

Thomas D. Szucs / Silja F. Drack

## **Covid-19-Impfpflicht**

### **Möglichkeiten und Haftung von privatrechtlichen Arbeitgebern von Gesundheitspersonal**

---

Mit dem Impfstart wurde bei den Gesundheitsinstitutionen die Anforderung einer Impfstrategie deutlich. Der Aufsatz stellt sich der Frage nach Möglichkeiten von privatrechtlichen Arbeitgebern im Gesundheitssektor, eine grosse Covid-19-Impfdurchsatzrate zu erreichen. Des Weiteren wird die Haftungsfrage beleuchtet, wenn privatrechtliche Arbeitgeber eine Covid-19-Impfung für Arbeitnehmer anordnen. Als Konklusion wird ausgeführt, dass eine Impfanzordnung zur Erreichung einer hohen Durchimpfungsrate nicht vorteilhaft ist; stattdessen wird empfohlen, die Arbeitnehmer hinsichtlich einer Covid-19-Impfung zu überzeugen und sie zur Impfung zu motivieren.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Arbeitsrecht; Arzthaftung; Haftung für medizinische Handlungen

Zitiervorschlag: Thomas D. Szucs / Silja F. Drack, Covid-19-Impfpflicht, in: Jusletter 14. Juni 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
  - 1.1. Fragestellung
  - 1.2. Abgrenzungen
    - 1.2.1. Abgrenzung Impfwang vs. Impfpflicht
    - 1.2.2. Öffentlich-rechtliche vs. privatrechtliche Arbeitgeber im Gesundheitssektor
    - 1.2.3. Gesundheitspersonal
2. Grundlagen einer Covid-19-Impfpflicht im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis
  - 2.1. Impfpflicht durch arbeitsvertragliche Vereinbarung
    - 2.1.1. Rechtsgrundlagen für arbeitsvertragliche Covid-19-Impfpflicht-Vereinbarungen
    - 2.1.2. Schranken von arbeitsvertraglichen Covid-19-Impfpflicht-Vereinbarungen
  - 2.2. Impfpflicht durch Weisungsrecht des privatrechtlichen Arbeitgebers
    - 2.2.1. Rechtsgrundlagen des Weisungsrechts
    - 2.2.2. Schranken des Weisungsrechts
      - a. Art. 328 Persönlichkeitsschutz
      - b. Schranke «fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer»
      - c. Schranke übergeordnete Instanz zu untergeordneter Instanz
  - 2.3. Zusammenfassung der privatrechtlichen Möglichkeiten einer Covid-19-Impfpflicht
3. Haftung bei Impfpflicht im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis
  - 3.1. Haftung bei Impfungen
    - 3.1.1. Produkthaftung durch den Hersteller (PrHG)
    - 3.1.2. Haftung der impfenden Person (Auftragsrecht)
    - 3.1.3. Staatshaftung
  - 3.2. Arbeitgeberhaftung
    - 3.2.1. Haftung für Arbeitnehmerschädigung eines Dritten
    - 3.2.2. Haftung für mangelnde Arbeitsausführung
    - 3.2.3. Privatrechtliche Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer
  - 3.3. Zwischenfazit
4. Würdigung

## 1. Einleitung

[1] Durch Schlagzeilen wie «Corona – Impfwang am Arbeitsplatz»<sup>1</sup>, «Corona – kommt der Impfwang auf dem Schweizer Finanzplatz?»<sup>2</sup>, «Roche-Präsident für Impfpflicht!»<sup>3</sup>, «Papst führt Corona-Impfwang ein – Impf-Verweigerern im Vatikan droht die Entlassung»<sup>4</sup>, «Corona – die meisten Unternehmen schrecken vor einem Impfwang zurück – doch es gibt auch andere Druckmittel»<sup>5</sup> gelangt aktuell mit hoher Regelmässigkeit die Thematik «Impfwang» in einer bewusst

---

<sup>1</sup> FORUM BGM, Corona – Impfwang am Arbeitsplatz, BGM Ostschweiz 2021, <https://bgm-ostschweiz.ch/corona-impfwang-am-arbeitsplatz/> (alle Webseiten zuletzt besucht am 23. März 2021).

<sup>2</sup> PETER HODY, Corona: Kommt der Impfwang auf dem Schweizer Finanzplatz, Finews.ch vom 20. Januar 2021, <https://www.finews.ch/news/finanzplatz/44653-corona-impfung-weisung-schweiz-finanzplatz>.

<sup>3</sup> ULRICH ROTZINGER, Roche-Präsident für Impfpflicht!, Blick vom 19. Februar 2021, <https://www.blick.ch/wirtschaft/christoph-franz-60-stellt-sich-gegen-bundesrat-berstet-roche-praesident-fuer-impfwang-id16190895.html>.

<sup>4</sup> ANF/AFP, Papst führt Corona-Impfwang ein, Tagesanzeiger vom 18. Februar 2021, <https://www.tagesanzeiger.ch/papst-bediensetzten-droht-bei-ablehnung-von-corona-impfung-die-entlassung-479007740211>.

<sup>5</sup> GREGORY REMEZ, Corona: Die meisten Unternehmen schrecken vor einem Impfwang zurück – doch es gibt auch andere Druckmittel, Luzerner Zeitung vom 30. Januar 2021, <https://www.luzernerzeitung.ch/wirtschaft/corona-die-meisten-unternehmen-schrecken-vor-einem-impfwang-zurueck-doch-es-gibt-auch-andere-druckmittel-id.2092703>.

plakativ-provokanten Artikulation an die Bevölkerung und erhitzt die Gemüter. Bemerkenswert an diesen Schlagzeilen ist der Bezug zu Arbeitgebern respektive dem Arbeitsplatz und somit dem individuellen Anstellungsverhältnis.

[2] Der Begriff Impfwang erhielt mit der Umsetzung der Corona-Impfungen neuen Aufwind und so werden selbst Resolutionen der Parlamentarischen Versammlung des Europarates (i.e. Resolution 2361 (2001) vom 27. Januar 2021) im Hinblick auf eine darin enthaltene Möglichkeit zum Impfwang oder deren gegenteilige Auslegung der Untersagung jeglichen Impfwanges kontrovers diskutiert und insbesondere auf den Sozialen Medien vielfach geteilt<sup>6</sup>.

[3] Seit Ausbruch der Pandemie durch das SARS-CoV-2 (severe acute respiratory syndrome coronavirus 2, auch «neues» Coronavirus genannt resp. die Krankheit Covid-19) rückte insbesondere das Gesundheitspersonal in den Fokus der medialen Aufmerksamkeit. Während zu Beginn der weltweiten Pandemie insbesondere die Belastung des Gesundheitspersonals die internationalen Schlagzeilen und die Sozialen Medien füllte, so verlagerte sich mit der Zulassung der ersten Impfstoffe die Debatte in die Richtung der Impfpflicht insbesondere im Gesundheitsbereich: «Impfpflicht: Muss sich Pflege- und Spitalpersonal impfen lassen?»<sup>7</sup>, «Angst vor Langzeitfolgen – viele Pflegenden wollen sich nicht gegen Corona impfen lassen»<sup>8</sup>, sowie «Impfung gegen Corona: warum viele Pflegerinnen zweifeln»<sup>9</sup>.

[4] Die Thematik «Impfpflicht für das Gesundheitspersonal» ist nicht neu – im Gegenteil. Es existiert vielfältige Literatur diesbezüglich, von allgemein gehaltenen Einblicken<sup>10</sup>, über medizinische Abhandlungen<sup>11</sup> zu rechtlichen Auslegungen<sup>12</sup>, bis hin zu ethisch-moralischen Abwägungen<sup>13</sup>. Bereits zu Zeiten der Schweinegrippe im Jahr 2009 wurde eine laut RUDOLPH «intensiv und teils polemisch geführte Kontroverse zwischen Impfbefürwortern und Impfgegnern» im Hinblick auf ein Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal geführt, und jährlich wiederkehrend entflammen die Diskussionen, wenn die saisonalen Grippeimpfkampagnen anstehen.<sup>14</sup>

---

<sup>6</sup> ALICE ECHTERMANN, Faktencheck: Nein, mit einer Resolution des Europarates ist ein «Impfwang» nicht rechtswidrig, vom 9. Februar 2021, <https://correctiv.org/faktencheck/2021/02/09/nein-mit-einer-resolution-des-europarates-ist-ein-impfwang-nicht-rechtswidrig/>.

<sup>7</sup> ANNE SCIAVILLA/KATHARINA SIEGRIST, Impfpflicht: Muss sich Pflege- und Spitalpersonal impfen lassen? Beobachter vom 7. November 2019, <https://www.beobachter.ch/arbeitsrecht/impfpflicht-muss-sich-pflege-und-spitalpersonal-impfen-lassen>.

<sup>8</sup> ANNA GOSSENREITER/SANDRA BRAND, Angst vor Langzeitfolgen: Viele Pflegenden wollen sich nicht gegen Corona impfen lassen, SRF vom 4. Februar 2021, <https://www.srf.ch/news/schweiz/angst-vor-langzeitfolgen-viele-pflegende-wollen-sich-nicht-gegen-corona-impfen-lassen>.

<sup>9</sup> MARCEL GYR/MICHAEL SCHILLIGER/ALINE WANNER, «Ich habe noch nie mit jemandem gesprochen, der sich impfen lässt» – wieso ausgerechnet die Pflegenden Angst vor der Impfung haben, vom 16. Januar 2021, <https://www.nzz.ch/gesellschaft/impfung-gegen-corona-warum-viele-pflegereinnen-zweifeln-ld.1596633?reduced=true>.

<sup>10</sup> Vgl. bspw. ROBERT AMMAN, Pro und Kontra Grippeimpfungen bei Pflegefachpersonen: Einblicke in eine lange anhaltende internationale Debatte, *Pflegerecht*, Nr. 4, 2017, S. 224–227.

<sup>11</sup> Vgl. bspw. EVELYNE DASS VON PERBANDT/RENE HORNING/MIRJAM THANNER, Influenza vaccination coverage of health care workers: a cross-sectional study based on data from a Swiss gynaecological hospital, *GMS Infectious Diseases*, Vol. 6, 2018, Doc02.

<sup>12</sup> Vgl. Bspw. JULIA HUG/KURT PÄRLI, Impfwang in Gesundheitsbetrieben des Privatrechts, *Pflegerecht*, Nr. 3, 2013, S. 165–173.

<sup>13</sup> Vgl. bspw. SUSANNE WENGER, Das Pflegepersonal und die Grippeimpfung: Ein klassisches ethisches Dilemma, *Cu-raviva*, 12, 2009, S. 21–24.

<sup>14</sup> ROGER RUDOLPH, Pandemische Grippe (H1N1): Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal? *Schweizerische Ärztezeitung*, 91 1–2, 2010, S. 39–40; ISABEL LINDA GEISSBERGER, Die Zulässigkeit einer Grippeimpfpflicht mittels Weisung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, *Pflegerecht*, Nr. 4, 2017, S. 237–239.

