmern zu prüfen und diese Information im Rahmen der Festlegung angemessener Schutzmassnahmen oder der Umsetzung des Testkonzepts zu verwenden. Die Erläuterungen des EDI liefern hierzu wenig aufschlussreiche Ergänzungen¹⁹. Festgehalten wird, dass die Einführung der Zertifikatspflicht sachlich begründet sein müsse.

Als Personen mit einem Covid-Zertifikat gelten Personen, die gegen Covid-19 geimpft sind, die sich nachweislich mit Covid-19 angesteckt haben und als genesen gelten oder die aktuell negativ auf Covid-19 getestet wurden («3 G»; Art. 3 Abs. 1 lit. a Covid-19-Verordnung besondere Lage i.V.m. Art. 1 lit. a Covid-19-Verordnung Zertifikate)²⁰.

Bei sehr angespannter epidemiologischer Lage erlaubte der Bundesrat Organisatoren von Veranstaltungen in Innenräumen, den Zugang auf Personen mit Impf- oder Genesungszertifikat (2 G) zu beschränken (Art. 15 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage, mit Wirkung ab 6. Dezember 2021). Im Rahmen der Vernehmlassung dieser Verschärfungen mit den Kantonen erwog der Bundesrat auch eine Ausdehnung der 2 G-Zertifikatspflicht auf den Arbeitsbereich.

IV. Güterabwägung zwischen Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz

1. Persönlichkeitsschutz und Interessenabwägung

Auswahl und Umsetzung der geeigneten Gesundheitsschutzmassnahmen können die Arbeitgeberin

vor ein Dilemma stellen. Einerseits ist die Arbeitgeberin dafür verantwortlich, unter Berücksichtigung der konkreten Gefährdungssituation in ihrem Betrieb die richtigen und angemessenen Massnahmen zu treffen²¹. Im Kontext der Covid-19-Pandemie besonders wichtig ist, dass die Arbeitgeberin als Folge davon die Arbeitnehmer vor einer Ansteckung durch andere, infizierte oder erkrankte Arbeitnehmer oder Drittpersonen schützen muss²². Drittpersonen können beispielsweise Kunden, Passagiere, Patienten, Heimbewohner, Reinigungspersonal oder Lieferanten sein, mit denen der Arbeitnehmer bei der Ausübung seiner Arbeitstätigkeit Kontakt hat. Die Verantwortung der Arbeitgeberin für die Anordnung geeigneter Massnahmen zum betrieblichen Gesundheitsschutz ist dann besonders ausgeprägt, wenn es in der Macht der Arbeitgeberin steht, Regeln für den Aufenthaltsbereich aufzustellen, in dem der Kontakt stattfindet.

Andererseits ist die Arbeitgeberin aus der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR auch verpflichtet, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen (Art. 328 Abs. 1 OR). Schutzmassnahmen, wie das Tragen einer Gesichtsmaske, das (regelmässige) Testen oder eine Impfung, stellen einen mehr oder weniger starken Eingriff in die freie Persönlichkeitsentfaltung bzw. in die körperliche Integrität des Arbeitnehmers dar. Die Arbeitgeberin hat beim Entscheid, welche Schutzmassnahmen sie ergreifen will, somit eine Interessenabwägung zu treffen²³.

Das Bundesgericht hat sich insbesondere im Kontext der Unfallverhütung zum Umfang der Schutzpflichten nach Art. 328 Abs. 2 OR geäussert²⁴. Es verlangt von der Arbeitgeberin, den Arbeitnehmer über ungewöhnliche Risiken, die dieser nicht kennt, sowie über die Massnahmen zu deren Vermeidung zu informieren und dafür zu sorgen, dass die Schutzmassnahmen gewissenhaft angewendet werden. Schon aus dem Gesetzestext von Art. 328 Abs. 2 OR ergibt sich sodann, dass Schutzmassnahmen nach der Erfahrung notwendig und nach dem Stand der Technik und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sein müs-

¹⁹ Erläuterungen des EDI zur Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 (SR 818.101.26); Änderung vom 8. September 2021 (Ausweitung der Verwendung des Covid-19-Zertifikats), Inkrafttreten der Änderung: 13. September 2021.

²⁰ Verordnung über Zertifikate zum Nachweis einer Covid-19-Impfung, einer Covid-19-Genesung oder eines Covid-19-Testergebnisses; SR 818.102.2.

²¹ BK-Rehbinder/Stöckli, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–362 OR, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, 2. Auflage, Bern 2010, Art. 328 N 17.

²² ZK-Staehelin, Art. 328 N 4 und 16.

²³ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328 N 7.

²⁴ BGer 4A_611/2018, Urteil vom 5. Juni 2019, E. 3.2.3; BGE 112 II 138 E. 3b); BGE 110 II 165 E. 2a; BGE 102 II 19.

sen. Massnahmen müssen dem Arbeitnehmer «mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung billigerweise zugemutet werden» können. Daraus wird abgeleitet, dass der Arbeitnehmer Eingriffe in seine Persönlichkeit bei besonderen, überwiegenden Gegeninteressen der Arbeitgeberin hinnehmen muss. Eine Persönlichkeitsverletzung liegt somit nur dann vor, wenn der Eingriff in die Persönlichkeit weiter geht, als es durch die Zwecke des Arbeitsvertrags unbedingt geboten ist²⁵.

Die Interessenabwägung hat in jedem Einzelfall stattzufinden²⁶. Im Kontext von Schutzmassnahmen zur Eindämmung der Covid-19-Pandemie ist daher stets eine differenzierte Betrachtung für den betreffenden Betrieb erforderlich. Die Arbeitgeberin muss sich bei ihrer Interessenabwägung an den für das Arbeitsverhältnis massgebenden Rahmenbedingungen orientieren.

