

Artikel: Ausgewählte Aktualitäten und Neuerungen im Arbeitsrecht – ein Kurzüberblick

16. September 2021

Ciril Härdi, Rechtsberatung | Christa Kalbermatten, lic. iur., Rechtsanwältin

 12 min

Im Artikel stellen wir die wissenswerten Punkte zu Homeoffice, Impfanweisung durch Arbeitgeber, Vaterschaftsurlaub, Betreuungsurlaub bei erkrankten Angehörigen und die Anpassungen in Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz kompakt und leicht lesbar für Sie dar.

Erfahrungen aus der Praxis zeigen, dass bei vielen Arbeitgebern Unsicherheiten und Wissenslücken im Arbeitsrecht bestehen. Die nachfolgende Übersicht soll wesentliche Regelungen in Erinnerung rufen und auf damit einhergehende Risiken hinweisen. Im Einzelfall bedarf es einer konkreten Beurteilung.

Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz

Arbeitgebende sind verpflichtet, den Schutz der Gesundheit ihrer Mitarbeitenden und die Präventionsmassnahmen gegen COVID-19 am Arbeitsplatz sicherzustellen (Art. 6 Arbeitsgesetz, Art. 25 der Covid-19-Verordnung besondere Lage und Art. 27a der Covid-19-Verordnung 3). Sie haben deshalb alle Massnahmen zu treffen, die den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, d.h. die für seinen Betrieb angesichts der technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse zumutbar sind.

Darüber hinaus müssen Arbeitgebende gewährleisten, dass Mitarbeitende die Regeln und Empfehlungen des BAG betreffend Verhalten und Hygiene einhalten können. Weitere Schutzmassnahmen sind je nach Risiko gemäss dem sog. STOP-Prinzip (Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung) zu treffen. Namentlich die Möglichkeit von Homeoffice, die physische Trennung, getrennte Teams, regelmässiges Lüften oder das Tragen von Gesichtsmasken.

Arbeitgebende und Betriebsverantwortliche sind für die Auswahl und Umsetzung dieser Massnahmen verantwortlich.

COVID-19 Zertifikat

Um den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz zu gewährleisten, ist eine Prüfung des Zertifikates möglich. Der Arbeitgeber darf die COVID-19 Zertifikate der Mitarbeitenden nur zur Anpassung der Schutzmassnahmen oder zur Anweisung zur Testpflicht überprüfen. Der Zugang zur Arbeit ist nicht zertifikatspflichtig. Mitarbeitende ohne gültiges Zertifikat erfüllen ihre Arbeitsleistung weiterhin unter ihrem Risiko angepassten Schutzmassnahmen. Der Arbeitgeber muss die vom Zertifikatsstatus abhängigen Massnahmen schriftlich festhalten und die Arbeitnehmenden oder deren Vertretung vorgängig anhören.

Gesichtsmasken

Der Arbeitgeber entscheidet auf Grund des Risikos am Arbeitsplatz über die Notwendigkeit des Maskentragens. Grundsätzlich muss jede Person in öffentlich zugänglichen Innenräumen von Einrichtungen und Betrieben eine Gesichtsmaske tragen.

Testen

Die Teilnahme an jeglichen COVID-19-Tests auf ist grundsätzlich freiwillig. Das Testen kann aber für bestimmte, besonders exponierte Arbeitnehmergruppen angeordnet werden, beispielsweise im Rahmen einer vom Kanton oder Bund angeordneten Teststrategie oder bei einem Ausbruchsgeschehen (mehrfache Ansteckung) im Betrieb.

Als besonders gefährdete Personen gelten ungeimpfte und nicht genesene schwangere Frauen sowie Personen, die aus medizinischen Gründen nicht gegen COVID-19 geimpft werden können, mit bestimmten fortgeschrittenen chronischen Krankheiten.

Weitere Informationen können Sie dem Merkblatt des Bundes vom 10. September 2021 entnehmen.