[5] Die Autoren der vielfältigen Literatur sind sich grösstenteils darüber einig, dass eine Impfpflicht für Gesundheitspersonal «unter Umständen» zulässig sei.<sup>15</sup>

## 1.1. Fragestellung

[6] Es drängt sich die Frage auf, ob aufgrund der Situation mit Covid-19 die bisherigen Ausführungen zur Thematik des Impfbliogatoriums in privatrechtlich organisierten Gesundheitsbetrieben bezüglich der Formulierung «unter Umständen» eine geänderte Ausgangslage erhalten, und somit zu neuen Erkenntnissen diesbezüglich gelangt werden muss. Konkret formuliert: Rechtfertigt Covid-19 einen Impfwang für privatrechtliche Arbeitgeber in Gesundheitsbetrieben? Und wenn ja, wie kann dieser ausgestaltet werden und wie verhält es sich mit der Haftung bei arbeitgeberseitig durch Weisung angeordneter oder durch Arbeitsvertrag geregelter Covid-19-Impfpflicht bei Impfschäden?

## 1.2. Abgrenzungen

### 1.2.1. Abgrenzung Impfwang vs. Impfpflicht

[7] Eine sprachlich wichtige Abgrenzung besteht bei den Begriffen «Impfwang» versus «Impfpflicht» (resp. Impfbliogatorium).

[8] Bei der Wortwahl «Zwang» wird eine Einwirkung von aussen auf jemanden betont: «ein starker Einfluss, dem sich jemand nicht entziehen kann», ein «von gesellschaftlichen Normen ausgeübter Druck auf menschliches Verhalten» sowie «die Bestimmung der Situation in einem Bereich durch eine unabänderliche Gegebenheit resp. Notwendigkeit»<sup>16</sup>. Die Definitionen zeigen auf, dass beim Begriff «Zwang» die Androhung respektive die potentielle Anwendung von Gewalt mitschwingt, um die Zielsetzung durchzusetzen.

[9] Im Gegensatz dazu steht ein Obligatorium, der schweizerische Begriff<sup>17</sup> für Verpflichtung. Unter Pflicht wird die «Aufgabe [verstanden], die jemandem aus ethischen, moralischen, religiösen Gründen erwächst und deren Erfüllung er sich einer inneren Notwendigkeit zufolge nicht entziehen kann oder die jemandem obliegt, die als Anforderung von aussen an ihn herantritt und für ihn verbindlich ist»<sup>18</sup>.

[10] Der Begriff Impfwang geht geschichtlich gesehen weit zurück und lässt sich historisch bedingt nicht vollumfänglich vom Begriff des Impfbliogatoriums (resp. der Impfpflicht) abgrenzen, und es existieren keine einheitlichen Definitionen hinsichtlich der beiden Begrifflichkeiten.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Vgl. diesbezüglich u.a. THOMAS GÄCHTER/MARIANNE KAUFMANN, Impfpflicht für Gesundheitspersonal – Auswirkungen des neuen Epidemiengesetzes, *Pflegerecht*, Nr. 4, 2017, S. 213–217; GEISSBERGER (Fn. 14); HUG/PÄRLI (Fn. 12); RUDOLPH (Fn. 14); ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Art. 328, in: *Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR*, 7. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2012, S. 508–570; KERSTIN NOELLE VOKINGER/NOAH ROHNER, Impfbliogatorium und Impfwang – eine staatsrechtliche Würdigung, 2020, <https://recht.recht.ch/de/artikel/01rehtonlinefirst0220abh/impfbliogatorium-und-impfwang-eine-staatsrechtliche-wuerdigung>; Aufzählung nicht abschliessend.

<sup>16</sup> <https://www.duden.de/rechtschreibung/Zwang>.

<sup>17</sup> <https://www.duden.de/rechtschreibung/Obligatorium>.

<sup>18</sup> <https://www.duden.de/rechtschreibung/Pflicht>.

<sup>19</sup> HUGO MARTINI publizierte in seinem Wert von 1879 «Der Impfwang in seiner moralischen und wissenschaftlichen, insbesondere juristischen Unhaltbarkeit: ein ernstes Wort in ernster Zeit» (Commissionsverlag der Leip-

Nach LANGER besteht ein Impfzwang bereits dann, wenn die Androhung einer Strafe bei Nicht-Impfung vorliegt.<sup>20</sup> LANDOLT und HERZOG-ZWITTER gehen einen Schritt weiter und subsumieren unter Impfzwang die Durchsetzung einer Impfpflicht mit physischem Zwang.<sup>21</sup> RUDOLPH setzt den Begriff Impfzwang mit Impfpflicht gleich, schliesst jedoch die Anwendung von physischem Zwang zur Durchsetzung aus.<sup>22</sup> Dieser Auffassung folgen GÄCHTER und KAUFMANN und präzisieren, dass es sich bei Impfungen um Präventionsmassnahmen handelt, zu deren Durchsetzung kein Zwang angewendet werden darf.<sup>23</sup>

[11] VOKINGER und ROHNER nehmen eine kategoriale Abgrenzung der beiden Begriffe vor und klären in ihren Auslegungen, welche konkrete Pflicht mit einem Impfzwang durchgesetzt, respektive welche Pflichtverletzungen geahndet werden sollen. Sie konkludieren, dass es sich beim Impfzwang um eine qualifizierte Form des Impfblogatoriums handelt, respektive der Impfzwang als sogenanntes sanktionsbewehrtes Impfblogatorium bezeichnet werden kann. Gemäss ihren Ausführungen ist «jeder Impfzwang auch ein Impfblogatorium, doch ist umgekehrt nicht jedes Impfblogatorium ein Impfzwang».<sup>24</sup>

[12] Für die vorliegende Fragestellung lässt sich entsprechend das Folgende ausführen: Die Unterscheidung der Begrifflichkeiten von «Impfzwang» und «Impfpflicht», welche historisch gesehen – aber auch aktuell – synonym verwendet wurden und werden, hat eine rechtliche Relevanz. Ein Impfzwang im Sinne des Durchsetzens eines Impfblogatoriums unter Anwendung von physischem Zwang ist im Gesetz (Art. 38 Abs. 3 EpV) und in der Lehre hinlänglich als unzulässig beschrieben.<sup>25</sup> Folgt man bei der Begriffsauslegung den Ausführungen von VOKINGER und ROHNER, wird unter Impfzwang jedoch auch die Durchsetzung einer Impfpflicht mittels Strafandrohung oder Androhung sonstiger Nachteile verstanden, d.h. es werden nicht nur der physische Zwang, sondern sämtliche Formen von Sanktionen, die geeignet sind, die grundrechtlich und epidemien-gesetzlich geschützte Wahlfreiheit des Einzelnen hinsichtlich einer Impfung zu übersteuern, subsumiert.<sup>26</sup>

[13] Im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung eines möglichen Impfzwangs in Zusammenhang mit einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis wären denkbare Sanktionen beispielsweise die Androhung einer Kündigung oder Versetzung bei Nicht-Impfung. Entsprechend ist die Verwendung des Begriffs «Impfzwang» im Kontext von privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen grundsätzlich als korrekt einzustufen, sofern der Arbeitgeber konkrete Sanktionen bei Nicht-erfüllung der Impfpflicht vorsieht.

[14] Zurückkommend auf die Auslegung von VOKINGER und ROHNER, dass der Impfzwang stets eine qualifizierte Form der Impfpflicht ist<sup>27</sup>, wird im weiteren Verlauf dieses Aufsatzes der Begriff

---

ziger Vereinsbuchdruckerei, 1879) bereits kritische Erwägungen im Hinblick auf den staatlichen Impfzwang; VOKINGER/ROHNER (Fn. 15).

<sup>20</sup> LORENZ LANGER, Impfung und Impfzwang zwischen persönlicher Freiheit und Schutz der öffentlichen Gesundheit, ZSR, 1, 2017: 87–114. S. 89.

<sup>21</sup> HARDY LANDOLT/IRIS HERZOG-ZWITTER, Masernimpfblogatorium in Zeiten der Corona-Pandemie, in: Jusletter 31. August 2020, Rz. 35.

<sup>22</sup> RUDOLPH (Fn. 14), S. 40.

<sup>23</sup> GÄCHTER/KAUFMANN (Fn. 15), S. 216.

<sup>24</sup> VOKINGER/ROHNER (Fn. 15), Abschnitt 3.4.

<sup>25</sup> THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 4. Ausg. Helbing Lichtenhahn Verlag 2018, Rz. 824 f.

<sup>26</sup> VOKINGER/ROHNER, Abschnitt 6.

<sup>27</sup> VOKINGER/ROHNER, Abschnitt 4.

«Impfpflicht» für die Begriffe «Impfzwang» und «Impfpflicht» (respektive «Impfobligatorium») synonym verwendet.

### 1.2.2. Öffentlich-rechtliche vs. privatrechtliche Arbeitgeber im Gesundheitssektor

[15] Die nachfolgenden Ausführungen werden im Hinblick auf Schweizer Arbeitgeber im Gesundheitssektor, d.h. auf Gesundheitsinstitutionen der Schweiz, ausgerichtet. Darunter werden laut dem Schweizerischen Gesundheitsobservatorium (Obsan) Spitäler und Kliniken, Alters- und Pflegeheime sowie der Spitex-Bereich subsumiert.<sup>28</sup>

[16] Die Gesundheitsbetriebe in der Schweiz, insbesondere die Spitäler<sup>29</sup>, sind sowohl als öffentlich-rechtliche Körperschaften als auch privatrechtlich organisiert. In den letzten zwanzig Jahren zeigt sich schweizweit eine Veränderung bei der Organisationsform der Spitäler: während im Jahr 2003 noch 26 Spitalbetriebe als Teil einer engen Kantonsverwaltung oder als unselbständige öffentlich-rechtliche Anstalt geführt wurden, so waren es im Jahr 2007 noch deren 17. Gleichzeitig haben zahlreiche Kantone ihre Spitäler in Aktiengesellschaften überführt, und bei privaten Spitälern dominieren die Vereins- respektive die Stiftungsformen.<sup>30</sup>

[17] Laut MÜLLER und VON GRAFFENRIED (2011) liegt der Hauptunterschied zwischen einem öffentlich-rechtlichen und einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis darin, dass sich die gesetzlichen Grundlagen bei privatrechtlichen Arbeitgebern im Obligationenrecht und im Arbeitsgesetz wiederfinden und zusätzlich zahlreiche Literatur und Rechtsprechung vorliegt; wohingegen das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis nicht einheitlich, sondern beispielsweise auf Bundesebene im BPG, den dazugehörigen Verordnungen und auf kantonaler Ebene in unterschiedlichen Personalgesetzen und kantonalen Verordnungen usw. geregelt sei.<sup>31</sup> Zudem benötigt die Prüfung der Rechtmässigkeit von Impfvorschriften in öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen sowohl gesetzliche Grundlagen als auch das Vorliegen eines öffentlichen Interesses sowie die Einhaltung des Gebots der Verhältnismässigkeit.<sup>32</sup>

[18] Die nachfolgenden Überlegungen fokussieren auf die Rechtslage privatrechtlicher Anstellungsverhältnisse respektive privatrechtlich organisierter Gesundheitsbetriebe. Die Gegebenheiten des öffentlichen Personalrechts werden nicht betrachtet, obgleich sich dort ähnliche Fragestellungen ergeben könnten.<sup>33</sup>

---

<sup>28</sup> OBSAN, Gesundheitspersonal in der Schweiz – Bestandesaufnahme und Prognose bis 2030, Obsan Bericht 71 2016: S. 8. [https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2017/obsan\\_71\\_bericht\\_korr.pdf?fbclid=IwAR1tEBngLpd3Bvgu02OqX8QTaxcHYoeiAiX7XBnDhPN\\_u0g9YU\\_ANE3fww4](https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2017/obsan_71_bericht_korr.pdf?fbclid=IwAR1tEBngLpd3Bvgu02OqX8QTaxcHYoeiAiX7XBnDhPN_u0g9YU_ANE3fww4).

