

Thomas Geiser / Roland Müller / Kurt Pärli

Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus

Das Coronavirus führt nicht nur zu einschneidenden Veränderungen unseres Alltags, es führt auch zu Unsicherheiten in der Arbeitswelt. Zahlreiche Fragen stellen sich für Arbeitgeberinnen und Arbeitnehmer, insbesondere in den Bereichen Annahmeverzug, Lohnfortzahlungspflicht, Kündigung und Haftung bei ungenügendem Gesundheitsschutz. Die Autoren erörtern die gesetzlichen Vorschriften, darunter auch die erst am 16. März und 20. März 2020 in Kraft getretene Änderung der COVID-19-Verordnung 2. Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Fragen werden anschliessend mit Hinweis auf die entsprechenden Grundlagen beantwortet. Der Artikel schliesst mit konkreten Empfehlungen für die arbeitsrechtliche Praxis.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Geiser / Roland Müller / Kurt Pärli, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
 - 1.1. Problemstellung
 - 1.2. Vorgehen
2. Rechtsgrundlagen
 - 2.1. Epidemiengesetz und Corona-Verordnung
 - 2.2. Obligationenrecht
 - 2.3. Arbeitsgesetz und Mitwirkungsgesetz
3. Konkrete Fragen und Antworten
 - 3.1. Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin
 - 3.1.1. Arbeitsunfähigkeit aufgrund persönlicher Erkrankung
 - 3.1.2. Arbeitsverhinderung bei Selbstisolation und Selbstquarantäne
 - 3.1.3. Verhinderung durch behördliche Vorgaben
 - 3.1.4. Arbeitsverhinderung besonders gefährdeter Arbeitnehmer/innen
 - 3.1.5. Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel
 - 3.1.6. Arbeitsverhinderung wegen der Betreuung von Kindern
 - 3.2. Weisungsrecht der Arbeitgeberin
 - 3.2.1. Homeoffice
 - 3.2.2. Reiseverbot
 - 3.2.3. Zuweisung anderer Arbeit oder anderer Arbeitsort
 - 3.2.4. Kompensation von Überstunden
 - 3.2.5. Anordnung von Minusstunden
 - 3.2.6. Anordnung von Ferien
 - 3.2.7. Anordnung von Überstunden/Überzeit
 - 3.3. Treuepflicht des Arbeitnehmers
 - 3.3.1. Arbeitsverweigerung
 - 3.3.2. Informationspflicht
 - 3.4. Kündigung des Arbeitnehmers
 - 3.4.1. Kündigung zur Unzeit
 - 3.4.2. Missbräuchliche Kündigung
 - 3.4.3. Ausserordentliche Kündigungen
 - 3.5. Haftung der Arbeitgeberin
 - 3.5.1. Gegenüber den Arbeitnehmern
 - 3.5.2. Gegenüber Kunden und Lieferanten
 - 3.5.3. Gegenüber Aktionären und Gläubigern
4. Zusammenfassung und Empfehlungen
 - 4.1. Zusammenfassung
 - 4.2. Empfehlungen
 - 4.2.1. Empfehlungen an die Arbeitgeber
 - 4.2.2. Empfehlungen an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

1. Einleitung

1.1. Problemstellung

[1] Die Übertragung des Coronavirus (SARS-CoV-2, COVID 19¹) nimmt seit anfangs März in der Schweiz und zahlreichen anderen Ländern rasch zu. Die Weltgesundheitsorganisation (World

¹ Zu den Begrifflichkeiten: Die Bezeichnung Sars-Cov-2 bedeutet «Severe acute respiratory syndrome coronavirus»; das Virus kann eine Atemwegserkrankung auslösen, die als COVID-19 (Coronavirus disease) im Jahr 2019 erstmals diagnostiziert wurde, siehe zum Ganzen: <https://www.dimdi.de/dynamic/de/das-dimdi/aktuelles/meldung/icd-10-who-und-gm-u07.1-kodiert-covid-19-coronavirus-krankheit-2019/> (zuletzt besucht am 13. März 2020).

Health Organisation) hat am 11. März 2020 COVID-19 angesichts des globalen Ausmasses offiziell zur Pandemie erklärt.² Auch in der Schweiz haben die zuständigen Behörden von Bund und Kantonen in den letzten Wochen und Tagen verschiedenste Massnahmen ergriffen, um die Verbreitung der Krankheit einzudämmen. Der Schutz der Bevölkerung, namentlich die von COVID-19 besonders betroffenen älteren Menschen und Personen mit chronischen Krankheiten steht dabei im Vordergrund.³

[2] Die Krankheit an sich und die behördlich angeordneten Massnahmen zu ihrer Bekämpfung haben erhebliche Auswirkungen auf die Arbeitswelt. Bereits das Verbot für Veranstaltungen über 1000 Menschen, das am 28. Februar 2020 vom Bundesrat erlassen wurde⁴, traf insbesondere die Sport- und Kulturbranche schwer. Zahlreiche Betriebe gerieten seither in erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten und müssen Personal entlassen und/oder Kurzarbeit anmelden. In zahlreichen Kantonen wurden die bundesrätlichen Massnahmen ergänzt und verschärft. Am 13. März 2020 griff der Bundesrat zu Notrecht und verfügte u.a. die Schliessung sämtlicher Schulen bis zum 3. April 2020, die Wiedereinführung von Grenzkontrollen, aber auch verschiedene Massnahmen zur Unterstützung der Wirtschaft.⁵ Nur kurze Zeit später, am 16. März 2020 sprach der Bundesrat nun die ausserordentliche Lage aus und verordnete weitere, sehr weitreichende Massnahmen wie die Schliessung sämtlicher Restaurants und zahlreicher weiterer Einrichtungen bis vorderhand dem 19. April 2020.⁶ Am 20. März erliess der Bundesrat weitere Verordnungen, die zum Teil auch von arbeitsrechtlicher Bedeutung sind. Soweit möglich haben wir die Auswirkungen dieser neuen Erlasse in unsere Analyse eingebaut. Wir garantieren aber nicht für Vollständigkeit.⁶

[3] Aus arbeitsrechtlicher Hinsicht rufen dieses Virus und die in diesem Ausmass noch nie dagewesene epidemiologische Situation verschiedene Fragen auf. Vergleichsweise einfach zu behandeln sind Fragen, die sich bei Arbeitnehmenden ergeben, die an COVID-19 erkrankt sind oder aufgrund von Symptomen verdächtig sind, erkrankt zu sein. Die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit führt zum einen nach Ablauf der Probezeit zu einem zeitlich beschränkten Kündigungsschutz und zum anderen zu einer ebenfalls zeitlich beschränkten Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin. Die Änderung der Corona-2-Verordnung vom 16. März 2020 beinhaltet in Art. 10c die «Pflicht der Arbeitgeber» zu einer Home-Office-Anordnung für besonders gefährdete Arbeitnehmende. Wo dies nicht möglich ist, seien die Arbeitnehmenden bei Lohnzahlung zu

² Siehe dazu die Rede des WHO-Generaldirektors am 12. März 2020. Vgl. auch NZZ vom 12. März 2020 «WHO erklärt Corona-Epidemie zur Pandemie».