2. Weisungsrecht und Befolgungspflicht

Gestützt auf Art. 321d OR kann die Arbeitgeberin über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb allgemeine Anordnungen erlassen (Abs. 1). Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen der Arbeitgeberin nach Treu und Glauben zu befolgen (Abs. 2). Ordnet die Arbeitgeberin Gesundheitsschutzmassnahmen an, handelt es sich um allgemeine Weisungen, die sich an die ganze Belegschaft richten²⁷.

Das Weisungsrecht steht der Arbeitgeberin nur im Rahmen der betrieblichen Bedürfnisse zu und es ist funktional an die Interessen des Betriebes gebunden. Die Arbeitgeberin darf unter dem Deckmantel des Gesundheitsschutzes somit nicht unbeschränkt Weisungen erteilen. Nicht als betriebliche Bedürfnisse gelten insbesondere persönliche Interessen der Arbeitgeberin bzw. eines Vorgesetzten²⁸. Dieser Aspekt ist insbesondere im Kontext einer Impfung von Bedeutung. So mag eine möglichst hohe Impfquote in der Bevölkerung von allgemeinem Interesse sein und von den Behörden mit besonderen Mass-

nahmen angestrebt werden. Dabei geht es indessen um Gesundheitspolitik. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass die Arbeitgeberin allein zwecks Erzielung einer möglichst hohen Impfquote innerhalb der Belegschaft in Pandemiezeiten eine allgemeine Impfpflicht im Betrieb anordnen darf.

Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin ist insbesondere durch die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer eingeschränkt, sodass bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Weisung stets eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist²⁹.

Gegenstück des Weisungsrechts ist die Befolgungspflicht durch den Arbeitnehmer. Beim Vergleich der in Art. 321d Abs. 2 OR statuierten Weisungsbefolgungspflicht mit derjenigen nach Art. 6 Abs. 3 ArG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 ArGV 3 zeigt sich eine kleine Differenz. In der Befolgungspflicht nach Arbeitsgesetz fehlt die Einschränkung, dass Weisungen *nach Treu und Glauben* zu befolgen sind. Daraus abzuleiten, es gälte eine strengere Befolgungspflicht, wenn es um Anweisungen der Arbeitgeberin zum Gesundheitsschutz geht, dürfte zu weit gehen, auch wenn zwischen den Weisungen insofern ein Unterschied besteht, als die Gesundheitsschutzmassnahmen nach dem ArG und seinen Verordnungen durch Anhörung kollektiv legitimiert sind³⁰.

Die Fürsorgepflicht, die funktionale Bindung und höherrangige Gestaltungsfaktoren bilden die wichtigen Schranken des Weisungsrechts. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der in Art. 321d Abs. 2 OR als Schranke des Weisungsrechts festgehalten ist, wird abgeleitet, dass die Arbeitgeberin bei der Ausübung ihres Weisungsrechts das Gebot der schonenden Rechtsausübung sowie das Kriterium der Zumutbarkeit beachtet³¹.

3. Legitimation durch Arbeitnehmersprache

Gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG und Art. 6 ArGV 3 steht den Arbeitnehmern oder deren Vertretung in allen Fragen des Gesundheitsschutzes – und damit auch bei Präventionsmassnahmen vor Virusanste-

²⁵ BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 328 N 5.

²⁶ Jürg Brühwiler, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, 3. Auflage, Basel 2014, Art. 328 N 11.

²⁷ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 1.

²⁸ BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 33.

²⁹ Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 321d N 3.

³⁰ Siehe dazu Kapitel IV.3. unten.

³¹ BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 39.

ckungen³² – ein Mitsprache- respektive Anhörungsrecht³³ zu. Es handelt sich dabei um einen kollektiven (nicht individuellen) Anspruch der Arbeitnehmerschaft³⁴, in Fragen des Gesundheitsschutzes beigezogen zu werden. Besteht eine Arbeitnehmervertretung, so steht das Mitspracherecht ausschliesslich dieser zu. Ist keine Arbeitnehmervertretung vorhanden, ist das Mitspracherecht den einzelnen Arbeitnehmern zu gewähren (Art. 4 MitwG).

Die innere Rechtfertigung des Mitspracherechts liegt darin, dass es um den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer geht und die Arbeitnehmer gemäss Art. 6 Abs. 3 ArG und Art. 10 ArGV 3 einen eigenständigen und notwendigen Beitrag an den Gesundheitsschutz zu leisten haben³⁵.

Inhaltlich verpflichtet das Mitspracherecht die Arbeitgeberin, die Arbeitnehmer über alle Belange des Gesundheitsschutzes und namentlich über alle geplanten betrieblichen Massnahmen, die Auswirkungen auf den Gesundheitsschutz haben können, frühzeitig und umfassend zu informieren. Die Arbeitgeberin muss die Arbeitnehmer sodann dazu anhören und sich mit ihnen beraten, d.h. die Gesundheitsschutzfragen gemeinsam mit den Arbeitnehmern überlegen und besprechen³⁶, bevor sie einen Entscheid trifft. Allfälligen Anregungen und Einwänden der Arbeitnehmer muss die Arbeitgeberin nicht Rechnung tragen, sie muss ihren Entscheid aber begründen, wenn er ihnen nicht oder nur teilweise Rechnung trägt.