<sup>29</sup> Laut BFS existieren in der Schweiz knapp 281 Spitalbetriebe (vgl. Bundesamt für Statistik, Spitäler, 2021). <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/gesundheit/gesundheitswesen/spitaeler.html>.

<sup>30</sup> Avenir Suisse, Spitäler zwischen Politik und Wettbewerb, 2008, S. 22. <https://cdn.avenir-suisse.ch/production/uploads/2001/01/Kantonsmonitoring-Spitaeler-zwischen-Politik-und-Wettbewerb.pdf>.

<sup>31</sup> ROLAND MÜLLER/CAROLINE VON GRAFFENRIED, Unterschiede zwischen privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Anstellung, Recht, 5/6, 2011: 156–169. S. 156.

<sup>32</sup> RUDOLPH (Fn. 14), S. 3.

<sup>33</sup> HUG/PÄRLI (Fn. 12), S. 166.

### 1.2.3. Gesundheitspersonal

[19] Die OECD berücksichtigt unter dem Begriff Gesundheitspersonal sowohl die Beschäftigten des Gesundheitssektors als auch jene des Sozialsektors, d.h. einschliesslich Langzeitpflege, Kinderbetreuung und sonstige soziale Berufe, und berücksichtigt dabei sowohl Personen, die direkt Leistungen für Patienten und Pflegebedürftige erbringen, als auch Verwaltungs- und sonstige Arbeitskräfte. Laut OECD handelt es sich bei der Mehrheit der Beschäftigten im Gesundheitssektor um Gesundheitsfachkräfte, die direkt Leistungen für und am Patienten erbringen (i.e. Ärzte, Pflegeberufe etc.).<sup>34</sup>

[20] Laut Epidemienengesetz kann im Rahmen eines Ausbruchs einer ansteckenden Krankheit je nach Gefährdungslage oder Art und Weise der Ansteckungsgefahr das Gesundheitspersonal zu den besonders exponierten Personen resp. Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, Art. 6 Abs. 2d EpG subsumiert werden.

[21] In Anlehnung an diese Definition des OECD wird in den nachfolgenden Überlegungen in Teilen unterschieden nach *Berufen mit direktem* (sprich physischem) *Patientenkontakt* (bspw. Ärzte, Pflegeberufe, Rettungssanitäter, Physiotherapeuten u.ä.), *patienten-nahen Berufsgruppen* (Personengruppen mit Tätigkeiten in Patientennähe, jedoch ohne physischen Kontakt, i.e. Hotellerie, beratende Berufe, Reinigungspersonal, Empfang u.ä.) und dem *übrigen Personal von Gesundheitsbetrieben* (Verwaltungspersonal, technischer Dienst u.ä.).

## 2. Grundlagen einer Covid-19-Impfpflicht im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

[22] Für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ist das schweizerische Obligationenrecht (OR) anwendbar. Das OR geht vom Grundprinzip der Vertragsfreiheit aus. Demnach liesse sich eine Impfpflicht mit zwei Möglichkeiten einführen: einerseits mittels einer Arbeitgeberweisung nach Art. 321d OR, andererseits durch eine arbeitsvertragliche Vereinbarung zum Zeitpunkt der Ausstellung des entsprechenden Arbeitsvertrags.<sup>35</sup>

### 2.1. Impfpflicht durch arbeitsvertragliche Vereinbarung

#### 2.1.1. Rechtsgrundlagen für arbeitsvertragliche Covid-19-Impfpflicht-Vereinbarungen

[23] Das Arbeitsvertragsrecht (Art. 319 ff. OR), der allgemeine Teil des OR, sowie relevante Bestimmungen des ZGB bilden die gesetzliche Grundlage für Arbeitsverträge eines privatrechtlichen Arbeitgebers. Im Bereich des Arbeitsrechts ist die privatrechtliche Vertragsfreiheit stark eingeschränkt; so sind zahlreiche Vorschriften des OR zwingend (z.B. Art. 361 Abs. 1 OR), und von anderen darf nur zu Gunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden (z.B. Art. 362 Abs. 1 OR). Im Arbeitsvertrag können individuelle Vereinbarungen getroffen werden, sofern sie nicht relative oder absolut zwingende Gesetzesbestimmungen betreffen.

---

<sup>34</sup> OECD, Gesundheit auf einen Blick 2009: OECD-Indikatoren, 2009, S. 62, <http://www.oecd.org/berlin/45364719.pdf>.

<sup>35</sup> SARAH HACK-LEONI/PETRA KOLLER, «Impfzwang» in der Pflege – eine Übersicht, *Pflegerecht*, 4, 2017, 233–236, S. 235.

[24] Der Arbeitsvertrag würde somit grundsätzlich die Möglichkeit bieten, in privatrechtlichen Gesundheitsbetrieben eine Covid-19-Impfpflicht mit dem Arbeitnehmer zu vereinbaren. Bei einer vertraglich vereinbarten Impfpflicht würde eine Nichtimpfung eine Vertragsverletzung darstellen, was der Arbeitgeber mit Massnahmen bis einschliesslich der Kündigung sanktionieren könnte.<sup>36</sup>

### 2.1.2. Schranken von arbeitsvertraglichen Covid-19-Impfpflicht-Vereinbarungen

[25] Arbeitsvertragliche Regelungen erfahren unter anderem durch Art. 27 Abs. 2 ZGB eine Einschränkung. Art. 27 Abs. 2 ZGB bezweckt laut BGE 129 III 209 zum «Schutz der persönlichen Freiheit [...] das Recht der übermässig gebundenen Partei, die Vertragserfüllung zu verweigern (Präzisierung der Rechtsprechung)»: Zum Schutz der Persönlichkeit wird die Vertragsfreiheit beschränkt.<sup>37</sup> Laut HUG/PÄRLI fehlt für eine abschliessende Beurteilung sowohl eine richterliche Klärung als auch eine wissenschaftliche Analyse dieser Vertragseinschränkung im Hinblick auf eine privatrechtliche Impfpflicht im Arbeitsvertrag. RUDOLPH<sup>38</sup> nahm diesbezüglich eine Gesamtwürdigung vor, die es laut HUG/PÄRLI ermöglicht, unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit eine Abwägung zwischen Schutz des Patienten (und notabene des restlichen Gesundheitspersonals) und dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Gesundheitspersonals vorzunehmen. Die Zulässigkeit einer solchen vertraglichen Regelung sei im Einzelfall zu prüfen unter der Berücksichtigung der Art der Impfung, des Grundes der Anordnung dieser Impfung sowie dem Aufgabenbereich der jeweiligen Person.

[26] Bestehende Arbeitsverträge können nur mit Einwilligung des Arbeitnehmers oder durch eine Änderungskündigung (im Gesetz nicht geregelt, aber zulässig<sup>39</sup>) um eine Covid-19-Impfpflichtklausel ergänzt werden. Die Ablehnung einer Impfung stellt einen Teil der Persönlichkeit dar.<sup>40</sup> Kündigungen wegen einer Eigenschaft, die dem Arbeitnehmer kraft seiner Persönlichkeit zusteht, sind gemäss Art. 336 Abs. 1 lit. a OR grundsätzlich missbräuchlich. Eine Änderungskündigung wäre jedoch gerechtfertigt, wenn die Eigenschaft in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis steht oder wenn sie die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich beeinträchtigt.<sup>41</sup> Eine richterliche Klärung dieser Frage fehlt jedoch genauso wie eine breite wissenschaftliche Auseinandersetzung.

---

<sup>36</sup> HUG/PÄRLI (Fn. 12), S. 170.

<sup>37</sup> HUG/PÄRLI (Fn. 12), S. 169; m.H.a. HUGUENIN-Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1–456 ZGB), in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), 4. Aufl., Basel/Genf/München 2010, N1 zu Art. 27 ZGB.

<sup>38</sup> RUDOLPH (Fn. 14), S. 7.

<sup>39</sup> URS BÜRGI/CATERINA NÄGELI, *Arbeits-recht.ch*, Herausgeber Lawmedia AG 2021, <https://www.arbeits-recht.ch/kuendigung-entlassung-beendigung-arbeitsverhaeltnis/aenderungskuendigung>.

<sup>40</sup> HUG/PÄRLI (Fn. 12), S. 171.

<sup>41</sup> [humanrights.ch](https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/diskriminierung/diskriminierungsverbot-dossier/diskriminierung-in-der-arbeitswelt/diskriminierung-bei-der-kuendigung/merkmale), Diskriminierung bei der Kündigung aufgrund anderer Persönlichkeitsmerkmale, 2. August 2017, <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/diskriminierung/diskriminierungsverbot-dossier/diskriminierung-in-der-arbeitswelt/diskriminierung-bei-der-kuendigung/merkmale>.



## 2.2. Impfpflicht durch Weisungsrecht des privatrechtlichen Arbeitgebers

### 2.2.1. Rechtsgrundlagen des Weisungsrechts

[27] Das Weisungsrecht des Arbeitgebers wird in Art. 321d Abs. 1 und 2 OR definiert: *Der Arbeitgeber kann über die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb oder Haushalt allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen besondere Weisungen erteilen. Der Arbeitnehmer hat die allgemeinen Anordnungen des Arbeitgebers und die ihm erteilten besonderen Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen.*

[28] Das Weisungsrecht des Arbeitgebers ist ein Gestaltungsrecht, welches aus dem Subordinationsverhältnis des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Arbeitgeber folgt und als eigenständiger Anspruch des Arbeitgebers neben die Arbeitspflicht, Arbeitsleistung und Arbeitnehmertreue<sup>42</sup> des Arbeitnehmers tritt. Es handelt sich dabei um eine empfangsbedürftige Willensäusserung des Arbeitgebers und seine Wirkung entfaltet sich mit dem Zugang beim Arbeitnehmer.<sup>43</sup> Das Weisungsrecht kann zu einer Weisungspflicht werden (Art. 55 OR), wenn eine Weisung zum Schutz des Arbeitnehmers oder Dritter erforderlich ist. Dies trifft dann zu, wenn der Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht wahrzunehmen hat oder er als Geschäftsherr gegenüber Dritten haftet. Das Weisungsrecht wird durch die in Art. 321d Abs. 2 OR definierte Befolungspflicht ergänzt bzw. verstärkt.