³ Gefährdet sind gemäss BAG einerseits Personen über 65 Jahre und andererseits Personen, welche an Vorerkrankungen wie Bluthochdruck, Diabetes, Immunschwäche oder chronischen Atemwegserkrankungen leiden. Vgl. Webseite des BAG «Neues Coronavirus: Besonders gefährdete Menschen», <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/besonders-gefaehrdete-menschen.html> (zuletzt besucht am 16. März 2020).

⁴ Siehe Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vom 28. Februar 2020, Art. 2. Vgl. auch BENJAMIN MÄRKLI, die «Corona-Verordnung» des Bundesrats vom 28. Februar 2020, in: Jusletter 9. März 2020.

⁵ Unter anderem bewilligte der Bundesrat 10 Milliarden CHF an Soforthilfe für die Wirtschaft. Daraus sollen v.a. die Löhne der Arbeitnehmenden bezahlt werden. Ferner können im Fonds der Arbeitslosenversicherung bis zu 8 Milliarden CHF für die Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht werden, wobei gleichzeitig die Karenzfrist für Kurzarbeit auf einen Tag reduziert wurde. Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 13. März 2020 «Bundesrat verschärft Massnahmen gegen das Coronavirus zum Schutz der Gesundheit und unterstützt betroffene Branchen».

⁶ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24). Einen raschen Überblick zu neuesten Verordnungen bietet diese Internetseite: <https://www.admin.ch/gov/de/start/bundesrecht/suche-und-neuigkeiten.html> (zuletzt besucht am 21. März 2020).

beurlauben. Bereits am 20. März 2020 ändert der Bundesrat Art. 10c. Gemäss Absatz 1 ermöglichen Arbeitgeber ihren besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus zu erledigen. Sie treffen zu diesem Zweck die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen. Absatz 2 hält fest: «Können Arbeitstätigkeiten aufgrund der Art der Tätigkeit oder mangels realisierbarer Massnahmen nur am üblichen Arbeitsort erbracht werden, so sind die Arbeitgeber verpflichtet, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen.» Eine Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin besteht gemäss Abs. 3 nur dann, wenn gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weder zu Hause arbeiten können noch mittels geeigneten organisatorischen Massnahmen eine Arbeit vor Ort (ohne Gesundheitsgefährdung) möglich ist. Eine nähere Betrachtung erfordern auch Fragen des Nachweises der Arbeitsunfähigkeit durch Arztzeugnisse und der Umgang mit blossem Krankheitsverdacht. Weiter gilt es die arbeitsrechtlichen Folgen behördlich angeordneter bzw. behördlich empfohlener Massnahmen zu analysieren. Was bedeutet etwa die Empfehlung des Bundesrates, auf den öffentlichen Verkehr möglichst zu verzichten? Kann eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer daraus einen Anspruch ableiten, nicht zur Arbeit zu erscheinen bzw. «Home-Office» zu machen? Kann andererseits die Arbeitgeberin Home-Office auch für nicht besonders gefährdete Personen anordnen? Ist es zulässig, dass eine Arbeitgeberin in der aktuellen Situation wegen Auftragsrückgängen die Kompensation von Überstunden/Überzeit anordnet? Und wie verhält es sich bei behördlich angeordneter Isolation zu Hause? Diese und viele andere Fragen wollen wir mit dem vorliegenden Text aufwerfen, vertiefen und soweit wie möglich auch für die Praxis beantworten. Wir beschränken uns dabei weitgehend auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Unsere Überlegungen sind dennoch auch für viele öffentlich-rechtliche Arbeitgeber von Bedeutung, denn die öffentlichen Personalgesetze verweisen zum Teil für Fragen der Lohnfortzahlung und auch hinsichtlich des Kündigungsschutzes auf das OR. Dazu kommt, dass gemäss bundesgerichtlicher Praxis das OR (auch Regelungen des OR-AT) im öffentlichen Personalrecht lückenfüllend zur Anwendung kommt.⁷

[4] Der Umgang mit der akuten gesundheitlichen und damit verbunden auch wirtschaftlichen Krise wird zeigen, wie sich die bestehenden Konzepte der wirtschaftlichen Absicherung der Löhne in Krisensituationen bewähren. Besondere Bedeutung kommt dabei zweifellos dem Instrument der Kurzarbeitsentschädigung zu. Die zuständigen Behörden haben soweit erkennbar bis jetzt sehr pragmatisch auf die dramatische Situation in vielen Betrieben reagiert. Zu begrüssen ist insbesondere auch eine Ausdehnung der Möglichkeit für die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung für befristet Angestellte und weitere Personengruppen.⁸ Trotz der Kurzarbeitsentschädigung werden vielen Betriebe, vor allem im Eventbereich und in der Reisebranche, nicht darum herumkommen, Personal zu entlassen. Es wird wohl auch zu Massenentlassungen kommen, was das nach den Artikeln 335 ff. OR vorgeschriebene Informations- und Konsultati-

⁷ BGE 132 II 161 E. 3.