Gesetz und Verordnung schreiben für die Mitsprache kein bestimmtes Verfahren vor. Es ist Sache der Arbeitgeberin, die Mitsprache zu organisieren und durchzuführen. Die Mitsprache kann mündlich, z.B. in einem Online-Meeting, oder schriftlich erfolgen. Im Gegensatz zum Konsultationsverfahren bei Betriebsübertragungen und Massenentlassungen (Art. 333a

und 335f OR) muss bei der Mitsprache in Gesundheitsfragen den Arbeitnehmern nicht zwingend eine Frist zur Einreichung von Vorschlägen eingeräumt werden. Information und Mitsprache können somit am selben Termin erfolgen. Dies ermöglicht eine rasche Wahrnehmung der Mitsprache und somit die rasche Einführung oder Anpassung von Massnahmen, was je nach epidemiologischer Entwicklung, wissenschaftlichen Erkenntnissen und behördlichen Anordnungen erforderlich sein kann. Auf Verlangen der Arbeitnehmer oder bei Fragen von grösserer Tragweite kann der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 11 Abs. 1 MitwG) indessen gebieten, den Arbeitnehmern einige Tage einzuräumen, um die geplante Massnahme zu evaluieren. Unseres Erachtens muss es bei entsprechender Dringlichkeit der Arbeitgeberin auch gestattet sein, eine Massnahme provisorisch sofort zu ergreifen, wenn sie gleichzeitig die Arbeitnehmer zur Mitsprache einlädt und sich den definitiven Entscheid über die Massnahme nach Anhörung der Arbeitnehmer vorbehält.

Verletzt die Arbeitgeberin das Mitspracherecht, so kann sie gemäss den Art. 51 f. ArG verwaltungsrechtlich sanktioniert werden³⁷. Fraglich ist, ob in Verletzung des Mitspracherechts erlassene Weisungen über den Gesundheitsschutz von den Arbeitnehmern befolgt werden müssen. Jedenfalls dann, wenn gar keine Anhörung der Arbeitnehmer stattgefunden hat, ist dies unseres Erachtens zu verneinen. Nach Art. 25 Abs. 4 Covid-19-Verordnung besondere Lage ist die vorgängige Anhörung der Arbeitnehmer ausdrücklich Voraussetzung dafür, dass der Arbeitgeber das Zertifikat überprüfen darf.

4. Behördlich angeordnete Massnahmen

Die Behörden haben während der Covid-19-Pandemie bisher verschiedene Gesundheitsschutzmassnahmen angeordnet, insbesondere die Pflicht zum Tragen von Gesichtsmasken in allen Innenräumen, die Pflicht zur Einhaltung der Hygiene- und Verhaltensvorschriften des BAG sowie weitere Massnahmen gemäss dem STOP-Prinzip³⁸. In diesen Fällen ist die Arbeitge-

³² Siehe Art. 25 Covid-19-Verordnung besondere Lage.

³³ Art. 48 ArG spricht von Mitsprache, während auf Verordnungsstufe (Art. 6 ArGV 3 und Art. 25 Abs. 4 lit. d Covid-19-Verordnung besondere Lage) von Anhörung die Rede ist. Beide Begriffe meinen dasselbe.

³⁴ SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Artikel 6, Anhörung der Arbeitnehmer, Dezember 2015, 306-1.

³⁵ SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Artikel 6, Anhörung der Arbeitnehmer, Dezember 2015, 306-1.

³⁶ SECO, Wegleitung zur Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz, Artikel 6, Anhörung der Arbeitnehmer, Dezember 2015, 306-2.

³⁷ Alfred Blesi, in: Blesi/Pietruszak/Wildhaber (Hrsg.), Kurzkomentar Arbeitsgesetz, Basel 2018, Art. 48 N 24.

³⁸ Dazu oben Kapitel III.

berin nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, die behördlich angeordneten Massnahmen durch betriebliche Gesundheitsschutzmassnahmen umzusetzen. Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin wird hier zur Weisungspflicht³⁹.

Bisher formulierte der Bundesrat die Verpflichtungen zur Ergreifung von Gesundheitsschutzmassnahmen stets mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Einzelfalls. So sind Arbeitgeberinnen nach Art. 25 Abs. 5 Covid-19-Verordnung besondere Lage verpflichtet, «sicherzustellen, dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus erfüllen, *wo dies aufgrund der Art der Aktivität möglich und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar ist*. Sie treffen die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen.» In der Praxis können viele Tätigkeiten nicht im Homeoffice geleistet werden. Auch bei grundsätzlicher Möglichkeit, Arbeit im Homeoffice zu verrichten, kann solche dem Arbeitnehmer im Einzelfall unzumutbar sein. Es ist denkbar, dass die Wohnverhältnisse oder familiäre Umstände die Arbeitserbringung von zuhause aus verunmöglichen oder unzumutbar erschweren⁴⁰.

Art. 6 Abs. 2 lit. d EpG ermächtigt den Bundesrat bei Bestehen der besonderen Lage nach Anhörung der Kantone Impfungen bei gefährdeten Bevölkerungsgruppen, bei besonders exponierten Personen und bei Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, für obligatorisch zu erklären. Ferner erlaubt Art. 22 EpG den Kantonen in der normalen Lage, Impfbli-gatorien für soeben erwähnte Personen und Bevölkerungsgruppen bei erheblicher Gefahr anzuordnen. Auf die Anordnung von Impfbli-gatorien haben die Behörden in der Covid-19-Pandemie bislang verzichtet. Vielmehr wird mittels kostenloser und einfach zugänglicher Impfung (vgl. nationale Impfwoche) versucht, die Bevölkerung zur Impfung zu motivieren und damit zur Steigerung der Immunitätsrate beizutragen.

³⁹ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 4.

⁴⁰ Blesi/Hirsiger/Pietruszak, in: COVID-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, § 2 Rz. 63; Wildhaber/Pietruszak, in: Isabelle Wildhaber, Handbuch Homeoffice, Zürich 2021, § 3 Rz. 27.