[29] Des Weiteren führt das Recht, Weisungen zu erlassen, entsprechend zum Recht, die Einhaltung durch den Arbeitnehmer zu überwachen. D.h. die Weisungspflicht kann zu einer Kontroll- und Durchsetzungspflicht werden. Befolgt der Arbeitnehmer eine Covid-19-Impfpflichtweisung des Arbeitgebers nicht, so sind bei Nichtbefolgung der Weisungen entsprechend Sanktionen denkbar. Diese reichen von Disziplinar massnahmen (z.B. Verwarnung/Abmahnung), zu Änderungskündigungen (z.B. Versetzung in einen anderen Bereich/Funktion, damit einhergehend mögliche finanzielle Einbussen resp. hierarchische Rückstufung), sowie über ordentliche Kündigung resp. fristlose Kündigung (letztere, sofern sich die Weisungsverweigerung zur Arbeitsverweigerung auswächst oder aus anderen wichtigen Gründen, bei Vorliegen von Beweisen und als äusserste Massnahme) bis hin zu möglichem Schadensersatz (z.B. Arbeitnehmerhaftung nach OR 321e, sofern dem Arbeitgeber ein Schaden entstand durch die Nichtbeachtung der Arbeitgeberweisungen; Konventionalstrafen (sofern vertraglich vereinbart); Ordnungsbussen (sofern vorgängig z.B. im Betriebsreglement festgelegt/vorgesehen) etc.). Die Schwere der Sanktion wird in Abhängigkeit vom Ausmass der Nichtbefolgung gestellt, wobei vom Grundsatz her gilt, dass für weitreichende Sanktionen wiederholte Nichtbefolgung in der gleichen Sache, zum gleichen Thema oder zur gleichen Verhaltensfrage vorliegen sollen.<sup>44</sup> Auch das Verwaltungsgericht St. Gallen bestätigte in seinem Urteil vom 19. Oktober 2006, dass die Verweigerung der Einhaltung einer Weisung bezüglich einer Hepatitis-B-Impfung als pflichtwidriges Verhalten einzustufen sei.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Arbeitnehmertreue wird definiert als die Pflicht des Arbeitnehmers, die Interessen des Arbeitgebers zu wahren (vgl. OR 321a–c).

<sup>43</sup> URS BÜRGI/CATERINA NÄGELI, Arbeitgeberweisungen: Informationen zum Weisungsrecht des Arbeitgebers im Schweizer Arbeitsrecht, 2021, <https://www.arbeitgeberweisungen.ch/elemente-der-weisungen>.

<sup>44</sup> ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Art. 321d, in: Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG 2012, S. 237–249, N7, S. 247; BÜRGI/NÄGELI (Fn. 43).

<sup>45</sup> St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis. Nr. 1, II. Entscheide zum Bundesrecht 4, [https://www.sg.ch/content/dam/sgch/recht/gerichte/gvp/2006/GVP\\_2006\\_komplett.pdf](https://www.sg.ch/content/dam/sgch/recht/gerichte/gvp/2006/GVP_2006_komplett.pdf).

[30] Im Hinblick auf privatrechtliche Arbeitgeber im Gesundheitssektor kann entsprechend festgehalten werden, dass aus den Grundlagen zum Weisungsrecht mithin eine Weisungspflicht abgeleitet werden kann, Patienten und andere Arbeitnehmer vor einer Ansteckung durch das Gesundheitspersonal zu schützen.<sup>46</sup>

### 2.2.2. Schranken des Weisungsrechts

#### a. Art. 328 Persönlichkeitsschutz

[31] Begrenzt wird das Weisungsrecht seitens des Arbeitgebers durch den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers.<sup>47</sup> Eine Impfung stellt einen medizinischen Eingriff in die körperliche Integrität einer Person dar und dies ist gemäss Art. 28 ZGB nur zulässig, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt<sup>48</sup>, ein welcher gemäss Art. 28 Abs. 2 ZGB die Einwilligung der Person, ein überwiegendes öffentliches oder privates Interesse oder eine gesetzliche Grundlage wäre.

[32] Die Einwilligung der Einzelperson erfolgt bei einer vertraglichen Regelung der Impfpflicht durch die Unterzeichnung des Arbeitsvertrages respektive bei der Kenntnisnahme und individuellen Umsetzung der Arbeitgeberweisung.

[33] Bezüglich dem öffentlichen oder privaten Interesse kommt es zu einer Interessensabwägung: Auf der einen Seite steht das Interesse der Öffentlichkeit, insbesondere in einem Gesundheitsbetrieb vor einer ansteckenden Krankheit ausreichend geschützt zu werden. Entsprechend trifft das Gesundheitspersonal eine erhöhte Pflicht, sich, das weitere Gesundheitspersonal und die Patienten vor einer Ansteckung zu schützen.<sup>49</sup> Gleichzeitig besteht ein öffentliches Interesse an der Aufrechterhaltung des Betriebs von Gesundheitsinstitutionen, gleichauf mit dem betriebswirtschaftlichen Interesse des jeweiligen Arbeitgebers, seine Dienstleistungen möglichst unbeeinträchtigt anbieten zu können. Diesen Interessen stehen diejenigen der möglicherweise impfunwilligen Einzelperson gegenüber. Im Hinblick auf die Eindämmung einer Pandemiesituation sowie der in der Pandemie notwendigen Aufrechterhaltung der Leistungen von Gesundheitsbetrieben kann laut Lehre der Gesundheitsschutz höher gewichtet werden als das Selbstbestimmungsrecht des Spitalpersonals.

[34] STREIFF et al. schliessen eine pauschale Grundlage nach Art. 328 OR für eine generelle Impfpflicht des gesamten Gesundheitspersonals eines Spitals ohne Berücksichtigung von individuellen Faktoren, wie die tatsächliche Exposition sowie Impfnebenfolgen, auch in Pandemiezeiten explizit aus. Sie führen aus, dass selbst in Zeiten einer akuten Pandemiesituation für bestimmte Personengruppen wie beispielsweise Ärzte und Pflegende mit direktem Kontakt zu gefährdeten Personen eine sorgfältige Interessensabwägung und Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall vorzunehmen sei.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> HUG/PÄRLI (Fn. 12), S. 171.

<sup>47</sup> RUDOLPH (Fn. 14), S. 40; HACK-LEONI/KOLLER (Fn. 35), S. 236.

<sup>48</sup> GEISSBERGER (Fn. 14), S. 238; m.H. auf ODILE PELET, Vaccination du personnel hospitalier: qui décide?, in Sprumont Dominique (Ed.), De la lutte contre les épidémies et promotion de la santé, Bern, 2017, S. 123 ff., S. 151 f.; MAYA SHAHA/STÉPHANIE PERRENOUD/SIMONE ROMAGNOLI, Grippeimpfung – eine moralisch-ethische Verpflichtung für Pflegefachpersonen? in: Pflegerecht 01, 2017, S. 15 ff, S. 24.

<sup>49</sup> GEISSBERGER (Fn. 14), S. 238.

<sup>50</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 15), N15d, S. 550.

**b. Schranke «fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer»**

[35] Von arbeitgeberseitigen Weisungen können fachlich weisungsfreie Arbeitnehmer ausgenommen sein. Dies, wenn sie eine hohe Eigenverantwortung haben und damit verbunden ein hohes Mass an Selbständigkeit vorweisen können. Darunter fallen nebst leitenden Angestellten auch Personen mit Spezialitäten-Fachkenntnissen wie beispielsweise Mediziner, Journalisten und Künstler.<sup>51</sup>

[36] Auf die vorliegende Fragestellung bezogen lässt sich diesbezüglich ableiten, dass privatrechtliche Arbeitgeber im Hinblick auf eine Covid-19-Impflicht-Weisung Ärzte in leitenden Positionen (i.d.R. Leitende Ärzte und Chefarzte) möglicherweise nur eingeschränkt anweisen können, sich gegen Covid-19 impfen zu lassen. Ob diese Einschränkung in der vorliegenden Fragestellung zum Tragen kommt, müsste im Detail geprüft werden, da der Arzt im vorliegenden Fall nicht Behandler, sondern Arbeitnehmer und zu impfende Person ist. In der Detailprüfung müsste mitgeprüft werden, ob eine fachliche Schranke für Ärzte im Allgemeinen greifen würde, oder aufgrund von Covid-19 als Infektionskrankheit nur für zu definierende (Fach-)Ärzte (z.B. Virologen, Infektiologen).

[37] Entsprechend müsste von Lehre und Rechtsprechung im Detail definiert werden, was unter dem Begriff «fachlich weisungsfrei» zu verstehen ist und inwieweit diese Einschränkung in der vorliegenden Fragestellung zum Tragen kommen würde.

**c. Schranke übergeordnete Instanz zu untergeordneter Instanz**

[38] Weisungen einer höheren Instanz haben Vorrang gegenüber Weisungen von niedrigeren Instanzen und ein Widerspruch darf nicht den Arbeitnehmer belasten.<sup>52</sup>

[39] Bezugnehmend auf die diversen Aussagen des Bundesrates<sup>53</sup> und des BAG<sup>54</sup> im Hinblick auf die aktuelle Covid-19-Pandemie und die Covid-19-Impfung, dass es seitens der Bundesregierung hierfür ausschliesslich eine Impfempfehlung und es keine Impfpflicht gebe, müsste im Detail geprüft werden, ob eine privatrechtlich und arbeitgeberseitig erlassene Impfpflicht im Widerspruch zu den Aussagen der Behörden stehen würde.

**2.3. Zusammenfassung der privatrechtlichen Möglichkeiten einer Covid-19-Impfpflicht**

[40] Privatrechtlich organisierten Arbeitgebern im Gesundheitsbereich stehen mittels Arbeitsvertrag und arbeitgeberseitiger Weisung grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen, eine Impfpflicht hinsichtlich Covid-19 anzuweisen respektive zu regeln.

[41] Laut HUG/PÄRLI sind Arbeitsverträge eine geeignete Möglichkeit, eine vertragliche Pflicht zur Impfung zu vereinbaren, da der Arbeitnehmer bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses

---

<sup>51</sup> BÜRGI/NÄGELI (Fn. 43).

<sup>52</sup> BÜRGI/NÄGELI (Fn. 43).

<sup>53</sup> Vgl. u.a. CORNELIA EGLI/LAURA SIBOLD, Wir wollen nicht öffnen und gleich wieder schliessen, SRF vom 17. März 2021, <https://www.srf.ch/news/schweiz/corona-debatte-im-nationalrat-berstet-wir-wollen-nicht-oeffnen-und-gleich-wieder-schliessen-sowie-die-bbi-2020-6563-vom-12.-august-2020>, <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/62373.pdf>.

<sup>54</sup> Bundesamt für Gesundheit, Impfung, 2021, <https://bag-coronavirus.ch/impfung/>.

ses Kenntnis von einer solchen Impfpflicht nimmt und grundsätzlich die Wahlfreiheit hat, dem Vertrag zuzustimmen.<sup>55</sup> Allgemein gehaltene Klauseln im Arbeitsvertrag respektive generelle Verpflichtungen, alle erforderlichen Impfungen vorzunehmen, sind nach HUG/PÄRLI jedoch unzulässig, respektive müssten auf ein zulässiges Mass reduziert werden. Dies wäre durch die Beschränkung auf eine Covid-19-Impfung sowie durch Einschränkungen auf bestimmte Personengruppen (vgl. Abschnitt 1.2.3 des vorliegenden Aufsatzes) gegeben.

[42] Bestehende Arbeitsverträge könnten nur mittels Zustimmung des Arbeitnehmers respektive durch eine Änderungskündigung mit einer Covid-19-Impfpflicht-Klausel abgeändert werden.

[43] Im Einzelfall bleibt zu prüfen, ob unter Umständen der zukünftige Arbeitnehmer unter gewissen Zwängen den Arbeitsvertrag unterzeichnet hat (i.e. Arbeitslosigkeit, finanzielle Notlage etc.). Die Einschränkung auf bestimmte Bereiche des Gesundheitsbetriebs wirkt diesem Argument schwächend entgegen, denn bei den aufgeführten Bereichen handelt es sich um Fachbereiche, in welchem in der Schweiz akuter Fachkräftemangel<sup>56</sup> herrscht und ein fachlich qualifizierter Arbeitnehmer in den Genuss von Auswahlmöglichkeiten zwischen mehreren potentiellen Arbeitgebern kommt.