Impfanweisungen durch Arbeitgeber - Möglichkeiten und Grenzen

Gestützt auf das Epidemiengesetz (EpG) ist der Bundesrat ermächtigt, eine Impfpflicht zu erlassen. Diese darf er jedoch nicht in jeder Situation und nicht für einen beliebig bestimmten Personenkreis anordnen. So ist der Erlass einer Impfpflicht nur bei Vorliegen einer besonderen Lage für vulnerable Personengruppen, besonders exponierte Personen oder Personen, die bestimmte Tätigkeiten ausüben, zulässig (Art. 6 Abs 2 lit. d und Art. 22 EpG). Demzufolge wäre die breite Bevölkerung beim Erlass eines Impfblogatoriums nicht davon betroffen.

Dies wirft die Frage auf, ob Arbeitgeber von Arbeitnehmern unbesehen eines Impfblogatoriums verlangen können, sich impfen zu lassen. Für ein solches Vorgehen können verschiedene Motive in Betracht kommen: Schutz von Heimbewohnern und Patienten; Wahrnehmung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber; Arbeitssicherheit des Personals; Sicherstellung des Betriebs durch Reduktion von krankheitsbedingten Ausfällen.

Das Obligationenrecht geht vom **Grundprinzip der Vertragsfreiheit** aus. Demnach liesse sich eine Impfpflicht bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen grundsätzlich durch zwei Vorgehensweisen einführen: Zum einen durch eine Arbeitgeberweisung nach Art. 321d OR, zum anderen durch eine arbeitsvertragliche Vereinbarung zum Zeitpunkt der Ausstellung des entsprechenden Arbeitsvertrags.

Beide erwähnten Vorgehensweisen stehen in einem Spannungsfeld zwischen hinreichenden betrieblichen Interessen des Arbeitgebers und den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers. Eine entsprechende Güterabwägung im Einzelfall betreffend Rechtmässigkeit einer geplanten Impfpflicht ist daher unerlässlich.

Homeoffice - Zuhause angekommen

Auch nachdem die Homeoffice-Pflicht aufgehoben wurde und diese durch eine Homeoffice-Empfehlung seitens des Bundesrats ersetzt wurde, dürfte sich das Modell «Homeoffice» unabhängig von Ausnahmesituationen längerfristig etabliert haben.

Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts erwähnen Homeoffice nicht explizit. Folglich existieren keine besonderen rechtlichen Regelungen für Homeoffice. Dies bedeutet auch, dass kein Anspruch auf Homeoffice für Arbeitnehmer besteht - gleichzeitig aber auch, dass der Arbeitgeber seine Fürsorgepflichten im Hinblick auf Homeoffice wahrzunehmen hat.

Vor diesem Hintergrund ist es empfehlenswert, die im Unternehmen geltenden Bestimmungen zum Homeoffice schriftlich zu regeln und Standards festzulegen, um Konflikte zu verhindern und Missverständnisse zu beseitigen. Für die Form der schriftlichen Regelung kommen sowohl ein Reglement, eine separate schriftliche Vereinbarung als auch eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag resp. deren Überarbeitung in Frage.

Weitere Informationen finden Sie im BDO Newsletter vom 17. November 2021: «Die vertragliche Gestaltung von Homeoffice».

Vaterschaftsurlaub - Basiswissen

Ein Arbeitnehmer hat seit dem 1. Januar 2021 das Recht auf Vaterschaftsurlaub, wenn er im Zeitpunkt der Geburt oder innerhalb der folgenden sechs Monate der rechtliche Vater des Kindes ist bzw. wird (Art. 329g Abs. 1 OR). Massgebend ist demnach einzig die rechtliche Vaterschaft.

Der betreffende Arbeitnehmer hat konkret Anspruch auf einen Vaterschaftsurlaub von zwei Wochen (zehn Arbeitstage bei einem 100 Prozent-Pensum). Die Urlaubstage können dabei entweder wochen- oder tageweise bezogen werden.