5. Von der Arbeitgeberin angeordnete Gesundheitsschutzmassnahmen

a) Allgemein

Die Arbeitgeberin ist dafür verantwortlich, die richtigen und angemessenen Gesundheitsschutzmassnahmen unter Berücksichtigung der konkreten Gefährdungssituation in ihrem Betrieb zu treffen. Sie muss daher je nach Umständen auch dann Gesundheitsschutzmassnahmen anordnen, wenn sie nicht von den Behörden dazu verpflichtet wird. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit der von ihr angeordneten Gesundheitsschutzmassnahmen bleiben die jeweils gültigen behördlichen Empfehlungen von grosser Bedeutung. Sowohl die Arbeitgeberin, die behördlich empfohlene Gesundheitsschutzmassnahmen nicht umsetzt, als auch diejenige, die über das empfohlene Schutzniveau hinausgeht, stehen unter erhöhtem Rechtfertigungsdruck für das konkrete Vorgehen im Einzelfall.

b) Verhaltens- und Ordnungsanweisungen

Beispiele für Verhaltens- und Ordnungsanweisungen sind technische und organisatorische STOP-Massnahmen. Solche darf die Arbeitgeberin gestützt auf ihr Weisungsrecht nach Art. 321d OR anordnen. Verhaltens- oder Ordnungsanweisungen hat der Arbeitnehmer als Folge seiner Eingliederung in den Betrieb der Arbeitgeberin grundsätzlich zu befolgen. Eine unzulässige Beeinträchtigung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers besteht nur da, wo eine Weisung funktionswidrig wäre⁴¹.

c) Maskentragpflicht

Das Bundesgericht hat sich bislang nur im öffentlich-rechtlichen Kontext mit der Maskentragpflicht während der Covid-19-Pandemie befasst⁴². Im Urteil 2C_793/2020 vom 8. Juli 2021, hatte es die vom Kanton Freiburg angeordnete Maskentragpflicht in Einkaufsläden zu beurteilen. Dabei erwog es, dass die Maskentragpflicht geeignet sei, die Verbreitung des Coronavirus einzudämmen. Die allgemeine Ein-

⁴¹ BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 321d N 34.

⁴² Siehe BGer 2C_793/2020, Urteil vom 8. Juli 2021 und BGer 2C_183/2021, Urteil vom 23. November 2021.

schränkung der Kommunikation mit den Mitmenschen durch das Tragen der Gesichtsmaske und die fehlende Möglichkeit, mit dem Gegenüber ein Lächeln auszutauschen, wird vom Bundesgericht dem öffentlichen Interesse an einer Eindämmung der Verbreitung der Covid-19-Erkrankung klar untergeordnet⁴³.

Diese Argumentation des Bundesgerichts kann mutatis mutandis auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis übertragen werden. Das Tragen einer Gesichtsmaske ist in aller Regel eine geeignete, angemessene und zumutbare Massnahme zum Schutz der Gesundheit der eigenen Arbeitnehmer und Dritter vor einer Ansteckung durch das Coronavirus. Eine Gesichtsmaske stellt eine persönliche Schutzausrüstung i.S.v. Art. 10 Abs. 1 ArGV 3 dar, die vom Arbeitnehmer auf Anweisung der Arbeitgeberin getragen werden muss und deren Wirksamkeit vom Arbeitnehmer nicht beeinträchtigt werden darf. Allfällige persönliche Interessen einzelner Arbeitnehmer, seien diese mit Komfort oder anderen Aspekten begründet, müssen dabei in der Regel zurücktreten. Vorbehalten bleiben betrieblich oder gesundheitlich bedingte Ausnahmen im Einzelfall (wie Atembeschwerden oder Allergien), die das Tragen einer Maske verunmöglichen.

Möglich bleibt, dass auf das Maskentragen in Innenräumen verzichtet wird, wenn nur Geimpfte, Genesene und Getestete Zutritt zum Arbeitsplatz haben. Je nach räumlichen Verhältnissen und Intensität von Kontaktsituationen mit anderen Personen ist indes zu beachten, dass auch Geimpfte das Coronavirus übertragen bzw. sich damit anstecken können. Die Eignung und Angemessenheit der Gesichtsmaske als Schutzmassnahme muss daher von der Arbeitgeberin situativ, den betrieblichen Gegebenheiten und der Pandemielage entsprechend, beurteilt werden.

d) Homeoffice

Da die Übertragung des Coronavirus von Mensch zu Mensch geschieht, ist eine Einschränkung von zwischenmenschlichen Kontakten grundsätzlich immer geeignet, Ansteckungen zu reduzieren. Ähnlich wie

ein Verbot⁴⁴ ist auch die Verlegung des Arbeitsplatzes ins Homeoffice daher grundsätzlich eine geeignete und wirkungsvolle Massnahme zur Verhinderung von Ansteckungen und damit zur Reduktion der Verbreitung des Coronavirus. Mit der Verlegung des Arbeitsplatzes ins Homeoffice werden nicht nur Kontakte und damit Ansteckungen im Betrieb vermieden, sondern auch auf dem Weg zum Arbeitsplatz oder während der Arbeitspausen bei auswärtigen Mittagessen. Wie bei behördlich angeordneter Homeofficepflicht ist denkbar, dass im Einzelfall Arbeit von zuhause aus unmöglich oder unzumutbar ist⁴⁵.

Eine Pandemiesituation stellt eine Ausnahmesituation dar, während der die Arbeitgeberin von den Arbeitnehmern auch gegen deren Willen mittels Weisung Homeofficearbeit verlangen darf⁴⁶. Ausserhalb eines Schutzkonzeptes in Pandemiezeiten setzt die Anweisung von Arbeitserbringung im Homeoffice grundsätzlich eine vertragliche Vereinbarung voraus, sei es in der Form einer einzelarbeitsvertraglichen Abmachung oder einer kollektiven Regelung im Betrieb mit einem Reglement.