[44] Das Weisungsrecht nach Art. 321d Abs. 1 OR erlaubt es dem privatrechtlichen Arbeitgeber, für die Ausführung der Arbeit und das Verhalten seiner Arbeitnehmer allgemeine Anordnungen zu erlassen und ihnen besondere Weisungen zu erteilen. Der Arbeitnehmer hat die Anordnungen und Weisungen nach Treu und Glauben zu befolgen (Art. 321d Abs. 2 OR). Das Weisungsrecht ermöglicht den privatrechtlichen Arbeitgebern, den Inhalt des Arbeitsvertrages zu konkretisieren.<sup>57</sup>

[45] Im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung führen STREIFF et al. an, dass das arbeitsvertragliche Weisungsrecht eine genügende Rechtsgrundlage bildet, um in einer Pandemiesituation eine Impfverpflichtung für Ärzte und Pflegenden mit direktem Kontakt zu gefährdeten Personen zu begründen.<sup>58</sup>

[46] Beide Möglichkeiten unterliegen jedoch Einschränkungen insbesondere durch den Persönlichkeitsschutz, denn in der Lehre wird die generelle Rechtfertigung einer Impfpflicht mit dem Gesundheitsschutz von Gesundheitspersonal als zu weitreichend abgelehnt.<sup>59</sup> Es bedarf dahingehend einer Verhältnismässigkeit und einer Einzelfallbetrachtung.<sup>60</sup> Eine Einzelfallbetrachtung – sprich die vertragliche Regelung mit oder die Arbeitgeberweisung für eine einzelne Person – müsste jedoch wiederum dem Gleichbehandlungsgrundsatz standhalten, der sich aus der Pflicht des Arbeitgebers zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers ableitet (Art. 328 OR). Um diesen Grundsatz einzuhalten, beziehen sich die nachfolgenden Auslegungen auf die in Abschnitt 1.2.3 dieses Aufsatzes übernommene Abgrenzung dreier Berufsgruppen im Gesundheitssektor, und dabei jeweils auf die gesamten zu diesen Personengruppen gehörenden Arbeitnehmer.

---

<sup>55</sup> HUG/PÄRLI (Fn. 12), S. 170.

<sup>56</sup> Bzgl. Fachkräftemangel vgl. u.a. OBSAN, 2016, [https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2016/obsan\\_bulletin\\_2016-12\\_d.pdf](https://www.obsan.admin.ch/sites/default/files/publications/2016/obsan_bulletin_2016-12_d.pdf); ZHAW Gesundheit, Fachkräftemangel Gesundheitsberufe 2021, <https://www.zhaw.ch/de/gesundheit/forschung/themendossiers/fachkraeftemangel-gesundheitsberufe/>; BWG Medinside, Jedes Jahr fehlen 3000 Pflegefachkräfte, vom 1. Juli 2019, <https://www.medinside.ch/de/post/schweiz-bildet-jaehrlich-3000-pflegekraeft-zu-wenig-aus, uvm>.

<sup>57</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 44), N2, S. 237 f.

<sup>58</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 15), N15b, S. 550.

<sup>59</sup> GEISSBERGER (Fn. 14), S. 238.

<sup>60</sup> GÄCHTER/KAUFMANN (Fn. 15), S. 217.

[47] Zusammenfassend könnte eine arbeitsvertragliche Regelung respektive eine Arbeitgeberweisung zur verpflichtenden Covid-19-Impfung nach der hier vertretenen Auffassung unter Umständen als zulässig erachtet werden, sofern hierbei in Anlehnung an das Verhältnismässigkeitsgebot einer Massnahme<sup>61</sup> sowohl sachliche, zeitliche und örtliche/räumliche wie auch personelle Konkretisierungen soweit erforderlich vorgenommen werden:

- Personell ist die Impfpflicht auf Berufsgruppen mit direktem (physischem) Patientenkontakt zu beschränken. Diese Berufsgruppen können unter die «besonders exponierten Personen» sowie «Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben» (Art. 6 Abs. 2 EpG) subsumiert werden. Sie trifft eine erhöhte Pflicht, sich, die anderen Arbeitnehmer und die Patienten vor einer Ansteckung mit Covid-19 zu schützen. Für Berufsgruppen mit lediglich patienten-nahen Tätigkeiten sowie für das übrige Personal von Gesundheitsbetrieben überwiegt der Schutz der Persönlichkeit, da es hinsichtlich Covid-19 im Zusammenhang mit ihrer Tätigkeit milderere Schutzmassnahmen (i.e. Schutzmasken, Abstandsregeln etc.) gibt.<sup>62</sup> HUG/PÄRLI führen dahingegen aus, dass auch Angestellte mit nur indirektem Patientenkontakt und Verwaltungspersonal ungeimpfte Patienten sowie anderes Gesundheitspersonal anstecken könnten (z.B. durch die gemeinsame Benutzung von Aufzügen, Cafeteria etc.). Laut anderer Meinungen in der Literatur<sup>63</sup> sind jedoch Impfblogatorien stets «ultima ratio» und mildere, aber gleichermassen geeignete Massnahmen gehen mit Verweis auf Art. 38 Abs. 1 lit. e EpV einer Impfpflicht vor. Entsprechend wird hier die Auffassung vertreten, dass es den Gesundheitsbetrieben obliegt, für Berufsgruppen mit lediglich indirektem Patientenkontakt sowie dem übrigen Personal die Ansteckungen mittels gleichermassen geeigneten, nicht-invasiven Massnahmen zu verhindern.
- Sachlich ist die Impfpflicht auf die Covid-19-Impfung zu beschränken. Zum Zeitpunkt des Verfassens der vorliegenden Erwägungen besteht noch kein langfristiges Wissen über die Wirkungsdauer einer Covid-19-Impfung. Je nach zukünftigen Erkenntnissen müssten etwaige Auffrisch-Impfungen mit aufgeführt werden. Ebenso fehlen zuverlässige Aussagen oder Prognosen über die schweiz- und weltweite Entwicklung von Covid-19 und die «neue Normalität» mit respektive nach Covid-19.
- Hinsichtlich zeitlicher Beschränkungen ist eine vertragliche Covid-19-Impfpflicht zum jetzigen Zeitpunkt auf das Vorliegen der besonderen Lage nach Art. 6 EpG, respektive beim Wiedererlangen der normalen Lage auf Zeitperioden von effektiven Erkrankungsfällen zu begrenzen. Sollte sich zeigen, dass regelmässige Auffrisch- respektive Neu-Impfungen zum Schutz von Covid-19 notwendig sind, so wäre eine zeitliche Einschränkung dahingehend analog der Covid-19-Impfpflicht notwendig. Auch bezüglich dieses Aspekts fehlt zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Aufsatzes eine solide Grundlage, wie in kurz-, mittel- und langfristiger Zukunft sich der Verlauf der Covid-19-Erkrankungen entwickeln respektive «normalisieren» wird.
- Örtliche Beschränkungen einer arbeitsvertraglichen Covid-19-Impfpflicht sind entsprechend auf die Bereiche des Gesundheitsbetriebs zu beschränken, in welchen für Patienten

---

<sup>61</sup> Vgl. ETH Zürich, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Webarchiv 2004, <http://webarchiv.ethz.ch/ruch/archiv/lehrveranstaltungen/04ws/GZRO/GZROVerhaeltnism.pdf>.

<sup>62</sup> RUDOLPH (Fn. 14), S. 40.

<sup>63</sup> VOKINGER/ROHNER (Fn. 15), Abschnitt 2 c) bb); GÄCHTER/KAUFMANN (Fn. 25), S. 217.

höhere Risiken im Hinblick auf Covid-19-Ansteckungen vorliegen, wie beispielsweise die Intensivstationen, Notfallstationen, Covid-19-Isolationsstationen, OP, Onkologie, Geriatrie, Rettungsdienst (Aufzählung nicht abschliessend).

[48] Last but not least: Weisungen des Arbeitgebers dürfen nicht gegen geltendes Recht verstossen. Der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz wird im Arbeitsgesetz in Artikel 6 geregelt. Die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz konkretisiert diese Anforderung und umschreibt im Grundsatz in Artikel 2, dass der Arbeitgeber alle Massnahmen zu treffen hat, die nötig sind, um den Gesundheitsschutz zu wahren und zu verbessern und die physische und psychische Gesundheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten.

[49] Entsprechend lässt sich ableiten, dass Arbeitgeber grundsätzlich keine potentiell gesundheitsschädigenden Weisungen erlassen können. Strafrechtlich ist eine Impfung (wie andere medizinische Eingriffe) ohne Einwilligung der jeweiligen Person eine Körperverletzung. Bei Weisungen hinsichtlich Impfungen gilt es zu beachten, dass Impfungen «keine Bagatellen»<sup>64</sup> sind und Nebenwirkungen nicht ausgeschlossen werden können<sup>65</sup> und dass im Hinblick auf die Covid-19-Impfung insbesondere die Langzeitfolgen noch nicht bekannt oder abschliessend geklärt sind<sup>66</sup>. Es bleibt zu klären, ob im Falle eines eintretenden Impfschadens aufgrund einer Covid-19-Impfpflicht-Weisung im Einzelfall eine Haftungsfolge für den privatrechtlichen Arbeitgeber resultieren könnte.

### 3. Haftung bei Impfpflicht im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis

[50] Ein Impfschaden ist gegeben, wenn eine geimpfte Person eine «über das übliche Ausmass einer Impfreaktion hinausgehende gesundheitliche Schädigung erleidet, und die Impfung damit eine eigentliche Körperverletzung bewirkt», wobei festgehalten wird, dass nicht jede bekannte Impfreaktion (i.e. Rötungen, Schwellungen, Fieber, Gliederschmerzen) oder unerwünschte Nebenwirkung (i.e. Reizbarkeit) aus rechtlicher Sicht einen Impfschaden und damit eine haftungsrechtliche Verantwortung mit sich ziehen.<sup>67</sup>

[51] Tritt hingegen als Folge der Covid-19-Impfung zum Beispiel eine vorübergehende oder bleibende Arbeitsunfähigkeit auf, so ist dies sowohl für die betroffene Person selbst, aber auch für den Arbeitgeber, ein – mitunter – schwerer Folgeschaden. Wird nun das Personal von privatrechtlichen Gesundheitsbetrieben seitens des Arbeitgebers zur Impfung gegen Covid-19 arbeitsvertraglich oder per Arbeitgeberweisung verpflichtet, stellt sich unter anderem die Frage zur Haftung bei Schäden aus möglichen Impffolgen.

---

<sup>64</sup> RUDOLPH (Fn. 14), S. 7.

<sup>65</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 44), N3, S. 239 f.

<sup>66</sup> Bundesamt für Gesundheit, Impfung gegen COVID-19: Wer haftet bei Impfschäden? BAG-Bulletin: 8–9, 2021. S.9. <https://www.infovac.ch/docs/public/coronavirus/impfung-gegen-covid-19-wer-haftet-bei-impfschaden-.pdf>.

<sup>67</sup> Bundesamt für Gesundheit, 11 Rechtliche Grundlagen und Haftung, 2021. [https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/gesundheits/corona/impfung/haftung\\_covid\\_19\\_impfung.pdf](https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/gesundheits/corona/impfung/haftung_covid_19_impfung.pdf).