Der Anspruch auf Vaterschaftsurlaub verfällt einerseits, wenn der rechtliche Vater den Vaterschaftsurlaub nicht innerhalb von sechs Monaten seit Geburt des Kindes - auch bei fehlender Feststellung der Vaterschaft - bezieht (Art. 329g Abs. 2 OR). Andererseits entfällt der Anspruch auf Vaterschaftsurlaub, wenn die Vaterschaft aberkannt wird oder das Kind innert der ersten sechs Monate nach der Geburt verstirbt. Betreffend Anspruch auf Vaterschaftsentschädigung (VSE) verweisen wir an dieser Stelle gerne auf unseren Artikel im BDO Newsletter vom 25. Februar 2021: «Neuerungen bei den Sozialversicherungen 2021».

Mehr als ein Vaterschaftsurlaub pro Jahr ist nicht ausgeschlossen, sollte der Vater innerhalb eines Jahres mehrmals Vater werden. Hingegen besteht im Falle einer Adoption kein Anspruch auf Vaterschaftsurlaub. Überdies ist nach dem Gesetz auch kein Vaterschaftsurlaub vorgesehen bei der Neuaufnahme eines Pflegekindes. Bei einer Zwillingsgeburt gibt es natürlich nicht den doppelten Vaterschaftsurlaub. Eine arbeitsvertragliche Regelung, wonach ein Arbeitnehmer auf den Vaterschaftsurlaub verzichtet, ist nichtig. Die gesetzliche Regelung darf nur zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden (etwa indem ein längerer Urlaub gewährt wird).

Das Arbeitsrecht geht vom Grundsatz «ohne Arbeit keine Ferien» aus, zumal der jährliche Feriensaldo proportional zum bezogenen unbezahlten Urlaub gekürzt werden darf. Dieser Grundsatz wird aber eingeschränkt (Art. 329b OR). Arbeitnehmer, die Vaterschaftsurlaub beziehen, sollen geschützt werden. So dürfen einem Arbeitnehmer, der Vaterschaftsurlaub nach Art. 329g OR bezogen hat, die Ferien nicht gekürzt werden. Betreffend Ferienkürzung ist der Vaterschaftsurlaub folglich dem Mutterschaftsurlaub gleichgestellt.

Für Arbeitsverhältnisse ist ein zeitlicher Kündigungsschutz vorgesehen (336c und Art. 336d OR). Er kommt – anderslautende vertragliche Regelung vorbehalten – erst nach Ablauf der Probezeit zur Anwendung. Als Beispiel kann der zeitliche Kündigungsschutz bei Krankheit und Schwangerschaft genannt werden. Erfolgt eine Kündigung während des zeitlichen Kündigungsschutzes, also während der sogenannten Sperrfrist, so ist diese nichtig und entsprechend als nicht ausgesprochen zu betrachten.

Demgegenüber sind Väter während des Bezugs des Vaterschaftsurlaubs nicht vor einer Kündigung geschützt. Eine Kündigung, die vom Arbeitgeber nur aus dem Grund ausgesprochen wird, weil der Arbeitnehmer Vaterschaftsurlaub bezieht oder beziehen will, dürfte jedoch missbräuchlich sein (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR). In diesem Fall ist die Kündigung zwar gültig, der Arbeitnehmer hat aber Anspruch auf eine Entschädigung.

Betreuung von Angehörigen - zwei erste Etappen

Kurzzeitige Abwesenheiten für die Betreuung von Familienmitgliedern oder Lebenspartnern

Arbeitnehmende, die dem Obligationenrecht unterstellt sind und ein gesundheitlich beeinträchtigtes Familienmitglied betreuen, haben seit dem 1. Januar 2021 Anspruch auf einen Kurzurlaub (Art. 329h OR und Art. 36 Abs. 3 und 4 ArG).