Zu beachten ist, dass die Arbeitgeberin besonders gefährdeten Arbeitnehmern nach Art. 27a Abs. 1 Covid-19-Verordnung 3 grundsätzlich ermöglichen muss, ihre Arbeitsverpflichtungen von zuhause aus zu erfüllen, und dass sie die dafür geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen treffen muss⁴⁷. Keinen Anspruch auf Zuweisung von Arbeit im Homeoffice haben dagegen nicht besonders gefährdete Arbeitnehmer, es sei denn, die Parteien hätten einen solchen vereinbart. Ist ein Arbeitnehmer infolge einer Ansteckung oder eines Kontakts mit Angesteckten gestützt auf Quarantäneregeln verpflichtet, dem Betrieb fernzubleiben, darf ihm der Arbeitgeber zuhause Arbeit zuweisen, soweit es sein Gesundheitszustand zulässt.

⁴³ BGer 2C_793/2020, Urteil vom 8. Juli 2021, E. 5.3.5.

⁴⁴ Das Bundesgericht bezeichnet ein Verbot als taugliches Mittel zur Reduktion der Verbreitung einer Krankheit und bejaht überdies die Notwendigkeit und Angemessenheit der Massnahme: BGer 2C_941/2020, Urteil vom 8. Juli 2021, E. 3.3.1.

⁴⁵ Dazu oben Kapitel IV.4.

⁴⁶ Nordmann/Barth, Handbuch Homeoffice, a.a.O., § 1 Rz. 39.

⁴⁷ Welche Arbeitnehmer als besonders gefährdet gelten, wird in Art. 27a Abs. 10 Covid-19-Verordnung 3 definiert.

e) Impfung

Die Anordnung einer Impfung als betriebliche Gesundheitsschutzmassnahme stellt einen gravierenden Eingriff in die körperliche Unversehrtheit der betroffenen Arbeitnehmer dar und erfordert daher bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen ein besonders gewichtiges Interesse der Arbeitgeberin. Das Interesse an der Aufrechterhaltung eines geordneten und sicheren Betriebs ist zur Legitimation einer betrieblichen Impfanordnung für sich allein genommen ungenügend. Im Rahmen einer sorgfältigen Interessenabwägung während der Pandemie muss die Arbeitgeberin insbesondere eine Verhältnismässigkeitsprüfung durchführen⁴⁸. Das Bundesgericht setzte sich während der Covid-19-Pandemie bislang erst im Rahmen der Beurteilung kantonaler Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz auseinander, wobei die betreffenden Erwägungen auch im privatrechtlichen Kontext und mit Bezug auf die Anordnung einer Impfung interessieren⁴⁹. Das Bundesgericht verlangt zur Beurteilung der Verhältnismässigkeit eine Prüfung, *«wie hoch Schwere und Eintretenswahrscheinlichkeit der drohenden Krankheiten sind, ob die angeordneten Massnahmen geeignet sind, um die Verbreitung zu verhindern, und wie die Relation der negativen Konsequenzen der Krankheiten zu denjenigen der angeordneten Massnahme ist; dabei ist der aktuelle Stand der Wissenschaft zu berücksichtigen»*⁵⁰.

Bei der Auswahl von Gesundheitsschutzmassnahmen während einer Pandemie muss die Arbeitgeberin auch den Grundsatz der Erforderlichkeit beachten. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die körperliche Integrität des Arbeitnehmers darf die Arbeitgeberin die Anordnung einer Impfung nur dort in Betracht ziehen, wo alternative, mildere Massnahmen, insbesondere eine Maskenpflicht oder ein Zertifikatsregime, nicht möglich sind oder keinen angemessenen Schutz bieten können. Die Anordnung einer Impfung ist insbesondere auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn die Arbeit auch im Homeoffice geleistet werden kann.

⁴⁸ Roger Rudolph, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal – Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 («Schweinegrippe»), in: ARV 2010, S. 9.

⁴⁹ Vgl. BGer 2C_941/2020, Urteil vom 8. Juli 2021, E. 3.2.3. ff. sowie BGer 2C_793/2020, Urteil vom 8. Juli 2021, E. 5.3.

⁵⁰ BGer 2C_941/2020, Urteil vom 8. Juli 2021, E. 3.2.4.

Literatur und Rechtsprechung haben sich in der Vergangenheit erst vereinzelt mit der Frage der Zulässigkeit eines betrieblichen Impfblogatoriums auseinandergesetzt. So wird die Anordnung einer Impfung für Angestellte im Gesundheitswesen mit Patientenkontakt bei hoher Ansteckungsgefahr, schweren Folgen eines allfälligen Krankheitsausbruchs, zuverlässiger Impfung und geringen Impfnebenwirkungen grundsätzlich als zulässig erachtet⁵¹. Für Anstellungsverhältnisse, von denen kein besonderes Bedrohungspotential für Dritte (seien dies z.B. Mitarbeitende, Patienten oder Kunden) ausgeht, wird die Zulässigkeit der Anordnung einer Impfung indes in Frage gestellt⁵². An der Erkenntnis, dass die Zulässigkeit einer angeordneten Impfung nur unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden kann, ändert auch die Covid-19-Pandemie nichts, auch wenn diese die Welt mit einer seit vielen Jahrzehnten nicht mehr bekannten Intensität heimgesucht hat, und auch wenn die in der Schweiz derzeit zugelassenen Impfungen als sicher und wirksam bezeichnet werden und nach heutigem Kenntnisstand nur sehr selten schwere Nebenwirkungen der Impfung bekannt sind⁵³.

Von Interesse ist schliesslich, dass die Vereinbarung einer Impfverpflichtung unter bestimmten Voraussetzungen als zulässig erachtet wird. So haben Gerichte im öffentlich-rechtlichen Kontext Impfvorschriften für Gesundheitspersonal als zulässig beurteilt, sofern die Voraussetzungen für eine Grundrechtsbeschränkung (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit) erfüllt seien⁵⁴. Daraus wird abgeleitet, dass auch Arbeitnehmer im privatrechtlich geregelten Arbeitsverhältnis unter vergleichbaren Umständen eine Impfpflicht vereinbaren können. Vorausgesetzt werden dabei eine allgemeine Gefährdungssituation und hochrangige Drittinteressen⁵⁵.