### 3.1. Haftung bei Impfungen

[52] Laut PALLY HOFMANN kommen auch bei Covid-19-Impfung die üblichen Haftungsregeln zur Anwendung: die Produkthaftung des Herstellers, die Haftung der die Impfung durchführenden Person im Auftragsrecht (i.d.R. Arzthaftung) sowie subsidiär die sogenannte Ausfallhaftung des Bundes bei Schäden aus Impffolgen.<sup>68</sup>

#### 3.1.1. Produkthaftung durch den Hersteller (PrHG)

[53] Gestützt auf das Produkthaftpflichtgesetz (PrHG; SR 221.112.944) haftet ein Impfstoffhersteller, wenn der Impfstoff fehlerhaft ist, weil er beispielsweise einen Konstruktions- oder Fabrikationsfehler aufweist, und wenn bei korrekter Anwendung des Impfstoffs bei einer geimpften Person ein Schaden entsteht. Allerdings besteht keine Haftung, wenn die Fehlerhaftigkeit nach dem Stand der Wissenschaft und Technik zu dem Zeitpunkt, zu welchem der Impfstoff in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden können (Art. 4 PrGH).

[54] Diese letzte Einschränkung des PrGH könnte im Hinblick auf Covid-19-Impfstoffe als relevant erachtet werden. Zwar wurden für die Zulassung der Covid-19-Impfstoffe entsprechende medizinische Studien einbezogen.<sup>69</sup> Aufgrund der Zeitspanne zwischen Ausbruch der Pandemie im Frühjahr 2020 und der Freigabe der Covid-19-Impfstoffe gegen Ende 2020 resp. Beginn des Jahres 2021 konnten und können noch keine potentiellen Schäden aus Langzeitstudien nachgewiesen werden. Laut einschlägiger Meinung greift in diesem Zusammenhang jedoch nicht die Produkthaftpflicht, sondern die Aufklärungspflicht des impfenden Arztes, der die zu impfende Person darüber informieren muss, dass beim verwendeten Impfstoff noch nicht alle Risiken und Nebenwirkungen bekannt sind resp. bekannt sein können.<sup>70</sup>

[55] Im Hinblick auf die Fragestellung kann festgehalten werden, dass im Falle eines fehlerhaften Covid-19-Impfstoffes die Haftung durch den Produktheersteller grundsätzlich greifen würde.

#### 3.1.2. Haftung der impfenden Person (Auftragsrecht)

[56] Im Gegensatz zu Ärzten von öffentlich-rechtlichen Spitälern oder kantonalen Impfzentren, bei welchen eine mögliche Haftung aufgrund des kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzes<sup>71</sup> geprüft werden müsste, wird die Haftung des impfenden Arztes (oder jeder anderen die Impfung ausführenden Person) einer privatrechtlichen Organisation gemäss dem Schweizerischen Obligationenrecht im Allgemeinen und den Regelungen des Auftragsrechts im Speziellen beurteilt.<sup>72</sup> Der impfende Arzt haftet bei unsorgfältiger Behandlung oder mangelhafter Aufklärung.

---

<sup>68</sup> URSULA PALLY HOFMANN, Covid-19-Impfung: Haftung und Patientenrechte, Schweizerische Ärztezeitung, 102(1–2), 2021, 5–7. S. 5.

<sup>69</sup> Vgl. u.a. SWISSMEDIC, Swissmedic erteilt Zulassung für den ersten Covid-19-Impfstoff in der Schweiz, vom 19. Dezember 2020, [https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/covid-19-impfstoff\\_erstzulassung.html](https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/covid-19-impfstoff_erstzulassung.html).

<sup>70</sup> PALLY-HOFMANN (Fn. 58), S. 7; URSULA PALLY-HOFMANN, Covid-19-Impfung: Aufklärung und Urteilsfähigkeit, Schweizerische Ärztezeitung, 102(5), 2021: 158–159. S. 159.

<sup>71</sup> REGINA AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMAN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHKE/BRIGITTE TAG, *Arztrecht*, Bern Stämpfli Verlag 2016. Paragraph 7, N1 ff.

<sup>72</sup> Bundesamt für Gesundheit (Fn. 66), S. 8.

[57] Um die Sorgfaltspflicht zu erfüllen, muss der impfende Arzt nicht nur eine korrekte Verabreichung der Impfung sicherstellen, sondern die zu impfende Person umfassend aufklären, ihr die vorliegenden Fachinformationen verständlich vermitteln und über mögliche Risiken der Impfung umfassend informieren. Dabei sind alle zugänglichen Informationen zu berücksichtigen, u.a. Informationen des Herstellers, Empfehlungen von Behörden und Fachgesellschaften sowie Resultate aus Wissenschaft und Technik.<sup>73</sup> Die in Abschnitt 3.1.1 erwähnte Pflicht zur Aufklärung über mögliche, noch nicht bekannte Risiken und Nebenwirkungen ist Teil dieser Aufklärungspflicht.

[58] Sind die Haftungsvoraussetzungen<sup>74</sup> erfüllt, so deckt die jeweilige Haftpflichtpolice des Arztes den Impfschaden.<sup>75</sup> Sofern der das Gesundheitspersonal impfende Arzt beim privatrechtlichen Arbeitgeber selbst angestellt ist, ist eine Arbeitgeberhaftung nach Art. 55 OR zu prüfen (siehe nachstehendes Kapitel 3.2).

### 3.1.3. Staatshaftung

[59] Im Epidemiengesetz ist vorgesehen, dass ein Anspruch auf Entschädigung für Impfschäden gegeben ist, sofern die Impfung behördlich angeordnet oder empfohlen wurde (Art. 64 EpG). Die Staatshaftung gilt jedoch nur subsidiär («Ausfallhaftung» bis maximal CHF 70'000<sup>76</sup>), d.h. wenn der Schaden nicht anderweitig gedeckt wird, beispielsweise durch die Produkthaftung, die Arzthaftung oder eine Versicherung (Sozial- oder Privatversicherung). Die Empfehlung des BAG zu einer Impfung (z.B. Covid-19-Impfung) begründet keine Haftung des BAG, denn weder Ärzteschaft noch zu impfende Person sind verpflichtet, diese Empfehlungen einzuhalten.<sup>77</sup> Der Entscheid, ob eine Covid-19-Impfung vorgenommen wird, liegt beim impfenden Arzt zusammen mit der zu impfenden Person.

[60] Auch Verträge, die der Bund mit Impfstoffherstellern abschliesst, wie in der aktuellen Covid-19-Pandemie mit Covid-19-Impfstoffherstellern, beseitigen weder die Herstellerhaftpflicht noch ergibt sich daraus eine «neue Art von Haftung des Bundes»<sup>78</sup>. Im Hinblick auf die Covid-19-Impfung wurden diverse Motionen<sup>79</sup> bezüglich der Haftungsfrage an den Bundesrat gestellt. In den Rückantworten nimmt der Bundesrat Stellung und hält fest, dass die Haftpflicht auch bei Covid-19-Impfungen «primär den üblichen Haftungsregelungen, wie sie bei jedem anderen [...] Impfstoff gelten» zum Tragen kommt und keine Lockerungen für Covid-19-Impfstoffe vorgesehen sind. Der Bundesrat hält zudem schriftlich fest, dass «Verträge, die der Bund mit Impfstoffherstellern abschliesst, [...] keine neue Haftpflicht des Bundes [begründen]»<sup>80</sup>. Es werde auch im Falle von Covid-19-Impfungen darauf abgestützt, dass aus klinischen Studien transparente Informationen zu Nebenwirkungen vorliegen, die Hersteller und die medizinischen Fachpersonen rechtlich verpflichtet sind, Nebenwirkungen an Swissmedic zu melden und bei Bedarf Mass-

---

<sup>73</sup> Bundesamt für Gesundheit (Fn. 67), S. 16.

<sup>74</sup> Namentlich im Vertragsverhältnis: Vertragsverletzung, adäquater Kausalzusammenhang, Verschulden, vgl. Bundesamt für Gesundheit (Fn. 66).

<sup>75</sup> PALLY-HOFMANN (Fn. 58), S. 5; m.H. auf Art. 97 ff. OR.

<sup>76</sup> Bundesamt für Gesundheit (Fn. 66), S. 9.

<sup>77</sup> Bundesamt für Gesundheit (Fn. 67), S. 17.

<sup>78</sup> Bundesamt für Gesundheit (Fn. 67), S. 17.

<sup>79</sup> Vgl. u.a. 20.5677 oder 20.5696. [www.parlament.ch/de/ratsbetrieb-home](http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb-home).

<sup>80</sup> AB 2020 N 1676.



nahmen ergriffen werden, wie eine Information an die Bevölkerung resp. das aus dem Verkehr nehmen des fraglichen Impfstoffs.<sup>81</sup>

[61] Im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung greift die Ausfallversicherung des Staates subsidiär, sofern keine andere Haftung gegeben ist, da es sich bei der Covid-19-Impfung um eine behördlich empfohlene Impfung<sup>82</sup> handelt.

### **3.2. Arbeitgeberhaftung**

[62] In der vorliegenden Fragestellung handelt es sich um einen privatrechtlichen Arbeitgeber, der eine Impfpflicht für sein Gesundheitspersonal vorsieht. Entsprechend ist auch eine mögliche Haftung durch den Arbeitgeber selbst zu prüfen. Auslegungen hinsichtlich der Subsidiärhaftung des Staates halten fest, dass das Aussprechen einer Impfempfehlung allein keine genügende Grundlage für eine Haftung darstellt, da die impfenden Personen und die zu impfenden Personen nicht verpflichtet sind, sich an Empfehlungen zu halten und der Entscheid, ob geimpft wird, der impfenden und der zu impfenden Person obliegt.<sup>83</sup> Diesen Auslegungen folgend ist eine Arbeitgeberhaftung abzulehnen, sofern der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern gegenüber lediglich die Empfehlung ausspricht, sich gegen Covid-19 impfen zu lassen. Wie verhält es sich jedoch bei einer Arbeitgeberweisung respektive bei arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zur Covid-19-Impfung und daraus resultierenden Impfschäden?

#### **3.2.1. Haftung für Arbeitnehmerschädigung eines Dritten**

[63] Der Arbeitgeber haftet nach Art. 55 OR für Schäden, die seine Arbeitnehmer in Ausübung ihrer dienstlichen und geschäftlichen Verrichtungen verursachen. Der Arbeitgeber kann diese Haftung umgehen, wenn ihm der Nachweis gelingt, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewandt hat, der Schaden auch bei Anwendung der verlangten Sorgfalt eingetreten wäre, und das Arbeitgeberverhalten zum eingetretenen Schaden nicht in ursächlichem Zusammenhang stand. Der Arbeitgeber kann auf denjenigen, der den Schaden gestiftet hat, insoweit Rückgriff nehmen, als dieser selbst schadenersatzpflichtig ist.

[64] Im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung könnte die Haftungsfrage für Arbeitnehmerschädigung gegenüber einem Dritten in der folgenden Konstellation auftreten: Der impfende Arzt ist Arbeitnehmer im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis des Arbeitgebers und die geimpfte und geschädigte Person («der Dritte») ist ebenso Arbeitnehmer desselben Arbeitgebers. Kann eine Produkthaftung seitens des Impfstoffherstellers ausgeschlossen werden, und kann der impfende Arzt die Erfüllung seiner Sorgfaltspflicht belegen, geht es zum einen um die Klärung, ob die arbeitgeberseitig angewiesene oder vertraglich vereinbarte Covid-19-Impfpflicht als ursächliches Arbeitgeberverhalten für den Impfschaden beurteilt werden kann. Der durch die Covid-19-Impfung geschädigte Arbeitnehmer wird geltend machen, dass die Erfüllung der Weisung respektive der arbeitsvertraglichen Pflicht Ursache für den resultierenden Schaden sei und ohne Vorliegen der Arbeitgeberweisung respektive arbeitsvertraglichen Pflicht für ihn kein Scha-

---

<sup>81</sup> AB 2020 N 1676.