⁸ Gemäss Randziffer D-28 bis D-30 der AVIG-Praxis zur Kurzarbeitsentschädigung (KAE), Stand Januar 2020, ist ein Arbeitsausfall von Personen, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer stehen, nicht für die Kurzarbeitsentschädigung vorgesehen. Der Grund liege darin, dass diese Personen aufgrund der festen Vertragsdauer vor Entlassung geschützt sind und deshalb der angeordneten Kurzarbeit nicht zustimmen müssen. Quelle: <https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html> (KAE), zuletzt besucht am 13. März 2020. Siehe auch die aktuelle Parlamentarische Initiative Silberschmidt vom 12. März 2020 (20.406), verlangt wird die Einräumung eines (sofortigen) Anspruchs auch für arbeitgeberähnliche Personen. Siehe die Verordnung über Massnahmen im Bereich Arbeitslosenversicherung, SR 837.033.

onsverfahren nach sich zieht. Es ist Aufgabe der Betriebe, in Zusammenarbeit mit den Arbeitnehmenden, der Arbeitnehmervertretung, den Gewerkschaften und den Behörden nach sozialverträglichen Lösungen zu suchen. Die Arbeitslosversicherungsbehörden, namentlich die Regionalen Arbeitsvermittlungszentren (RAV) werden in hohem Masse gefordert sein. Nebst den arbeitsmarktrechtlichen Massnahmen ist insbesondere die Arbeitslosenentschädigung ein wichtiges Instrument, um die wirtschaftliche Existenz der zahlreichen betroffenen Personen zu sichern. Einige Betriebe werden die wirtschaftliche Krise nur durch Sanierungen oder gar nicht überstehen, so dass es auch zu Konkursen kommen wird. Hier wird sich zeigen, ob und inwieweit die erst kürzlich eingeführten Regelungen für betriebliche Sozialpläne Wirkung zeigen. Für die Fälle der Insolvenz und ausbleibender Lohnzahlungen kommt das Instrument der Insolvenzenschädigung zur Anwendung.

[5] All die beschriebenen Massnahmen sind auf Arbeitsverhältnisse zugeschnitten. Selbstständigerwerbende können sich nicht in der Arbeitslosenversicherung versichern und haben in vielen Fällen auch keine adäquate private Versicherungslösung für den Erwerbsausfall bei Krankheit.⁹ Gerade im Event- und Kulturbereich sind jedoch sehr viele Akteure entweder vollkommen selbstständigerwerbend oder teilweise selbstständigerwerbend und zusätzlich punktuell mit Kleinstpensen befristet angestellt tätig. Die Absage zahlreicher Veranstaltungen trifft solche Personen wirtschaftlich sehr schwer. Es besteht weder Anspruch auf Kurzarbeits-, Arbeitslosen- noch auf Insolvenzenschädigung. Die jetzige und noch kommende Krise zeigt einmal mehr auf, dass für Selbstständigerwerbende in bescheidenen wirtschaftlichen Verhältnissen die soziale Absicherung absolut ungenügend ist. Vielleicht wird die jetzige Situation zum Anlass genommen, hier für die Zukunft grundsätzliche Verbesserungen vorzunehmen. Die bundesrätlichen Beschlüsse vom 20. März 2020 sehen Unterstützungsmöglichkeiten für Kulturschaffende und Selbstständigerwerbende vor. Wie weit sich diese bewähren werden, wird sich zeigen.

1.2. Vorgehen

[6] In unserem Beitrag legen wir den Fokus auf die arbeitsrechtlichen Fragestellungen. Zu diesem Zweck stellen wir im folgenden Teil II vorerst überblicksmässig den rechtlichen Rahmen dar. Wir werfen einen vertieften Blick auf ausgewählte Bestimmungen des Epidemiengesetzes, auf die sich die behördlichen Massnahmen abstützen. Wir gehen hier auch auf ausgewählte Bestimmungen der am 16. und 20. März 2020 aktualisierten Corona-2-Verordnung ein.

[7] In arbeitsvertraglicher Hinsicht interessieren bezüglich Lohnzahlung bei ausbleibender Arbeit sowohl Art. 324 OR (Arbeitgeberverzug) als auch Art. 324a OR (Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers). Weiter sind die Bestimmungen zum Kündigungsschutz in Art. 336 OR (Schutz vor missbräuchlicher Kündigung) und Art. 336c OR (Schutz vor Kündigung zur Unzeit) sowie auch die ausserordentliche Kündigung (Art. 337 OR) zu beachten. Ein Arbeitsverhältnis zeichnet sich durch die Synallagma «Lohn gegen Arbeit» einerseits und «Treupflicht/Fürsorgepflicht» andererseits aus. Dieser Grundkonzeption eines Arbeitsverhältnisses kommt im vorliegenden Zusammenhang eine besondere Bedeutung zu. Wir stellen die einschlägigen Bestimmungen in Art. 321a, 321c und 321d OR (Treupflicht des Arbeitnehmers) und die Arbeitgeberpflicht zum Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit (Art. 328 OR) vor und fragen nach

⁹ KURT PÄRLI, Arbeits- und Sozialversicherungsrechtliche Fragen der Sharing Economy, Basel/Bern 2019, S. 15 ff.

deren Bedeutung im Fall einer Epidemie. Zur Sprache kommen auch Fragen des Datenschutzes (Art. 328b OR).

[8] Der Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit ist auch im Arbeitsgesetz (ArG¹⁰) verankert. Art. 6 ArG und die Verordnung 3 zum ArG (ArGVO 3¹¹) stellen die öffentlich-rechtliche Flanke des Arbeitnehmerschutz dar. Einer näheren Analyse bedürfen auch die Regelungen im ArG und in den Verordnungen hinsichtlich Arbeitszeit- und Arbeitszeitgestaltung. Zudem werden wir aufzeigen, dass Fragen des Gesundheitsschutzes und der Arbeitszeitgestaltung Themen sind, die gemäss Mitwirkungsgesetz (MitwG¹²) den Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung Informations- und Konsultationsansprüche verschaffen. Diese Instrumente gilt es gerade in Krisenzeiten sorgfältig zu pflegen.

[9] Auf der Grundlage der ausführlichen Darstellung der rechtlichen Grundlagen werden wir im anschliessenden dritten Teil ein ganzes Bündel konkreter Praxisfragen thematisieren und den Beitrag mit einer Zusammenfassung und Empfehlungen abschliessen.

2. Rechtsgrundlagen

2.1. Epidemiengesetz und Corona-Verordnung

[10] Das Epidemiengesetz (EpG¹³) ist seit dem 1. Januar 2016 in Kraft. Ziel des Gesetzes ist eine frühzeitige Erkennung, Überwachung, Verhütung und Bekämpfung von Krankheiten. Das EpG sieht eine Arbeitsteilung zwischen Bund und Kantonen vor.

