



Q&A

10. August 2021

Rechtliche Situation bezüglich:

- **Zertifikatspflicht/Testobligatorium für Mitarbeitende in sozialmedizinischen Einrichtungen**
- **Verweigerung des Zugangs zu sozialmedizinischen Einrichtungen für Besucherinnen und Besucher ohne negatives Testresultat**

1. Dürfen die Kantone vorschreiben, dass sich in sozialmedizinischen Einrichtungen¹ die nichtgeimpften Mitarbeitenden regelmässig testen lassen müssen?

Die zulässigen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Bevölkerungsgruppen sind in Artikel 40 EpG umschrieben. Dazu gehört die Verfügung von Betriebsvorschriften für öffentliche Institutionen und private Unternehmen (oder deren Schliessung) sowie das Verbot oder die Einschränkung des Betretens bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmter Aktivitäten. Die Kantone können deshalb bei Bedarf vorsehen, dass sich die nichtgeimpften Mitarbeitenden in sozialmedizinischen Einrichtungen regelmässig testen lassen müssen. Angesichts des Verhältnismässigkeitsprinzips kann es angezeigt sein, diese Tests nur für jenen Teil des Personals verbindlich vorzuschreiben, welche mit Patientinnen und Patienten bzw. betreuten Personen direkten Kontakt haben, nicht aber für administratives Personal; dies zumindest dann, wenn die beiden Gruppen keinen oder nur sehr wenig Kontakt miteinander haben, wie dies bspw. in grossen Spitälern der Fall ist.

Einer solchen sich auf das Epidemiengesetz stützenden Anordnung durch den Kanton steht auch aus arbeitsrechtlicher Sicht nichts entgegen, zumal es zu den Pflichten des Arbeitgebers gehört, die Gesundheit der Arbeitnehmenden zu schützen. Zudem gehört es zu den Pflichten einer sozialmedizinischen Einrichtung, die Gesundheit der Patientinnen und Patienten bzw. betreuten Personen zu schützen, was Vorgaben oder Massnahmen bei den Mitarbeitenden bedingt (bspw. Vorgaben betr. deren Qualifikation, aber auch Abklärungen betr. deren Gesundheitszustand).

Zur Frage, ob die Arbeitgeber in sozialmedizinischen Einrichtungen generell, aber auch insbesondere im Rahmen der Umsetzung einer entsprechenden rechtlichen Vorgabe (Testpflicht für ungeimpfte Mitarbeitende) aktiv bei den Mitarbeitenden nachfragen dürfen bzw. müssen, ob sie geimpft sind, siehe Frage 2.

2. Dürfen die Arbeitgeber im Bereich von sozialmedizinischen Einrichtungen aktiv bei den Mitarbeitenden nachfragen, ob diese geimpft sind, um die Schutzkonzepte entsprechend optimal auszurichten?

Bei der konkreten Umsetzung der kantonalen Anordnung durch den Arbeitgeber müssen letztere sicherstellen, dass sie die testpflichtigen Arbeitnehmenden identifizieren können. Dabei stellen sich Fragen mit Bezug auf die Kompetenzen des Arbeitgebers betreffend die Kenntnisnahme des Impfstatus,

¹ Unter sozialmedizinische Einrichtungen fallen Institutionen, die Personen zur Behandlung und/oder Betreuung, zur Rehabilitation oder auch zur Ausübung einer beruflichen und sozialen Rehabilitation bzw. Beschäftigung aufnehmen. Darunter können u.a. fallen: Spitäler, Altersheime- und Pflegeheime, Institutionen für Personen mit Behinderungen oder für Kinder und Jugendliche, Einrichtungen für Suchthilfe, Institutionen für Personen, die sofortigen Schutz, Unterkunft und Beratung benötigen, Einrichtungen, die Berufsintegrationsmassnahmen für Suchtabhängige anbieten, Heime oder heimähnliche Einrichtungen. Die Ausführungen erfassen mutatis mutandis auch die Spitexdienste.