<sup>82</sup> Bundesamt für Gesundheit, Coronavirus Impfung, 2021, <https://bag-coronavirus.ch/impfung/>.

<sup>83</sup> Bundesamt für Gesundheit (Fn. 67), S. 17.

den eingetreten wäre. Dem kann der Arbeitgeber entgegenhalten, dass niemand gegen den eigenen Willen geimpft werden kann und somit der Arbeitnehmer am Ende vor der Impfung entsprechend persönlich zur Covid-19-Impfung eingewilligt hat.

[65] Nach erfolgter Aufklärung darf die Impfung nur dann durchgeführt werden, wenn die zu impfende Person ihre Einwilligung dazu gibt.<sup>84</sup> Eine Impfung gegen den Willen einer Person ist unzulässig. Jeder Eingriff in die körperliche Integrität stellt grundsätzlich eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar (Art. 28 Abs. 1 ZGB), auch wenn dieser durch einen Arzt zu Heilungs- oder Präventionszwecken erfolgt.<sup>85</sup> Handelt der Arzt gegen den Willen des urteilsfähigen Patienten, kann er möglicherweise haftungs- und strafrechtlich belangt werden. Mit anderen Worten: Hätte der durch die Covid-19-Impfung geschädigte Arbeitnehmer die Einwilligung nicht erteilt, hätte der Arzt seine Pflichten im Rahmen von Impfungen verletzt, würde damit der Arzt haftbar und strafrechtlich<sup>86</sup> belangbar werden, und nicht der privatrechtliche Arbeitgeber («Exculpation», vgl. nachfolgend Abschnitt 3.3).

[66] Zum anderen kann der Arbeitgeber versuchen, der möglichen Haftung für einen Covid-19-Impfschaden zu entgehen, indem er Rückgriff auf den impfenden Arzt nimmt. Wenn dies sein eigener Arbeitnehmer ist, müsste hierbei die Arbeitnehmerhaftung geprüft werden, d.h., ob der impfende Arzt den Schaden durch unsorgfältige Arbeitsweise fahrlässig oder absichtlich verschuldet hat (Art. 321e OR). Allerdings greift auch in diesem Fall in der Regel die vom Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer abgeschlossene Unternehmenshaftpflichtversicherung, womit die Haftung möglicherweise wieder auf den Arbeitgeber zurückfällt. Bei Belegärzten oder bei Impfauftragsvergabe an unternehmensexterne Ärzte greift unter Umständen jedoch die vorgängig angeführte Arzthaftung.

### 3.2.2. Haftung für mangelnde Arbeitsausführung

[67] Der Arbeitgeber hat nach Art. 101 OR für das Verhalten seiner Arbeitnehmer einzustehen und kann sich einer Haftung nur dann entziehen, wenn er nachweisen kann, dass weder ihn noch den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft. Er kann zudem seine Haftung wegbedingen, wenn er sie durch eine im Voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufhebt (Art. 101 Abs. 2 OR).

[68] Im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung kann sich der Arbeitgeber einer diesbezüglichen Haftung aus möglichen Covid-19-Impfschäden unter Umständen entziehen, indem er zum einen bei Covid-19-Impfungen bei der Aufklärung der zu impfenden Arbeitnehmern nebst allen zugänglichen Fachinformationen insbesondere die Aufklärung über die noch fehlenden Kenntnisse von Langfristrisiken sicherstellt. Um einer möglichen Haftung zu entgehen, empfiehlt es sich für den Arbeitgeber, die erfolgte Aufklärung, die dazugehörigen Inhalte sowie die Information der noch fehlenden Langfristerfahrungen vom zu impfenden Arbeitnehmer unterzeichnen zu lassen. Das aufgesetzte Aufklärungsschreiben sollte zudem nebst der Wegbedingung der Haftung<sup>87</sup> für potentielle Impfschäden durch den Arbeitgeber eine schriftliche Bestätigung des er-

---

<sup>84</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, (Fn. 15), N15b, S. 550.

<sup>85</sup> Vgl. Universität Zürich, Musterlösung Prüfung Medizinrecht FS18, vom 22. Juni 2017, [https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:b11cd1c1-d4e7-4ded-9d6d-208307397f65/medizinrecht\\_wpp\\_ml\\_fs18.pdf](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:b11cd1c1-d4e7-4ded-9d6d-208307397f65/medizinrecht_wpp_ml_fs18.pdf).

<sup>86</sup> Vgl. Abschnitt 3.1.2.

<sup>87</sup> Zur Zulässigkeit der Freizeichnung von Personenschäden vgl. MICHAEL HOCHSTRASSER, Freizeichnung von Haftung von Personenschäden, AJP/PJA, 7, 2017, 910–920.

folgten persönlichen Aufklärungsgesprächs<sup>88</sup> sowie eine explizite freiwillige Einwilligung in die Covid-19-Impfung enthalten.

### 3.2.3. Privatrechtliche Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer

[69] Der Arbeitgeber hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer sämtliche Massnahmen zu treffen, die nach Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar sowie den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Der Arbeitgeber haftet für Schaden, den er dem Arbeitnehmer zufügt, basierend auf Vertragsrecht Art. 97 ff. OR. Eine Genugtuung kann geschuldet sein, wenn der Arbeitnehmer getötet oder verletzt wird, und wenn aus einer Verletzung Langzeitschäden einhergehen. Ein mögliches Selbstverschulden des Arbeitnehmers bildet einen Reduktionsgrund.<sup>89</sup>

[70] Indem der privatrechtliche Arbeitgeber eine Covid-19-Impfung für sein Gesundheitspersonal anordnet, nimmt er die damit einhergehenden Risiken von Nebenwirkungen und Impfschäden billigend in Kauf. Kurzfristige Arbeitsausfälle aufgrund von möglichen Nebenwirkungen der Covid-19-Impfung wie Fieber, Unwohlsein, Schüttelfrost etc.<sup>90</sup> fallen unter die Lohnfortzahlungspflicht bei unverschuldeten Abwesenheiten (Art. 324a Abs.1 OR). Die Lohnfortzahlungspflicht im Falle einer möglichen längerfristigen Abwesenheit aufgrund der Covid-19-Impfung-Nebenwirkungen ebenso. Wie ist jedoch der Sachverhalt, wenn die Lohnfortzahlungspflicht respektive im Falle einer Krankentaggeldversicherung die Versicherungsleistungen<sup>91</sup> erschöpft sind sowie schwere Langzeitschäden auftreten?

[71] Wie bereits in den Erwägungen der vorgelagerten Abschnitte muss hier auf die letztendlich notwendige Einwilligung eines Arbeitnehmers zur Covid-19-Impfung abgestellt werden. Durch die Einwilligung sind auch zufällige Schäden, die im Rahmen einer für erlaubt erklärten Tätigkeit eintreten, gedeckt.<sup>92</sup> Eine Impfung ist trotz Weisung oder vertraglicher Vereinbarung nicht gegen den Willen des zu impfenden Arbeitnehmers durchsetzbar. Der Arbeitnehmer könnte geltend machen, dass er der Impfpflicht gefolgt ist, um die Anweisungen respektive die vertraglichen Modalitäten einzuhalten, dass er sich jedoch ohne Vorliegen dieser Aspekte nicht hätte impfen lassen und dass es sich somit um keine vollumfänglich freiwillige Einwilligung gehandelt habe.

[72] Grundsätzlich kann jedoch festgehalten werden, dass – sofern die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt sind – der privatrechtliche Arbeitgeber für die aus Arbeitgeberweisung angeordneten respektive vertraglich vereinbarten Impfpflichten entstandenen Covid-19-Impfschäden haftet.<sup>93</sup>

---

<sup>88</sup> Laut PALLY HOFMANN ersetzen Aufklärungsformulare das persönliche Gespräch nicht (PALLY-HOFMANN (Fn. 70), S. 159).

<sup>89</sup> BARBARA GUTZWILLER-HOLLIGER, Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und Grenzen, Arbeitsrecht in der Praxis, Arbeitgeberverband Basel vom 14. Dezember 2010, S. 6 f. [https://www.arbeitgeberbasel.ch/fileadmin/dateien/pdf/recht/Fuersorgepflicht\\_und\\_Grenzen.pdf](https://www.arbeitgeberbasel.ch/fileadmin/dateien/pdf/recht/Fuersorgepflicht_und_Grenzen.pdf).

<sup>90</sup> Zu möglichen Nebenwirkungen der Covid-19-Impfung im Detail vgl. Swissmedic, Nebenwirkungen der Covid-19 Impfungen in der Schweiz – Update, vom 26. Februar 2021, <https://www.swissmedic.ch/swissmedic/de/home/news/coronavirus-covid-19/nebenwirkungen-covid-19-impfungen-ch-update.html>.

<sup>91</sup> An dieser Stelle wird auf eine versicherungsrechtliche Prüfung verzichtet, ob die Krankentaggeldversicherungsleistungen bei einer durch den Arbeitgeber angeordneten Covid-19-Impfung überhaupt zum Tragen kommen würden.

<sup>92</sup> HOCHSTRASSER (Fn. 87), S. 913.

<sup>93</sup> MARCEL LANZ, Der Sars-CoV-2-Impfstoff – eine haftpflichtrechtliche Beurteilung, in: Jusletter 8. Februar 2021.

### 3.3. Zwischenfazit

[73] Erleidet ein Arbeitnehmer als Folge der Covid-19-Impfung einen Impfschaden, kommen für die Klärung der Haftungsfrage zum einen die üblichen Haftungsgrundlagen von Impfungen zur Anwendung: die Produkthaftung des Herstellers, die Haftung der die Impfung durchführenden Person im Auftragsrecht (i.d.R. Arzthaftung) sowie subsidiär die sogenannte Ausfallhaftung des Bundes bei Schäden aus Impffolgen.

[74] Zum anderen muss bei Covid-19-Impfungen, die im Kontext privatrechtlicher Anstellungsverhältnisse durchgeführt werden, eine mögliche Arbeitgeberhaftung geprüft werden, sofern ein geimpfter Arbeitnehmer einen Impfschaden erleidet.

[75] Der Arbeitgeber haftet nach Art. 55 OR für Schäden, die seine Arbeitnehmer Dritten gegenüber verursachen. In diesem speziellen Kontext handelt es sich bei den «Dritten» um die eigenen Arbeitnehmer. Wird nun ein Arbeitnehmer von einem Arzt geimpft, der ebenfalls Arbeitnehmer beim gleichen Arbeitgeber ist, so haftet der Arbeitgeber grundsätzlich für die Handlungen des die Impfung durchführenden Arbeitnehmers (Arzt) gegenüber dem durch die Impfung geschädigten Arbeitnehmer, sofern eine Produkthaftung seitens Impfstoffhersteller ausgeschlossen werden kann. Der Arbeitgeber kann auf den Arzt als Arbeitnehmer insoweit Regress nehmen, als dieser selbst schadenersatzpflichtig ist (z.B. durch Nichterfüllung der Sorgfaltspflicht). Da der Arzt jedoch als Arbeitnehmer beim Arbeitgeber haftpflichtversichert ist, fällt die Haftung mit hoher Wahrscheinlichkeit auf die Haftpflichtversicherung des Arbeitgebers zurück.