[11] Das EpG unterscheidet zwischen einem «Normalzustand», einer «besonderen Lage» und einer «ausserordentlichen Lage». Nach Art. 6 EpG liegt eine besondere Lage bei erhöhter Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr und einer besonderen Gefährdung der öffentlichen Gesundheit vor. Die Bestimmung verleiht dem Bundesrat erhebliche Kompetenzen; er kann Massnahmen gegenüber einzelnen Personen und gegenüber der Bevölkerung anordnen, Gesundheitspersonal verpflichten, bei der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten mitzuwirken und Impfungen für bestimmte Personengruppen obligatorisch erklären.¹⁴ Art. 7 EpG hält fest, wenn es eine ausserordentliche Lage erfordere, könne der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen. Diese Notrechtskompetenznorm ist lediglich deklaratorischer Natur.¹⁵ Die Kompetenz zum Erlass von Notrecht ergibt sich aus Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung.¹⁶

¹⁰ Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964, SR 822.11.

¹¹ Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz vom 18. August 1993, SR 822.113.

¹² Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben vom 17. Dezember 1993, SR 822.14.

¹³ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 28. September 2012, SR 818.101.

¹⁴ Umstritten war in der parlamentarischen wie auch in der medialen Debatte in erster Linie der Impfwang. Vgl. etwa NZZ vom 17. Januar 2013 «Impfgegner nehmen Epidemiegesezt ins Visier».

¹⁵ Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 3. Dezember 2010, S. 365.

¹⁶ Anstelle vieler: Basler Kommentar zur Bundesverfassung, JÖRG KÜNZLI zu Art. 185 BV, N 26 ff. und insb. N 36 zur Situation einer Epidemie.

[12] Zur Bekämpfung einer Epidemie ermächtigen die Art. 35–39 EpG die zuständigen Behörden zu einer Reihe von Massnahmen gegenüber einzelnen Personen. Im arbeitsrechtlichen Zusammenhang besonders relevant ist dabei Art. 35 EpG. Nach dessen Abs. 1 lit. a können krankheits- oder ansteckungsverdächtige Personen unter Quarantäne gestellt werden, während es lit. b ermöglicht, erkrankte oder angesteckte Personen abzusondern. Abs. 2 sieht eine Zwangseinweisung in ein Spital oder eine andere geeignete Institution vor. Diese Personen werden durch behördliche Massnahmen an der Ausübung ihrer üblichen Tätigkeiten gehindert. Arbeitnehmende können so ihren vertraglichen Pflichten zum Erbringen einer Arbeitsleistung nicht mehr nachkommen.¹⁷ Arbeitsrechtlich von Bedeutung ist auch Art. 35 Abs. 3 EpG. Gemäss dieser Bestimmung müssen das Spital oder die Institution dafür sorgen, dass das Personal und weitere gefährdete Personen vor Übertragungen geschützt werden. Der Gesetzgeber verstärkt hier die ohnehin bestehenden arbeitsrechtlichen Pflichten zum Schutz der Gesundheit des Gesundheitspersonals.¹⁸ Die Bedeutung dieser Bestimmung zeigt sich gerade in diesen Tagen. Die Erhaltung der Gesundheit des medizinischen Personals ist eine wichtige Voraussetzung zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Spitäler. Zu erwähnen ist schliesslich noch Art. 38 EpG; diese Bestimmung ermächtigt die zuständige Behörde, einer Person, die «krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet», die Ausübung bestimmter Tätigkeiten oder ihres Berufs ganz oder teilweise zu untersagen.¹⁹

[13] Nach Art. 40 EpG können die zuständigen kantonalen Behörden Massnahmen zur Krankheitsbekämpfung anordnen. Vorgesehen sind u.a. das Verbot oder die Einschränkung von Veranstaltungen, die Schliessung von Schulen, öffentlichen und privaten Unternehmen oder die Anordnung von Bewegungsbeschränkungen. Auch die Absperrung bestimmter Gebiete wäre also zulässig. Die für die ganze Schweiz am 13. März verordnete Schulschliessung wurde vom Bundesrat beschlossen und stützt sich deshalb nicht auf Art. 40 EpG²⁰, die kantonalen Kompetenzen zu zielgerichteten weiteren Massnahmen bleiben vorbehalten. Auch die Verschärfung der Massnahmen in der Corona-2-Verordnung sowie die Verordnungen vom 20. März zur Stabilisierung der Wirtschaft stützen sich auf die Notrechtsrechtskompetenz des Bundesrates in der Verfassung (Art. 185 Abs. 3 BV).

[14] Das Epidemienengesetz verpflichtet im Falle einer besonderen oder ausserordentlichen Lage (Art. 6 bzw. Art. 7 EpG) Betriebe zu einem aktiven Beitrag zur Eindämmung der Epidemie. Diese Massnahmen gehen über die nach Arbeitsgesetz und Art. 328 OR ohnehin bestehenden Verpflichtungen zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden hinaus. Die Arbeitgeber müssen die von den Gesundheitsbehörden empfohlenen oder verordneten Hygienemassnahmen vorbereiten und durchführen und die Arbeitnehmenden informieren, anleiten und im betrieblichen Rahmen überwachen.²¹ Die Unternehmen stehen im Falle einer Pandemie vor der schwierigen Aufgabe, den Schutz der Arbeitnehmenden und zugleich den Betrieb des Unternehmens sicherzustellen. Die zuständigen Behörden, das Bundesamt für Gesundheit und das Staatssekretariat

¹⁷ Zu den Auswirkungen auf Lohn(fort)zahlung und Kündigungsschutz siehe hinten, 3.1. und 3.4.

¹⁸ Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 3. Dezember 2010, S. 389.

¹⁹ Zu arbeitsrechtlichen Auswirkungen siehe hinten 3.1.3.

²⁰ Die Corona-2-Verordnung stützt sich auf Art. 6 Abs. 2 lit b, Art. 41 Abs. 1 und Art. 77 Abs. 3 EpG sowie auf Art. 184 Abs. 3 und 185 Abs. 3 BV.