Als Familienmitglieder gelten dabei Verwandte in auf- und absteigender Linie. Hauptsächlich sind dies Eltern, Kinder (mit denen die Vaterschaft im zivilrechtlichen Sinne begründet ist) sowie Geschwister. Hinzu kommen Ehegatten, eingetragene Partner, Schwiegereltern sowie Lebenspartner, die mit der arbeitnehmenden Person seit mindestens fünf Jahren einen gemeinsamen Haushalt führen. Onkel, Tanten, Cousinen und Cousins fallen demgegenüber nicht unter den Begriff Familienmitglied.

Pro Betreuungsereignis beträgt der Urlaub höchstens drei Tage. Pro Jahr stehen Arbeitnehmenden maximal zehn Tage Urlaub für die Betreuung von Angehörigen zu (diese Beschränkung gilt nicht in jedem Fall für die Betreuung von Kindern, vgl. unten). Übereinstimmend mit dem Vaterschaftsurlaub darf diese Regelung nur zugunsten des Arbeitnehmers abgeändert werden (etwa indem ein längerer Urlaub gewährt wird).

Während des Kurzurlaubs hat der Arbeitgeber den Lohn ohne Kürzung ausbezahlen. Die Betreuung von Kindern oder des Ehegatten ist zudem auch durch die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen zur Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers abgedeckt.

Weil es sich bei der Betreuung von Familienmitgliedern um eine Arbeitsabwesenheit handelt, muss der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber frühzeitig informieren und mit ihm die konkreten Modalitäten vereinbaren.

Betreuung eines wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes

Müssen erwerbstätige Eltern ihre Erwerbstätigkeit zur Betreuung ihres wegen Krankheit oder Unfall gesundheitlich schwer beeinträchtigten, minderjährigen Kindes unterbrechen, so haben sie seit 1. Juli 2021 Anspruch auf einen bezahlten Betreuungsurlaub. Der Umfang dieses Elternurlaubs beträgt höchstens 14 Wochen. Für Stief- sowie Pflegeeltern kommen spezielle Regeln zur Anwendung.

Der Bezug des Betreuungsurlaubs hat innerhalb einer Rahmenfrist von 18 Monaten zu erfolgen. Diese Rahmenfrist beginnt am Tag, an dem der erste Urlaubstag bezogen wird. Innerhalb der Rahmenfrist kann der Betreuungsurlaub am Stück, wochen- oder tageweise bezogen werden. Bei einem tageweisen Bezug wird der Urlaubsanspruch anteilmässig zum Beschäftigungsgrad gewährt.

Der Anspruch auf Betreuungsurlaub besteht, wenn folgende Voraussetzungen gemeinsam erfüllt sind: Es besteht ein Eltern-Kind-Verhältnis; Das Kind ist zu Beginn des Betreuungsurlaubs minderjährig; Das Kind ist schwer gesundheitlich beeinträchtigt; Ein Elternteil ist berufstätig; Die Notwendigkeit der Betreuung wird durch ein Arzteugnis bestätigt.

Weitergehende Ausführungen zum Elternurlaub finden Sie in unserem Artikel im BDO Newsletter vom 1. Juli 2021: «14-wöchiger Elternurlaub für die Betreuung eines gesundheitlich schwer beeinträchtigten Kindes».

Änderungen in der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1)

Am 1. November 2020 sind Änderungen der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz in Kraft getreten. Die ArGV1 führt die arbeitsgesetzlichen Bestimmungen aus. Die eingeführten Änderungen präzisieren die bisherige Praxis betreffend Arbeits- und Ruhezeit.

Begriff der Arbeitszeit: Arbeits- und Ruhezeit bei grenzüberschreitenden Dienstreisen

In praktischer Hinsicht dürfte vor allem die neue Vorschrift zur Arbeits- und Ruhezeit bei grenzüberschreitenden Dienstreisen von Bedeutung sein (Art. 13 Abs. 3bis ArGV 1).