⁵¹ Roger Rudolph, a.a.O., S. 9, mit Hinweis insbesondere auf ein Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts vom 19. Oktober 2006, in dem die Anweisung einer Impfung des Spitalpersonals als zulässig erachtet wird, wenn dies aus medizinischer Sicht von der Spitalleitung als unerlässlich erachtet wird.

⁵² Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328 N 15b.

⁵³ Vgl. BAG Homepage zum Thema Impfen: www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html?faq-url=/covid/de/impfung/welche-nebenwirkungen-koennen-nach-der-impfung-auftreten.

⁵⁴ Roger Rudolph, a.a.O., S. 6 mit Hinweis auf BGE 99 Ia 747 ff. und Verwaltungsgericht SG, Urteil vom 19. Oktober 2006, GVP 2006, Nr. 1.

⁵⁵ Roger Rudolph, a.a.O., S. 6.

6. Datenschutzrechtliche Aspekte

Die Arbeitgeberin darf Daten über den Arbeitnehmer nur bearbeiten, soweit sie dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen oder zur Durchführung des Arbeitsvertrags erforderlich sind (Art. 328b OR). Gefordert wird demnach ein Arbeitsplatzbezug⁵⁶. Zu den Daten, die zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind, zählen auch jene, die die Arbeitgeberin aufgrund eigener, berechtigter Interessen bearbeiten muss, also etwa Daten, die für die Erfüllung von arbeitsvertraglichen Pflichten gegenüber anderen Arbeitnehmern, insbesondere zu deren Schutz, geboten sind, oder solche, die die Arbeitgeberin benötigt, um ihren Betrieb aufrechtzuerhalten und vernünftig zu organisieren⁵⁷. Ob ein Arbeitsplatzbezug besteht, der die Datenerhebung rechtfertigt, ist im Einzelfall zu beurteilen. Ein Arbeitsplatzbezug ist jedenfalls zu bejahen und die Datenerhebung grundsätzlich zulässig bei Fragen über akute oder ansteckende Krankheiten, welche die Arbeitstauglichkeit des Arbeitnehmers betreffen⁵⁸.

Ist das Wissen um den Impfstatus für die Arbeitgeberin bei der Festlegung und Umsetzung angemessener Schutzmassnahmen und letztlich für die Betriebsorganisation und Arbeitsplatzgestaltung entscheidend, darf sie diesen sowohl von Arbeitnehmern als auch Bewerbern abfragen⁵⁹. Die Antworten auf die Frage nach dem Impfstatus muss in diesem Fall von Bewerbern und Arbeitnehmern wahrheitsgemäss beantwortet werden⁶⁰. Werden Daten zum Impfstatus erhoben, müssen diese schriftlich dokumentiert werden (vgl. Art. 25 Abs. 4 lit. c Covid-19-Verordnung besondere Lage). Die Arbeitgeberin muss überdies über den mit der Bearbeitung verfolgten Zweck orientieren (Art. 4 Abs. 4 DSGVO) und die Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmervertretung vor-

gängig anhören (Art. 25 Abs. 4 lit. d Covid-19-Verordnung besondere Lage).

Umstritten ist hingegen, ob eine Datenbearbeitung ohne Arbeitsplatzbezug zulässig sein kann. Ein Teil der Lehre sieht in Art. 328b OR eine Verbotsnorm und legt die Bestimmung so aus, dass jegliche Datenbearbeitung ohne genügenden Arbeitsplatzbezug unzulässig ist. Die Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 13 Abs. 1 DSGVO – Einwilligung, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, Gesetz – erachtet dieser Teil als nicht anwendbar. Selbst die Einwilligung des Arbeitnehmers mag nach dessen Auffassung die persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung aufgrund des zwingenden Charakters von Art. 328b OR (vgl. Art. 362 OR) nicht zu rechtfertigen⁶¹. Andere Autoren sehen in Art. 328b OR eine die Datenbearbeitungsgrundsätze (Bearbeitungszweck und Verhältnismässigkeit) konkretisierende Norm und sprechen sich für die Anwendbarkeit der datenschutzrechtlichen Rechtfertigungsgründe auf Art. 328b OR aus⁶². Die Einwilligung des Arbeitnehmers kann folglich, je nach Lehrmeinung, eine Datenbearbeitung ohne genügenden Arbeitsplatzbezug rechtfertigen. Im Entscheid 4A_518/2020 vom 25. August 2021 hat sich das Bundesgericht für die zweite Lehrmeinung ausgesprochen⁶³. Entsprechend lässt das Bundesgericht eine grundsätzlich persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung über Art. 328b OR hinaus zu, sofern sich die Datenbearbeitung im Sinne von Art. 13 DSGVO rechtfertigen lässt.

Die Einwilligung der betroffenen Person, d.h. des Arbeitnehmers, vermag eine an sich persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitung aber nur dann zu rechtfertigen, wenn sie gültig ist, d.h., wenn sie nach angemessener Information freiwillig und im Zusammenhang mit der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten ausdrücklich erfolgt (vgl. Art. 4 Abs. 5 DSGVO)⁶⁴. Sie kann ferner nur innerhalb der Schranken von Art. 27 Abs. 2 ZGB erteilt werden⁶⁵. Bei erheblichen Eingriffen in die Persönlichkeit des

⁵⁶ *Papa/Pietruszak*, Datenschutz im Personalwesen, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, N 17.3.

⁵⁷ *Rosenthal/Jöhri*, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 328b N 39.

⁵⁸ Auch die Frage nach dem Raucher-/Nichtraucherstatus weist wegen der möglichen Auswirkungen auf die Betriebsorganisation und die Arbeitsplatzgestaltung einen genügenden Arbeitsplatzbezug auf und ist mit Blick auf die Fürsorgepflicht gegenüber anderen Arbeitnehmern zulässig: *Roger Rudolph*, Stellenbewerbung und Datenschutz, Bern 1997, S. 72; *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Art. 328b N 9.