²¹ FRANK EMMEL, in: Claire Huguenin/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2, 3. Auflage Zürich/Basel/Genf 2016, zu Art. 328 OR.

für Wirtschaft bieten mit Handbüchern und online-Angeboten Orientierung für die im Pandemiefall erforderlichen Aktivitäten auf Unternehmensstufe. Am 20. März hat der Bundesrat die Corona-2-Verordnung ergänzt; Die Kantone erhalten die Kompetenz, Betriebe zu schliessen, die sich nicht an die Hygiene- und Abstandsvorschriften halten.²²

[15] Gestützt auf die Artikel 184 Absatz 3 und 185 Absatz 3 BV sowie auf die Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe b, 41 Absatz 1 und 77 Absatz 3 EpG hat der Bundesrat am 13. März 2020 die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2) erlassen. Bereits am 16. März 2020 und 20. März 2020 wurde diese Verordnung, ergänzend gestützt auf Art. 7 EpG, verschärft. Hier finden sich die konkreten Vorschriften, welche zur Hauptsache zu den im Teil III beantworteten Fragen führen. Besonders wichtig sind dabei folgende Bestimmungen:

- Art. 3 Grenzübertritt und Kontrolle
- Art. 5 Schulen, Hochschulen und weitere Ausbildungsstätten
- Art. 6 Veranstaltungen und Betriebe
- Art. 7 Ausnahmen
- Art. 7d Präventionsmassnahmen auf Baustellen und in der Industrie (Wenn die Massnahmen nicht eingehalten werden, können die Betriebe geschlossen werden)
- Art. 10b und 10c Besonders gefährdete Personen, Pflichten der Arbeitgeber (der Bundesrat führt eine Lohnzahlungspflicht ein, wenn besonders gefährdete Personen die Arbeit nicht zu Hause erledigen können und wenn bei der Arbeit vor Ort die geforderten Hygiene- und Abstandsregeln nicht eingehalten werden können)
- Art. 10a Abs. 5 Vorübergehende Ausserkraftsetzung der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes über die Arbeits- und Ruhezeiten in denjenigen Spitälern, die infolge der COVID-19 Erkrankung eine massive Zunahme erfahren haben. (Arbeitgeber bleiben aber für die Erhaltung der Gesundheit verantwortlich).

[16] Die Ausserkraftsetzung der Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeit für das betroffene Spitalpersonal ist sinnvoll, damit die Spitäler ihre Aufgaben wahrnehmen können. Betroffen von der Sistierung des Arbeitsgesetzes sind jedoch auch die Lohn- und Zeitzuschläge für **Überzeit**. Der Anspruch auf mit einem Zuschlag von 25 Prozent zu entschädigende **Überstunden** nach Art. 321c OR und in **Gesamtarbeitsverträgen verankerten Mehrarbeitsentschädigungen** bleiben jedoch bestehen. Die Corona-2-Verordnung setzt nur die Arbeitszeit- und Ruhezeitvorschriften des ArG ausser Kraft. Auch die Gesundheitsvorschriften nach Art. 6 ArG und der Verordnung 3 bleiben bestehen. Gerade mit Blick auf die enormen Leistungen des Spitalpersonals müsste unseres Erachtens die Verordnung hier präzisiert werden. Falls in einem Betrieb der Überstundenzuschlag nach Art. 321c OR wegbedungen wurde und auch keine GAV-Regelung besteht, müssten die betroffenen Personen die nach ArG vorgesehenen Lohn- und Zeitkompensationsansprüche einfordern können (Kompensation allenfalls zu einem Zeitpunkt nach der Epidemie).

²² Siehe: <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Pandemie.html>, aufschlussreich ist insbesondere auch das Dokument «FAQ Pandemie und Betriebe», das zahlreiche, auch arbeitsrechtliche, Fragen rund um den Pandemiefall thematisiert. Siehe zu den Vorschriften für Arbeitgeber Art. 7d der Corona-2-Verordnung.

[17] Am 20. März erliess der Bundesrat überdies die Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, ALV), eine Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall) und eine Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus zur Kurzarbeitsentschädigung und zur Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge. Die wesentlichen Änderungen hinsichtlich der Arbeitslosenversicherung betreffen den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für arbeitgeberähnliche Personen (Art. 2 COVID-19 ALV) und die Schaffung eines Anspruchs auf Leistungen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit Corona-Massnahmen für Personen, die wegen Ausfalls der Fremdbetreuung ihrer Kinder oder infolge Quarantäne die Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen, dieser Anspruch steht auch Selbstständigerwerbenden zu (Art. 2 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall). Eine genaue Analyse dieser Bestimmungen und ihrer Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, konnten wir angesichts der kurzen Zeit noch nicht vornehmen. Das wird zu einem späteren Zeitpunkt in einem neuen Beitrag erfolgen.

[18] Die auf das EpG stützenden Massnahmen können für die betroffenen Personen zu erheblichen wirtschaftlichen Schäden führen. Dabei gilt es zu unterscheiden: Eine Staatshaftung greift nur bei vom Staat widerrechtlich zugefügtem Schaden. Handelt der Staat indes rechtmässig, so haben die betroffenen Personen den Schaden selber zu tragen, sofern nicht im Gesetz eine Ersatzpflicht vorgesehen ist.²³ Art. 63 EpG enthält eine solche Ersatzpflicht. Nach dieser Bestimmung hat die anordnende Behörde die Personen, die aufgrund behördlicher Massnahmen nach den Art. 33–38 sowie 41 Abs. 2²⁴ EpG Schäden erleiden, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Personen, zu entschädigen, soweit Schäden nicht anderweitig gedeckt werden. Es handelt sich um eine subsidiäre Entschädigungspflicht, die gegenüber betroffenen Arbeitnehmenden gelten könnte, deren Lohnausfall nicht durch die Arbeitgeberin oder eine Versicherung übernommen werden muss.²⁵ Die Bestimmung kam bis heute soweit ersichtlich noch nie zur Anwendung. Die jetzige Corona-Krise wird wohl Anlass bilden, Art. 63 EpG zu konkretisieren. Sinnvollerweise wird dabei Art. 63 EpG so angewendet, dass Entschädigungen auch Betrieben zukommen können. Art. 10b/c der revidierten Corona-2-Verordnung verpflichtet bekanntlich die Arbeitgeberin zur Lohnzahlung (und zwar zu 100%) für besonders gefährdete Personen, denen keine Arbeit zu Hause zugewiesen werden kann und wenn die Arbeit im Betrieb nicht möglich ist, ohne die Gesundheitsvorschriften zu verletzen. Die Arbeitgebenden müssen hier Löhne bezahlen, ohne dass sie dafür eine Gegenleistung der Arbeitnehmenden erhalten und dies aufgrund einer behördlichen Anordnung im Zusammenhang mit einer Epidemie. Gleich ist die Ausgangslage für die wirtschaftlichen Folgen behördlich angeordneter Betriebsschliessungen. Wie wir noch weiter ausführen werden, liegt in einer solchen Konstellation i.d.R. ein Fall des Arbeitgeberverzugs (Art. 324 OR) vor und die Arbeitgebenden sind zur Lohnzahlung (nicht Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR) verpflichtet. Auch bei solchen Konstellationen ist es sinnvoll, betroffene Unternehmen auf der Grundlage von Art. 63 EpG zu entschädigen. Auch für Selbstständigerwerbende sollte unseres Erachtens auf der Grundlage von Art. 63 EpG eine Ent-

²³ Siehe zum Ganzen u.a.: DAVID RECHSTEINER, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen*, Zürich/St. Gallen 2016, S. 381.