Muss der Arbeitnehmer im Rahmen seiner Tätigkeit ins Ausland reisen, so gilt die in der Schweiz zurückgelegte Hin- und Rückreise als Arbeitszeit, sofern dadurch die Wegzeit länger als zum üblichen Arbeitsort ausfällt. Anders ausgedrückt ist die für den üblichen Arbeitsweg aufgewendete Zeit von der zusätzlich aufgewendeten Reisezeit auf Schweizer Boden abzuziehen. Diese errechnete Zeitspanne gilt somit als Arbeitszeit - unbesehen davon, welches Transportmittel der Arbeitnehmer für die Dienstreise verwendet und ob er während dieser Reisezeit auch tatsächlich arbeitet. Nicht erfasst wird folglich derjenige Teil der Dienstreisezeit, während dem sich der Arbeitnehmer im Ausland befindet. Stehen nicht zwingende ausländische Vorschriften entgegen, so können hierzu unter Beachtung allfälliger Regelungen in GAV oder NAV grundsätzlich individuelle Vereinbarungen getroffen werden.

Wenn die Hin- oder Rückreise ganz oder teilweise auf die Nacht oder auf einen Sonntag fallen, so braucht es für die Beschäftigung des Arbeitnehmers während dieser Arbeitszeit keiner Bewilligung. Die Ruhezeit von 11 Stunden ist unmittelbar nach der Rückreise zu gewähren. Sie beginnt mit dem Eintreffen des Arbeitnehmers an seinem Wohnort zu laufen.

Verteilung der Arbeitszeit: Definition der Arbeitswoche

Weiter wird neu festgelegt, dass die Woche im Sinne des Gesetzes (Arbeitswoche) am Montag um 0 Uhr beginnt und am Sonntag um 24 Uhr endet (Art. 16 Abs. 1 ArGV 1). Damit wird der unter altem Recht vorhandene Auslegungsspielraum durch eine klare Regelung ersetzt.

Lohnzuschlag und Ersatzruhe bei Sonntags- und Feiertagsarbeit

Neuerdings kann für die Unterscheidung zwischen «vorübergehender» oder «dauernd und regelmässig wiederkehrender» Sonntagsarbeit direkt auf die Definitionen der Art. 32a Abs. 1 und 2 ArGV 1 abgestellt werden.

«Vorübergehende» Sonntagsarbeit leistet ein Arbeitnehmer, der in einem Kalenderjahr an höchstens sechs Sonntagen (gesetzliche Feiertage inbegriffen) zum Einsatz gelangt. «Dauernd oder regelmässig wiederkehrend» ist Sonntagsarbeit, wenn diese die vorgenannte Bedingung vom zeitlichen Umfang her überschreitet.

Bis anhin mussten für diese Abgrenzung die Definitionen in den Abgrenzungskriterien für die Bewilligungszuständigkeit beigezogen werden (Art. 40 Abs. 3 und 4 ArGV 1). Beide gesetzlichen Definitionen zur Sonntagsarbeit stimmen jedoch weitgehend überein.

Sofern sich erst im Verlaufe eines Kalenderjahres herausstellt, dass ein Arbeitnehmer wider Erwarten an mehr als sechs Sonntagen (gesetzliche Feiertage inbegriffen) zu arbeiten hat, so bleibt der Arbeitgeber auch dann zur Bezahlung des Lohnzuschlags von 50 Prozent verpflichtet (Art. 32a Abs. 3 ArGV 1). Damit wird die bisherige Praxis neu gesetzlich verankert.

Zusammengesetzter ununterbrochener Betrieb: Wochenendschichten

Im Weiteren werden auch die Voraussetzungen an die zulässige Beschäftigung von Arbeitnehmern im Rahmen eines zusammengesetzten ununterbrochenen Betriebs in Wochenendschichten (zwischen Donnerstagabend 20.00 Uhr, und Montagmorgen 5.00 bis 7.00 Uhr) präzisiert. Diese Präzisierung war bisher in der Wegleitung zu Art. 39 ArGV 1 enthalten und wird nun in die ArGV1 aufgenommen.