⁵⁹ Vgl. Praxis zum Raucher-/Nichtraucherstatus.

⁶⁰ *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Art. 328b N 12; BGER 8C_417/2011 vom 3. September 2012, E. 4.4.

⁶¹ *Streiff/von Kaenel/Rudolph*, Art. 328b N 3, m.w.H.; BSK OR I-*Portmann/Rudolph*, Art. 328b N 26; *Kurt Pärli*, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Bern 2015, Art. 328b OR N 20; *BK-Rehbinder/Stöckli*, Art. 328b N 12; Arbeitsgericht Zürich, Urteil AN150017 vom 22.1.2016.

⁶² *Rosenthal/Jöhri*, Art. 328b N 4 ff. und 14; *Papa/Pietruszak*, N 17.8 m.w.H.

⁶³ BGER 4A_518/2020, Urteil vom 25. August 2021, E. 4.2.4.

⁶⁴ *Rosenthal/Jöhri*, Art. 328b N 65.

⁶⁵ BSK OR I-*Portmann/Rudolph*, Art. 328b N 26.

Arbeitnehmers sind daher an die Freiwilligkeit der Einwilligung erhöhte Anforderungen zu stellen^{66, 67}.

Entschliesst sich ein Arbeitnehmer freiwillig, seiner Arbeitgeberin sein gesamtes Covid-Zertifikat zu zeigen, um tägliche Kontrollen zu vermeiden, ist die Arbeitgeberin also grundsätzlich berechtigt, die betreffenden zusätzlichen Informationen zu erfassen und eine Liste mit der Gültigkeitsdauer der einzelnen Zertifikate zu führen. Voraussetzung dafür ist, dass die Einwilligung des Arbeitnehmers in diese weitgehende Datenbearbeitung nach angemessener Information und ausdrücklich erfolgte (Art. 13 i.V.m. Art. 4 Abs. 5 DSGVO). Ein solche Datenbearbeitung darf jedoch nur für die Zwecke der betreffenden Schutzmassnahmen und unter Einhaltung der Datenbearbeitungsgrundsätze nach Art. 4 DSGVO erfolgen.

V. Anreize zur Durchsetzung von Gesundheitsschutzmassnahmen

Zu prüfen ist weiter, ob die Arbeitgeberin durch die Gewährung von besonderen Vorteilen Anreize schaffen darf, damit die Arbeitnehmer die Gesundheitsschutzmassnahmen befolgen. Die Zulässigkeit von Anreizen wird in der Praxis insbesondere kontrovers diskutiert, wenn eine Arbeitgeberin die Arbeitnehmer anspornen will, sich impfen zu lassen. Die in Aussicht gestellten Vorteile können Bonuszahlungen, Impfprämien, zusätzliche bezahlte Freitage oder Ähnliches sein. Die Frage der Zulässigkeit solcher Anreize wurde höchstrichterlich bislang noch nicht entschieden.

Im Rahmen der Ausrichtung von Gratifikationen erachtet das Bundesgericht eine monetäre Besserstellung von gewissen Arbeitnehmern gegenüber anderen für unproblematisch, wenn die Ungleichbehandlung auf sachlichen Kriterien beruht und nicht persönlichkeitsverletzend ist, und wenn das Gleich-

stellungsgesetz nicht verletzt wird. So dürfe die Arbeitgeberin grundsätzlich selbst bestimmen, welche Motive sie als sachgemäss erachtet. Persönlichkeitsverletzend und damit ein Verstoss gegen das individuelle Diskriminierungsverbot sei eine unsachliche und willkürliche Entscheidung nur, wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt. Eine solche könne von vornherein nur gegeben sein, wenn ein Arbeitnehmer gegenüber einer Vielzahl von anderen Arbeitnehmern aus unsachlichen Gründen deutlich schlechter gestellt werde, nicht jedoch, wenn die Arbeitgeberin bloss einzelne Arbeitnehmer besserstelle⁶⁸.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gleichbehandlung bei der Gewährung von freiwilligen Sonderzahlungen eignet sich auch als Leitlinie im vorliegenden Kontext. Bei der Gewährung von Anreizen zur Impfung dürfte oft eine mehr oder weniger grosse Mehrheit von impfwilligen Arbeitnehmern gegenüber einer entsprechend kleinen Minderheit von impfunwilligen Arbeitnehmern bessergestellt werden. Die Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gilt als zulässig, sofern dafür sachlich vertretbare Gründe bestehen⁶⁹. Eine Impfung stellt grundsätzlich ein sachliches Differenzierungsmerkmal dar. Fraglich ist, ob die Nichtgewährung von Vorteilen an Nichtgeimpfte eine Geringschätzung von deren Persönlichkeit bedeuten kann. Diese Frage ist in aller Regel zu verneinen. In Pandemiezeiten wird sich die Arbeitgeberin oft auf behördliche Impfempfehlungen abstützen können. Dazu kommt, dass die Arbeitgeberin in der Regel ein legitimes betriebliches Interesse daran hat, dass sich möglichst viele ihrer Arbeitnehmer impfen lassen. Dieses kann darin bestehen, dass Betriebsabläufe in Pandemiezeiten mit ungeimpften Arbeitnehmern erschwert sind, weil beispielsweise zeitraubendes Testen, sei es im eigenen Betrieb oder als Voraussetzung für Arbeiten bei Kunden, erforderlich ist oder weil Arbeiten für Kunden für Ungeimpfte gar nicht zugelassen werden.