der Verwendung des Zertifikats und anderes mehr. Vorfrageweise sind hierzu arbeits- und datenschutzrechtliche Sichtweisen zu klären. In dieser Frage sind drei Teilfragen bzw. Aspekte enthalten, die auseinandergelassen werden müssen:

- a. Darf der Arbeitgeber aus arbeitsrechtlicher Sicht nach dem Impf- und Genesenenstatus fragen?
- b. Dürfen die Gesundheitsdaten «Impfstatus» sowie «Genesenenstatus» aus datenschutzrechtlicher Sicht im Arbeitsverhältnis bearbeitet werden?
- c. Wie ist bei der Bearbeitung dieser Daten im Arbeitsverhältnis vorzugehen?

Ad a.

Sowohl im privatrechtlichen als auch im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis gilt die Pflicht des Arbeitgebers, die Gesundheit seiner Mitarbeitenden zu schützen. Zudem gehört es zu den Pflichten einer sozialmedizinischen Einrichtung, die Gesundheit der Patientinnen und Patienten bzw. betreuten Personen zu schützen, was Massnahmen bei den Mitarbeitenden bedingt. Deren Einsatz ist beispielsweise abhängig von ihrer Qualifikation, aber auch von ihrem Gesundheitszustand betr. übertragbare Krankheiten.

In sozialmedizinischen Einrichtungen kann es erforderlich sein, den Impfstatus der Mitarbeitenden zu kennen, um die Schutzmassnahmen zu optimieren (bspw. Pflege von immunsupprimierten Patientinnen und Patienten oder von nichtgeimpften Bewohnerinnen und Bewohnern von Pflegeheimen nur durch geimpftes Personal). Die Frage nach dem Impfstatus darf aus arbeitsrechtlicher Sicht (zum Datenschutz siehe Ad b.) aktiv gestellt werden, sofern diese Angabe relevant ist für den Schutz der Mitarbeitenden und der betreuten Personen. Davon ist in der Regel auszugehen beim Fachpersonal, das direkten Kontakt hat mit Patienten und Patienten bzw. betreuten Personen; bei weiteren Mitarbeitenden allenfalls dann, wenn sie zum Fachpersonal Kontakt haben. Im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis wird dies durch Artikel 328b OR konkretisiert. Dieser gibt vor, dass Personendaten nur unter folgenden Voraussetzungen bearbeitet werden dürfen: Erstens, wenn die Daten die Eignung der betroffenen Person für das Arbeitsverhältnis betreffen, und zweitens, wenn die Daten für die Durchführung des Arbeitsvertrages erforderlich sind. Mit anderen Worten müssen die Gesundheitsdaten, welche durch den Arbeitgeber vorliegend erfragt werden, einen Arbeitsplatzbezug aufweisen.

Ad b.

Der Impfstatus und der Genesenenstatus gehören zu den Gesundheitsdaten und damit zu den besonders schützenswerten Daten. Die Zulässigkeit der Bearbeitung solcher Daten ist unterschiedlich, je nachdem, ob es sich um die Bearbeitung durch private oder durch staatliche Akteure handelt.

- Im privatrechtlichen Anstellungsverhältnis ist die Bearbeitung dieser Daten zulässig, wenn dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht verletzt wird. Liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, muss der private Arbeitgeber einen Rechtfertigungsgrund für die Datenbearbeitung haben, namentlich die Einwilligung der betroffenen Person oder ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse an der Datenbearbeitung. Im Arbeitsverhältnis ist eine Einwilligung jedoch nur in Ausnahmefällen gültig, da es aufgrund des bestehenden Subordinationsverhältnisses regelmässig an der erforderlichen Freiwilligkeit fehlt.
- Staatliche Einrichtungen dürfen solche Daten nur bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage vorliegt. Eine solche Grundlage kann namentlich im kantonalen Personalrecht enthalten sein. Ob sie vorliegt, ergibt sich im Einzelfall aus dem jeweiligen kantonalen Recht. Angesichts des Verhältnismässigkeitsprinzips kann es angezeigt sein, diese Nachfrage nur bei jenem Teil des Personals zu erlauben, welcher mit Patientinnen und Patienten bzw. betreuten Personen direkten Kontakt hat, nicht aber beim administrativen Personal; dies zumindest dann, wenn die beiden Gruppen keinen oder nur sehr wenig Kontakt miteinander haben, wie dies bspw. in grossen Spitälern der Fall ist. Andernfalls kann die Nachfrage auf weitere Mitarbeitende ausgeweitet werden.