²⁴ Diese Bestimmung umfasst Massnahmen gegenüber Personen, die in die Schweiz einreisen oder aus der Schweiz ausreisen.

²⁵ Botschaft zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen vom 3. Dezember 2010, S. 410.

schädigung möglich sein. Die auf die Verordnungen vom 20. März zur Arbeitslosenversicherung und zur Ersatzerwerbsordnung gestützten Massnahmen werden voraussichtlich für viele Unternehmen eine spürbare Entlastung bilden. Wir erachten es aber noch immer als zweckmässig, Art. 63 EpG als Haftungsgrundlage für Schäden von Unternehmen zu prüfen, die nicht durch die bisherigen (und allenfalls noch kommenden) Stützungsmaßnahmen bestehen.

2.2. Obligationenrecht

[19] Die mit der Ansteckung mit dem Coronavirus einhergehenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen können zu einer *Arbeitsunfähigkeit der infizierten Person* führen. Im Arbeitsvertragsrecht knüpfen die folgenden Bestimmungen an die *gesundheitlich bedingte Arbeitsunfähigkeit* an:

- Art. 324a/b OR (Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin)
- Art. 329b Abs. 1 und 2 OR (Kürzung der Ferien bei verschuldeter und bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit)
- Art. 336c OR (Sperrfrist für Kündigungen bei unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit)
- Implizit auch Art. 337 Abs. 3 OR (unverschuldete Arbeitsunfähigkeit ist kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung)

[20] Nach Art. 324a Abs. 1 OR schuldet die Arbeitgeberin den Lohn für eine beschränkte Zeit, wenn es dem Arbeitnehmer aufgrund einer unverschuldeten Krankheit oder eines unverschuldeten Unfalles nicht zuzumuten ist, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.²⁶ Liegt eine unverschuldete Arbeitsunfähigkeit vor, so finden (sofern die Probezeit abgelaufen ist) auch die Vorschriften über die Sperrfristen in Art. 336c OR Anwendung. Eine fristlose Kündigung unter Berufung einer unverschuldeten, gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ist missbräuchlich (Art. 337 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 337c Abs. 1–3 OR). Für die Frage der Kürzung des Ferienanspruchs finden bei verschuldeter, gesundheitlich bedingter Arbeitsunfähigkeit Art. 329b Abs. 1 OR und bei Unverschulden Art. 329b Abs. 2 OR Anwendung.

[21] Art. 324a OR sieht nicht nur bei Krankheit oder Unfall (bzw. bei krankheits- oder unfallbedingter Arbeitsunfähigkeit) eine zeitlich beschränkte Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin vor. Lohnfortzahlung ist geschuldet, wenn «der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen» (...) an der Arbeitsleistung verhindert ist. Der Gesetzestext enthält eine exemplarische Aufzählung («wie»), nämlich «Krankheit», «Unfall», «Erfüllung gesetzlicher Pflichten» oder «Ausübung eines öffentlichen Amtes». Zu den gesetzlichen Verpflichtungen zählt auch die Wahrnehmung der elterlichen Sorge.²⁷ Solange die Arbeitsverhinderung in der *persönlichen Sphäre* des Arbeitnehmers begründet ist, gilt die Lohnfortzahlungspflicht auch dann, wenn keine gesundheitliche Ursache für die Verhinderung an der Arbeitsleistung vorliegt. In der Lehre und in der

²⁶ Auf die zahlreichen Fragen und Probleme im Zusammenhang mit der Dauer der Lohnfortzahlungspflicht und dem Ersatz der Lohnfortzahlungspflicht durch eine kollektive Krankentaggeldversicherung wird hier nicht weiter eingegangen.

²⁷ Die Wahrnehmung der elterlichen Sorge war lange Zeit umstritten, ist heute aber anerkannt. Anstelle vieler: ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 324 a/b OR, N 20.

(spärlichen) Praxis²⁸ wird abgegrenzt, ob ein objektives Leistungshindernis vorliegt – diesfalls besteht keine Leistungspflicht der Arbeitgeber gestützt auf Art. 324a OR²⁹ – oder ob das Leistungshindernis subjektiver Natur ist; in diesem Fall besteht eine Lohnfortzahlungspflicht. Eine im Zusammenhang mit einer Epidemie angeordnete Isolationsmassnahme stellt fraglos ein subjektives Leistungshindernis dar.

[22] Bei einem Leistungshindernis aus objektiven Gründen kann dies indes dazu führen, dass ein Anwendungsfall des Arbeitgeberverzugs nach Art. 324 OR liegt. Das ist dann der Fall, wenn das Geschehen zum Betriebsrisiko gehört. Die Folgen einer Pandemie gehören nach der hier vertretenen Meinung zum Betriebsrisiko. Das zeigt sich allein schon darin, dass die Betriebe gestützt auf das Epidemiengesetz verpflichtet sind, sich auf Epidemien vorzubereiten. Für die Arbeitnehmenden ist die Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324 OR vorteilhaft, denn der Lohnfortzahlungskredit nach Art. 324a OR wird nicht beansprucht, auch ist nicht erforderlich, dass das Arbeitsverhältnis eine bestimmte Zeit gedauert hat oder dauern wird. Zu beachten ist jedoch hier auch Art. 324 Abs. 2 OR. Demnach muss sich der Arbeitnehmer «auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat». Auch stellt sich in dieser Konstellation die Frage, ob die Arbeitgeberin im Rahmen ihres Weisungsrechts (Art. 321d OR) die Möglichkeit hat, dem Arbeitnehmer eine andere als die vertraglich vereinbarte Arbeit zuzuweisen, oder an einen anderen Arbeitsort zu transferieren, resp. ob der Arbeitnehmer solchen Weisungen Folge leisten muss (Art. 321d Abs. 2 OR). Eine Schranke des Weisungsrechts bildet die vertragliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, wobei anerkannt ist, dass der Arbeitnehmer in *Notsituationen* aufgrund seiner Treuepflicht (Art. 321a OR) dazu verpflichtet ist, andere und somit gegebenenfalls auch unattraktivere als die vertraglich vereinbarten Arbeiten auszuführen, oder sich an einen anderen als den vertraglichen Arbeitsort transferieren zu lassen, soweit dies zumutbar ist.