Die Covid-19-Pandemie hat gezeigt, dass das Thema Impfen sehr kontrovers diskutiert wird und in der Gesellschaft zu tiefen Gräben zwischen Impfgegnern und Impfbefürwortern geführt hat. Solche Gräben sind oft auch in der Belegschaft einer Arbeit-

⁶⁶ *Papa/Pietruszak*, N 17.8.

⁶⁷ Mit dem revidierten DSGVO ändert sich an der bisherigen Rechtslage bezüglich Einwilligung nichts, vgl. Art. 6 Abs. 6 und 7 revDSG. Insbesondere rechtfertigt die Einwilligung des Arbeitnehmers auch unter dem revDSG eine Datenbearbeitung ohne genügenden Arbeitsplatzbezug im Sinne von Art. 328b OR (*David Rosenthal*, Revidiertes Datenschutzgesetz für Arbeitsrechtler, Präsentation für die 16. Tagung zu aktuellen Problemen des Arbeitsrechts des Europa Instituts, 22. Juni 2021, S. 74).

⁶⁸ BGE 129 III 276 E. 3.1.

⁶⁹ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 328 N 32.

geberin zu erkennen. Es ist daher ratsam, Anreize mit Augenmass zu gewähren. Zur Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gehört auch, grundlegende Meinungsverschiedenheiten zwischen verschiedenen gesellschaftlichen Gruppierungen, die sich in einer Belegschaft widerspiegeln, nicht unnötig zu befeuern.

VI. Sanktionen bei Nichtbeachtung der Gesundheitsschutzmassnahmen

Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen der Arbeitgeberin und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d Abs. 2 OR). Die Verletzung der Befolgungspflicht stellt grundsätzlich eine Vertragsverletzung dar, die die Arbeitgeberin mit verschiedenen Massnahmen sanktionieren kann⁷⁰. In Frage kommen Disziplinar-massnahmen wie Verweise oder Verwarnungen, je nach Form und Auswirkungen der Nichtbefolgung auch eine Schadenersatzpflicht, Versetzung, Lohnkürzung, Verweigerung des Zutritts zum Betrieb ohne Lohnanspruch oder eine Kündigung⁷¹.

Die Gesundheitsschutzmassnahmen der Arbeitgeberin im Falle einer Pandemie sollen eine gefahrlose Ausübung der Arbeit ermöglichen (seien es technische Massnahmen, Hygiene- und Verhaltensmassnahmen, Maskenpflicht, Homeoffice, Zertifikatspflicht, u.a.). Gesundheitsschutzmassnahmen sind Weisungen der Arbeitgeberin, zu deren Einhaltung der Arbeitnehmer nach den massgebenden arbeitsgesetzlichen Bestimmungen verpflichtet ist. Art. 10 Abs. 1 ArGV 3 hält ausdrücklich fest, dass der Arbeitnehmer die persönlichen Schutzausrüstungen benutzen muss und die Wirksamkeit der Schutzeinrichtungen nicht beeinträchtigen darf.

Die Nichtbeachtung von Gesundheitsschutzvorschriften ahnden die Gerichte in der Regel streng. So schützte das Bundesgericht die fristlose Entlas-

sung eines Arbeitnehmers, der sich weigerte, auf der Baustelle einen Schutzhelm zu tragen. Da sich der Arbeitnehmer den Anweisungen unverfroren widersetzte, war nach Ansicht des Bundesgerichts auch eine vorgängige Verwarnung nicht erforderlich:

«Le demandeur s'est exposé à un danger indéniable en travaillant sans le casque, sur une échelle et à proximité des tiges métalliques dépassant du plafond. Ensuite, au retour du chantier, il a manifesté son intention de persister dans le refus de se soumettre, selon la volonté de l'employeuse, au port du casque. Cette attitude rebelle, dirigée contre une prescription de sécurité importante sur laquelle l'employeuse insistait, était bien de nature à détruire le rapport de confiance nécessaire au maintien de la relation d'emploi. La défenderesse ne pouvait guère espérer qu'un simple avertissement, avec menace de licenciement, suffise à amender un travailleur qui s'opposait effrontément aux ordres; un avertissement de ce genre n'était donc pas nécessaire au regard de l'art. 337 al. 1 et 2 CO. Par conséquent, la Cour d'appel n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation en jugeant que dans les circonstances constatées par elle, le licenciement immédiat était conforme à ces dispositions.»⁷²

Das Tragen eines Schutzhelmes auf einer Baustelle ist mit den Schutzmassnahmen im Rahmen eines Pandemieschutzkonzepts in vielerlei Hinsicht vergleichbar. Ein Unterschied besteht insofern, als der Bauarbeiter, der ohne Schutzhelm arbeitet, nur sich selbst gefährdet. Der Arbeitnehmer, der eine Gesundheitsschutzmassnahme im Rahmen eines Pandemieschutzkonzepts nicht beachtet, gefährdet dagegen in der Regel nicht nur sich selber, sondern auch alle anderen Arbeitnehmer und Drittpersonen, mit denen er Kontakt hat. Im schlimmsten Fall führt eine Ansteckung zur Arbeitsverhinderung einer ganzen Gruppe von Arbeitnehmern und damit verbunden zu Betriebsausfällen. Es ist daher zu erwarten, dass sich Gerichte im Fall eines Verstosses gegen die Gesundheitsschutzmassnahmen im Rahmen eines Pandemie-Schutzkonzepts an der erwähnten Rechtsprechung zur Missachtung von Gesundheitsschutzvorschriften orientieren.

⁷⁰ ZK-Staehelin, Art. 321d N 23.

⁷¹ BSK OR I-Portmann/Rudolph, Art. 321d N 12; Brühwiler, Art. 321d N 5.

⁷² BGer 4A_167/2009, Urteil vom 10. Juni 2009, E. 3; ebenso: BGer 4C.161/2000, Urteil vom 28. Juli 2000, E. 2 sowie BVGer C-2363/2012, Urteil vom 11. November 2013, E. 4.1.2.