Ad c.

Es stellt sich die Frage, ob bei der Bearbeitung der Daten auf einen vertrauensärztlichen Dienst zurückzugreifen ist bzw. welche Daten der Arbeitgeber selber bearbeiten darf. Für private Arbeitgeber

fallen folgende Überlegungen in Betracht: Wenn der Impfstatus in direktem Zusammenhang steht mit der Ausrichtung der Schutzmassnahmen (und davon ist in sozialmedizinischen Einrichtungen bei der Betreuung von Patientinnen und Patienten bzw. Bewohnerinnen und Bewohnern auszugehen), muss es zulässig sein, dass die diesbezüglichen Daten dem Arbeitgeber selber zur Verfügung stehen. Dies gilt umso mehr, wenn die Kantone eine Testpflicht für ungeimpftes Gesundheitspersonal mit Patientenkontakt anordnen (vgl. Frage 1 oben). Der Arbeitgeber darf (und muss) in der Folge auch die für die Umsetzung dieser Anordnung notwendigen Gesundheitsdaten bearbeiten. Konkret bedeutet dies, dass er den Impf- und Genesenenstatus, dessen Kenntnis für die Triage der noch testpflichtigen Arbeitnehmenden Voraussetzung ist, z.B. per Vorweisen eines Zertifikats abfragen und kennen darf. Diese Information darf der Arbeitgeber jedoch nur zum Zweck der Klärung einer allfälligen Testpflicht bearbeiten, was entsprechende Bearbeitungsregelungen bedingt (Bearbeitung nur durch mit der Klärung der Testpflicht betraute Personen bzw. Organisationseinheiten, Löschung der Daten sobald diese nicht mehr benötigt werden etc.). Für staatliche bzw. kantonale Arbeitgeber ist das jeweilige Datenschutz- bzw. Personalrecht zu beachten.

3. Dürfen die Kantone auf Verordnungsstufe vorschreiben, dass Besucherinnen und Besucher von sozialmedizinischen Einrichtungen ein Covid-19-Zertifikat vorweisen müssen?

Die zulässigen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und bestimmten Bevölkerungsgruppen sind in Artikel 40 EpG umschrieben. Dazu gehören die Schliessung oder Verfügung von Betriebsvorschriften für öffentliche Institutionen und private Unternehmen sowie das Verbot oder die Einschränkung des Betretens bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmter Aktivitäten. Die Kantone können deshalb zum Schutz der Patientinnen und Patienten bzw. betreuten Personen von sozialmedizinischen Einrichtungen insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich dabei sehr häufig um besonders gefährdete Personen handelt, vorsehen, dass Besucherinnen und Besucher ein Covid-19-Zertifikat vorweisen. Dies ist eine weniger einschränkende Massnahme als beispielsweise ein Besuchsverbot oder die Einschränkung der Besuche auf eine kurze Zeitdauer oder auf bestimmte Räumlichkeiten, welche gestützt auf Artikel 40 EpG ebenfalls angeordnet werden können.

Die Massnahme kann sowohl für private als auch für öffentlichrechtliche sozialmedizinische Einrichtungen vorgeschrieben werden.

Die Umsetzung dieser Vorgabe hat keinen Einfluss auf die Maskentragpflicht nach Bundesrecht, die weiterhin in den öffentlich zugänglichen Innenbereichen dieser Institutionen gilt (für die Patientinnen und Patienten bzw. Bewohnerinnen und Bewohner gilt keine Zertifikatspflicht).

FOP / DUD/ GMR; konsolidiert mit BJ / SECO / EDOEB