[23] Die gerade erwähnte Treuepflicht der Arbeitnehmenden spielt noch in einem weiteren Zusammenhang eine Rolle. Laut Bundesgericht sind kranke Arbeitnehmende grundsätzlich nicht verpflichtet, ihre Arbeit niederzulegen oder die Arbeitgeberin über die Krankheit zu informieren, sofern sie trotzdem arbeiten.³⁰ Gesundheitsdaten gelten als besonders schützenswerte Daten i. S. v. Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO.³¹ Eine Offenlegung entsprechender Informationen kann gestützt auf die Treuepflicht von Art. 321a OR nur verlangt werden, wenn die Gesundheit der Parteien oder Dritter zu schützen ist, also wenn die betroffene Arbeitnehmerin an einer ansteckenden Krankheit leidet und eine Ansteckungsgefahr besteht.³² Die Entscheidungsfreiheit der Arbeitnehmenden, bei Krankheit zu arbeiten, findet also dort ihre Grenzen, wo die eigene Gesundheit oder jene von Dritten gefährdet oder wo die Arbeitsfähigkeit beeinträchtigt ist.

[24] Das Korrelat der Treuepflicht des Arbeitnehmers bildet die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin. Ein zentraler Aspekt ist der Schutz der Persönlichkeit und Gesundheit (Art. 328 Abs. 1 und 2

²⁸ In einem Urteil vom 20. März 1981 befand das Arbeitsgericht ZH, dass ein auf den ersten Blick objektives Leistungshindernis (ein Erdbeben in Südtalien) zu einem subjektiven Leistungshindernis werden könne, wenn ein Arbeitnehmer in Ungewissheit über das Schicksal seiner Angehörigen nach Süden reist und deswegen nicht zur Arbeit erscheinen kann. Vgl. auch SJZ 77 (1981), 234 ff. und JAR 1981, 118 ff.

²⁹ Es kann jedoch eine Lohnzahlungspflicht basierend auf Art. 324 OR vorliegen.

³⁰ Urteil BGER 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001, Erw. 2. b/bb.

³¹ Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1.

³² Urteil BGER 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001, Erw. 2. b/aa.

OR). Art. 328 Abs. 2 OR verpflichtet die Arbeitgebenden nicht nur Massnahmen zum Schutz vor Berufsunfällen zu ergreifen, sondern auch solche, die ganz allgemein vor Gesundheitsschädigungen schützen, welche sich aus der Berufsausübung ergeben können.³³ Die praktische Bedeutung von Art. 328 Abs. 2 OR ist allerdings gering, da die Bestimmungen im öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz näher konkretisiert sind.³⁴ Der Schutzbereich von Art. 328 Abs. 2 OR beschränkt sich vielmehr auf jene Arbeitsverhältnisse, die nicht dem ArG unterstehen.³⁵

[25] Auch im vorliegenden Zusammenhang ist wichtig, dass die Arbeitgeberin gegenüber Arbeitnehmenden mit erhöhten Gesundheitsrisiken auch entsprechend mehr zur Rücksichtnahme auf die Gesundheit verpflichtet ist. Dies zeigt sich exemplarisch in BGE 132 III 257. Es ging um einen an einer schweren Rauchallergie leidenden Arbeitnehmer, der ein umfassendes Rauchverbot forderte und kurz darauf entlassen wurde. Der Betrieb hatte zuvor bereits in allen Räumen, welche der Rauchallergiker benutzte, ein Rauchverbot eingeführt, was aber dem speziellen Gesundheitszustand des Betroffenen zu wenig Rechnung trug. Er war aufgrund der verbleibenden Rauchimmissionen gesundheitlich weiterhin derart beeinträchtigt, dass er aufgrund seiner Allergie wiederholt arbeitsunfähig war. Das Bundesgericht betonte, dass im konkreten Fall nicht der generelle Schutz vor Passivrauch zu beurteilen sei, sondern vielmehr die möglichen Massnahmen zur Verhinderung des voraussehbaren Ausbruchs der Rauchallergie und damit des Eintritts einer Gesundheitsschädigung beim gesundheitlich beeinträchtigten Arbeitnehmer. In einer solchen Konstellation sei es gerechtfertigt, einen höheren Schutz zu fordern als bei Nichtrauchern allgemein. Der Gesundheitszustand des Arbeitnehmers hätte objektiv mehr als nur ein Teilrauchverbot erfordert, der Arbeitgeber hätte vielmehr alle zumutbaren Massnahmen ergreifen müssen, um eine Beeinträchtigung der Gesundheit des Rauchallergikers zu verhindern.³⁶ Wenn also wie bei der jetzigen Corona-Krise die zuständigen Behörden bestimmte Personengruppen als besonders gefährdet einstufen³⁷, dann haben Arbeitgebende gegenüber diesen Personen eine besondere Verpflichtung zur Rücksichtnahme (bspw. bezüglich den Möglichkeiten für Home-Office). Mit Art. 10b/10c der revidierten Corona-2-Verordnung wird klargestellt, wie weit diese Verpflichtung geht: Ist Home-Office nicht möglich, so schuldet die Arbeitgeberin zu 100% den Lohn.³⁸ Bei nicht besonders gefährdeten Arbeitnehmer ist zu beachten, dass diese nicht zur Arbeit verpflichtet sind, wenn der Betrieb die Gesundheitsvorschriften nicht einhält. Diese Arbeitnehmer wie auch diejenigen von Betrieben, die gestützt auf Art. 7d Abs. 4 der Corona-2-Verordnung wegen Missachtung der Regeln geschossen werden, haben einen Anspruch auf Lohnzahlung nach Art. 324 OR.

2.3. Arbeitsgesetz und Mitwirkungsgesetz

[26] Art. 6 Abs. 1 ArG verpflichtet die Arbeitgebenden, zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden alle Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der

³³ BGE 132 III 257, Erw. 5.2; vgl. auch REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 328 OR.

³⁴ REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 328 OR.