[76] Des Weiteren haftet der Arbeitgeber ebenfalls unter Umständen nach Art. 101 OR für mangelnde Arbeitsausführung der Arbeitnehmer. Der impfende Arzt kann aufgrund der Einwilligung der zu impfenden Person nach der hier vertretenen Meinung nur für einen reinen Behandlungsfehler<sup>94</sup> belangt werden. Hierfür könnte im Sinne der Arbeitgeberhaftung der Arbeitgeber des impfenden Arztes haftbar gemacht werden. In diesem Fall ist ebenfalls ein Regress des Arbeitgebers auf den impfenden Arzt vorstellbar.<sup>95</sup>

[77] Eine weitere Haftungsgrundlage für den privatrechtlichen Arbeitgeber bei angeordneten oder vertraglich vereinbarten Covid-19-Impfungen ergibt sich aus dem Vertragsrecht (Art. 97 ff. OR). Eine mögliche Haftung des Arbeitgebers gegenüber dem geimpften Arbeitnehmer mit Covid-19-Impffolgeschäden würde jedoch nur dann zum Tragen kommen, wenn die Covid-19-Impfung, die zum Impfschaden geführt hat, nicht freiwillig erfolgt wäre, denn die Einwilligung des Arbeitnehmers befreit von Haftungsfolgen des Arbeitgebers für mögliche Impfschäden.<sup>96</sup> Eine Covid-19-Impfung ohne Einwilligung der zu impfenden Arbeitnehmer ist indes unzulässig; ebenso wie eine Anweisung des Arbeitgebers an die impfenden Ärzte, die Impfung ohne Einwilligung durchzuführen, sittenwidrig und damit unzulässig wäre.

[78] Um das Risiko einer Haftung für Impfschäden aus angeordneten und von eigenen Ärzten an den Arbeitnehmern durchgeführten Covid-19-Impfungen zu minimieren respektive unter Umständen sich der Haftung zu entziehen, ist es für privatrechtliche Arbeitgeber empfehlens-

---

<sup>94</sup> Behandlungsfehler im Hinblick auf die Covid-19-Impfung können sein: eine unzureichende Kontrolle der Impfdosen (z.B. hinsichtlich korrekter resp. falscher Lagerung); mangelnde Hygiene, die zu einer schweren Infektion oder ähnlichem führen; keine ausreichende Anamnese (Risikopatient, der nicht geimpft werden dürfte, aber trotzdem geimpft wird), Verletzung von Gefässen durch falsches Setzen der Spritze usw. (Aufzählung nicht abschliessend).

<sup>95</sup> Den Ärzten wird deshalb auch zu einer persönlichen Berufshaftpflichtversicherung geraten, wenn sie einen privaten Arbeitgeber haben, um etwa Regressforderungen für grobfahrlässige Behandlungsfehler abzudecken.

<sup>96</sup> LANZ (Fn. 93).

wert, nebst der expliziten Sicherstellung der Einhaltung der Qualitätsstandards bei Covid-19-Impfdurchführungen, die Aufklärungspflicht – auch und insbesondere hinsichtlich dem noch fehlenden Kenntnisstand bezüglich Langfristrisiken – detailliert und dokumentiert sicherzustellen. Essentiell ist auch die explizite Einwilligung des zu impfenden Arbeitnehmers in die Covid-19-Impfung.

[79] Es wird eine richterliche Klärung notwendig sein, um festzustellen, ob in Einzelfällen bei einer strittigen Art der Einwilligung eine Haftung durch den Arbeitgeber gegeben wäre.

#### 4. Würdigung

[80] Die vorliegenden Ausführungen haben gezeigt, dass es für einen privatrechtlichen Arbeitgeber im Gesundheitssektor rechtlich möglich wäre, eine Covid-19-Impfpflicht im Arbeitsvertrag zu vereinbaren oder mittels Arbeitgeberweisung anzuordnen. Dies jedoch unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit, d.h. nach der hier vertretenen Meinung nur für Personengruppen mit direktem Patientenkontakt (für Personengruppen mit indirektem Patientenkontakt wohl strittig) sowie nur während der besonderen Lage. Ob eine zeitlich unbefristete Regelung möglich oder notwendig wäre, ist abhängig vom Entwicklungsverlauf der Covid-19-Pandemie in der mittelbaren und langfristigen Zukunft («neues Post-Covid-19-Normal») und kann an dieser Stelle nicht abschliessend beurteilt werden. Eine arbeitsvertraglich vereinbarte Covid-19-Impfpflicht ist einer Arbeitgeberweisung gegenüber vorteilhafter, weil sie zukünftigen Arbeitnehmern von Anfang an aufzeigt, was vorausgesetzt wird. Impfgegner respektive impfkritische Personen werden einen solchen Arbeitsvertrag tendenziell nicht unterzeichnen. Entsprechend erreicht ein Arbeitgeber bei neuen Mitarbeitenden mit dieser Massnahme eine hohe Covid-19-Durchimpfungsrate.

[81] Hingegen trägt diese Möglichkeit wenig dazu bei, die Durchimpfungsrate beim bestehenden Personal zu erhöhen. Hierbei muss auf Arbeitgeberweisungen zurückgegriffen werden, und diese können – analog den vertraglichen Bestimmungen – nicht zwangsweise durchgesetzt werden.<sup>97</sup> Sanktionen bei Nichtbefolgung unterliegen ebenfalls dem Prinzip der Verhältnismässigkeit und erfordern stets eine – für den Arbeitgeber mitunter aufwändige – Einzelfallbetrachtung<sup>98</sup>, denn bei der Verweigerung einer angeordneten Covid-19-Impfung ist aufgrund der Fürsorgepflicht vor jeder tendenziell harten Sanktion (z.B. Kündigung) zuerst zu prüfen, ob weniger einschneidende Schutzmassnahmen sowie weniger harte Massnahmen (wie beispielsweise Versetzungen in andere impfpflicht-befreite Bereiche) erfolgen können.<sup>99</sup>

[82] Eine weitere Lücke im Hinblick auf die Anordnung mittels Arbeitgeberweisung besteht möglicherweise im Hinblick auf die leitende Ärzteschaft, die aufgrund ihrer Fachkenntnisse wahrscheinlich ausserhalb des Weisungsrechts einer persönlichen Covid-19-Impfpflicht-Weisung einzuordnen wäre. Somit besteht die Gefahr, dass selbst mit einer möglichen rechtskräftigen Impfpflicht-Weisung nicht die komplette für die Weisung vorgesehene Belegschaft mit direktem Patientenkontakt erfasst werden könnte; es ergäben sich entsprechend trotz Weisung innerhalb

---

<sup>97</sup> RUDOLPH (Fn. 14), S. 10.

<sup>98</sup> HUG/PÄRLI (Fn. 12), S. 172.

<sup>99</sup> HUG/PÄRLI (Fn. 12), S. 173.

der betroffenen Arbeitnehmerkreise geimpfte und ungeimpfte Personengruppen, womit das Ziel nicht erreicht würde.

[83] Die Einwilligung in die Covid-19-Impfung ist nicht nur im Hinblick auf den Durchsatz der Covid-19-Impfung beim Gesundheitspersonal relevant, sondern auch hinsichtlich der Arbeitgeberhaftung. Die Einwilligung der zu impfenden Person eliminiert die Folgen der Arbeitgeberhaftung gegenüber dem geimpften Arbeitnehmer bei angeordneten Covid-19-Impfungen. Daraus folgt: Ohne Einwilligung keine Covid-19-Impfung.

[84] Dieser Aspekt ist auch aus einem weiteren Grund relevant: Wenn Arbeitnehmer Kenntnis von zwei Gegebenheiten haben, nämlich, dass bei arbeitgeberseitig angeordneten Impfungen im Falle von langfristigen Impfschäden grundsätzlich zwar der Arbeitgeber für Langzeitschäden haftet (bei Ausschluss von Produkt- und Arzthaftung sowie bei fehlenden Haftungsvoraussetzungen für Versicherungszahlungen), jedoch die Einwilligung der zu impfenden Person (des Arbeitnehmers) den Arbeitgeber von den Haftungsfolgen für mögliche Impfschäden befreit; sowie, dass die Staatshaftung auf maximal CHF 70'000 beschränkt ist, wird es kaum mehr Arbeitnehmer geben, die sich freiwillig impfen lassen. Denn laut Fachleuten kann ein Impfschaden je nach Verlauf in sehr hohe Summen laufen, die weit über die maximale Haftungssumme des Bundes hinausgehen, und im Falle einer Arbeitgeberhaftung würde dies unter die Haftpflicht des Arbeitgebers fallen.<sup>100</sup>

[85] Aus unternehmerischer Sicht müssen auch die Auswirkungen auf und innerhalb der Belegschaft bei der Einführung einer solchen Covid-19-Impfpflicht mitberücksichtigt werden. Selbst wenn nur ein Teil der Belegschaft davon betroffen wäre, darf der Überstrahlungseffekt einer solchen – von Impfgegnern als die eigene Persönlichkeit bedrohenden – Massnahme nicht unterschätzt werden. Die entstehende Unruhe, die Solidarität mit den betroffenen Arbeitnehmern sowie die damit einhergehende negative Energie innerhalb der gesamten Belegschaft sind zu Zeiten einer besonderen (Pandemie-)Lage, in welcher in Gesundheitsbetrieben ohnehin Ausnahmezustand herrscht, das Letzte, was ein Arbeitgeber zusätzlich schüren sollte.

[86] Last but not least muss an dieser Stelle angefügt werden, dass im Hinblick auf die hohen Unsicherheiten<sup>101</sup> bezüglich dem zukünftigen Entwicklungsverlauf der Covid-19-Pandemie sehr viele zum jetzigen Zeitpunkt nicht abschliessend regelbare Inhalte existieren – weder bei potentiellen Arbeitsvertragsregelungen noch im Hinblick auf Arbeitgeberweisungen.

[87] Es empfiehlt sich aus den vorangegangenen Überlegungen für privatrechtliche Arbeitgeber im Gesundheitssektor, anstelle von vertraglichen Regelungen oder Weisungen hinsichtlich einer Covid-19-Impfpflicht auf die Überzeugung der Arbeitnehmer zu setzen, d.h. auf Arbeitgeber-Empfehlungen zur Covid-19-Impfung anstelle einer Arbeitgeber-Impfpflicht.

---

Prof. Dr. med. Dr. iur. THOMAS D. SZUCS, LL.M., MPH, MBA, European Center of Pharmaceutical Medicine, Universität Basel und Klinik Hirslanden, Zürich.

Dr. oec. HSG SILJA F. DRACK, Leitung Human Resource Management, thurmed AG und Spital Thurgau AG, Frauenfeld.

---

<sup>100</sup> JULIA KÄSER/GIL BIELER, Zahlt der Bund für Impfschäden, ist das aus vielen Gründen heikel, blue News, 11. Dezember 2020, <https://www.bluewin.ch/de/news/schweiz/haftung-bei-impfschaeden-488096.amp.html>.

<sup>101</sup> Vgl. Bundesamt für Gesundheit, 12 Offene Punkte mit Einfluss auf die Impfstrategie, 2021, [https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/gesundheit/corona/impfung/haftung\\_covid\\_19\\_impfung.pdf](https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/gesundheit/corona/impfung/haftung_covid_19_impfung.pdf).