So darf ein Arbeitnehmer, der in einer Nacht 10 Stunden Arbeitszeit innerhalb von 12 Stunden leistet, maximal drei Nächte beschäftigt werden (Art. 39 Abs. 2 lit. b ArGV 1).

Bei Nachtarbeit kann die tägliche Arbeitszeit in höchstens drei von sieben aufeinanderfolgenden Nächten bis zu zehn Stunden in einem Zeitraum von zwölf Stunden betragen (Art. 17a Abs. 2 ArG). Die Beschäftigung von Arbeitnehmern ist beim zusammengesetzten ununterbrochenen Betrieb in Wochenendschichten zwischen Donnerstagabend und Montagmorgen zulässig. Das bedeutet, dass insgesamt vier Nächte betroffen sein können.

Art. 17a Abs. 2 ArG geht Art. 39 Abs. 2 Bst. b ArGV 1 vor. Das heisst, dass sobald der Arbeitnehmende im Rahmen einer Wochenendschicht in einer Nacht 10 Stunden in einem Zeitraum von 12 Stunden beschäftigt wird, er maximal drei Nächte arbeiten kann. Dies auch dann, wenn die Arbeitszeit in den anderen Nächten weniger als 10 Stunden beträgt.

Neu ist in Arbeitszeitbewilligungen nebst den bis anhin anzuführenden Informationen die Zahl der im Ganzen und, bei Schichtarbeit und ununterbrochenem Betrieb, der an den einzelnen Schichten beteiligten Arbeitnehmer, anzugeben (Art. 42 Abs. 1 Bst. d ArGV 1; Bst. a.-e. unverändert).

Obligatorische medizinische Untersuchung und Beratung

Schliesslich ist auf eine eingeführte Bestimmung hinzuweisen, welche die obligatorische medizinische Untersuchung und Beratung bestimmter Arbeitnehmer regelt (Art. 45 ArGV1). In den Anwendungsbereich fallen konkret Jugendliche, die dauernd oder regelmässig wiederkehrend Nachtarbeit leisten sowie Arbeitnehmer, die dauernd oder regelmässig wiederkehrende Nachtarbeit leisten und dabei in erhöhtem Ausmass belastende oder gefährliche Tätigkeiten verrichten oder belastenden oder gefährlichen Situationen ausgesetzt sind. Diese Bestimmung soll vor allem der rechtlichen Harmonisierung mit bestehenden Vorschriften der Jugendarbeitsschutzverordnung (ArGV 5) und der Verkehrszulassungsverordnung zugutekommen.

Fazit

Sich verändernde tatsächliche Gegebenheiten, wie auch Änderungen von Gesetzen bedürfen einer Flexibilität und Anpassungsfähigkeit von Arbeitgebern. Umso mehr ist ein Arbeitgeber gut beraten, seine Möglichkeiten, aber auch seine Pflichten regelmässig zu prüfen und zu evaluieren. Dies bedarf häufig eines guten Rates.

Gerne beantworten wir Ihre Fragen und bieten unsere Expertise an und unterstützen Sie dabei, Klauseln in Arbeitsverträgen resp. Reglementen zu überprüfen und auszuarbeiten.

[Download PDF](#)

DRUCKEN ODER TEILEN



Weitere Artikel und Publikationen finden Sie über das obenstehende Suchfeld oder im Menü unter «Themen».

Sichern Sie sich Ihren Wissensvorsprung und abonnieren Sie die BDO News und Einblicke.

Ansprechpartner

CIRIL HÄRDI ►

MLaw, Rechtsanwalt
Zürich



CHRISTA KALBERMATTEN ▶

lic. iur., Rechtsanwältin, Leiterin Fachgruppe Arbeitsrecht
und Mietrecht
Luzern