³⁵ REHBINDER/STÖCKLI, N 15 zu Art. 328 OR.

³⁶ BGE 132 III 257, Erw. 5.5 und 6.1.

³⁷ Vgl. Fussnote 3, Gefährdet sind gemäss BAG einerseits Personen über 65 Jahre und andererseits Personen, welche an bestimmten Vorerkrankungen leiden.

³⁸ Zu Grundlage dieser Lohnfortzahlungspflicht in Art. 324 OR (und nicht Art. 324a OR) siehe vorne, Randziffer 18.

Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Nach Art. 6 Abs. 2 ArG haben die Arbeitgebenden die betrieblichen Einrichtungen und den Arbeitsablauf so zu gestalten, dass Gesundheitsgefährdungen und Überbeanspruchungen der Arbeitnehmenden möglichst vermieden werden. Gestützt auf Art. 6 Abs. 4 und Art. 40 ArG hat der Bundesrat die Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (ArGV 3) erlassen, welche die Massnahmen regelt, die in allen dem Gesetz unterstehenden Betrieben für die Gesundheitsvorsorge zu treffen sind (Art. 1 Abs. 1 ArGV 3). Die Formulierungen in ArGV 3 sind zum Teil sehr offen und lassen es nicht immer zu, direkt aus dem Gesetz konkrete Regeln zum Gesundheitsschutz abzulesen. Konkretisierungen finden sich in der Wegleitung des SECO zur ArGV 3.³⁹

[27] Neben den Arbeitgebenden nehmen Art. 6 Abs. 3 ArG sowie Art. 10 ArGV 3 auch die Arbeitnehmenden in die Pflicht. So sind die Arbeitnehmenden verpflichtet, die Weisungen der Arbeitgebenden bezüglich der Gesundheitsvorsorge zu befolgen und die allgemein anerkannten Regeln zu berücksichtigen. Entsprechend sind die Arbeitnehmenden verpflichtet, eine Weisung der Arbeitgeberin zu befolgen, wonach sie vor Arbeitsantritt eine Temperaturkontrolle zu absolvieren haben. Ferner müssen die Arbeitnehmenden die persönlichen Schutzausrüstungen benutzen und dürfen die Wirksamkeit der Schutzeinrichtungen nicht beeinträchtigen (Art. 10 Abs. 1 ArGV 3). Falls die Arbeitnehmenden Mängel feststellen, welche die Gesundheitsvorsorge beeinträchtigen, haben sie diese zu beseitigen, sofern sie dazu befugt und in der Lage sind. Ansonsten haben sie den Mangel den Arbeitgebenden zu melden (Art. 10 Abs. 2 ArGV 3).

[28] Erwähnenswert ist weiter: Die Arbeitnehmenden haben bei allen Fragen des Gesundheitsschutzes ein gesetzliches Mitwirkungsrecht (Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG, Art. 6 Abs. 3 ArG und Art. 6 Abs. 1 ArGV 3), müssen also angehört werden und können Vorschläge unterbreiten. Diese Mitwirkungsrechte stehen den Arbeitnehmenden und soweit vorhanden der betrieblichen Arbeitnehmervertretung zu (Art. 10 Abs. 1 lit. a MitwG). Gerade in der aktuellen Corona-Krise kommen diesen Partizipationsrechten der Arbeitnehmenden eine wichtige Bedeutung zu. Die Arbeitgebenden müssen alle Massnahmen, die im Zusammenhang mit dem betrieblichen Umgang mit der Epidemie stehen, mit den Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung besprechen. Das ist nicht nur mit Blick auf die Verbesserung und Akzeptanz der Massnahmen sinnvoll, es handelt sich vielmehr auch um eine rechtliche Verpflichtung.⁴⁰ Es versteht sich von selbst, dass dieser Austausch angesichts der in der jetzigen Situation geforderten Hygiene- und «Social-Distancing»- Massnahmen auch «nur» über Mail oder sonstige virtuelle Kommunikationskanäle erfolgen kann bzw. je nach Umständen erfolgen muss. Die Arbeitnehmenden und die Arbeitnehmervertretung dürfen sich zudem zu diesen Fragen auch von ihren Verbänden beraten lassen. In diesem Zusammenhang haben die Gewerkschaften ein Zutrittsrecht zum Betrieb bzw. elektronische Informationsrechte gegenüber den Arbeitnehmenden.⁴¹

[29] Die vom Bundesrat angeordnete Schulschliessung stellt die Schulen wie auch die Eltern vor grosse Herausforderungen. Das Arbeitsgesetz sieht auch für «normale» Zeiten ein paar Regelungen zur Arbeitszeitgestaltung von Arbeitnehmenden mit familiären Verpflichtungen vor. Nach Art. 36 Abs. 1 ArG hat die Arbeitgeberin bei der Festsetzung der Arbeits- und Ruhezeit auf Ar-

³⁹ SECO, Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz und Anhänge, www.seco.admin.ch/themen/00385/00390/00392/02003/index.html (besucht am 16. März 2020).

⁴⁰ Die Nichteinhaltung des MitwG kann gestützt auf Art. 15 Abs. 2 MitwG durch die Verbände gerichtlich festgestellt werden.

⁴¹ Vgl. KURT PÄRLI, Betriebliche Zutrittsrechte der Gewerkschaften aus Arbeitsrecht und Gesamtarbeitsvertrag, in: AJP 2014, 1454 ff.

beitnehmer mit Familienpflichten besonders Rücksicht zu nehmen. Als Familienpflichten gelten dabei die Erziehung von Kindern bis zu 15 Jahren sowie die Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger oder nahestehender Personen. Was unter dieser «Rücksichtnahme» zu verstehen ist, wird weder im Gesetz noch in der Verordnung näher definiert. Gemäss der Wegleitung des SECO zu Art. 36 ArG gehören zu den Familienpflichten alle Aufgaben, welche die Anwesenheit der betreuenden Person notwendig oder wünschenswert erscheinen lassen, weil die Kinder diese Aufgaben noch nicht allein übernehmen können oder weil ihnen noch nicht genügend Eigenverantwortung zugemutet werden kann. Genannt werden «die Kinder rechtzeitig in die Schule schicken», «sie in der Mittagspause oder am Abend mit einer warmen Mahlzeit versorgen», «sie zu besonderen Anlässen begleiten» usw. Ferner darf nach Art. 36 Abs. 2 Satz 1 ArG ein Arbeitnehmer mit Familienpflichten nicht ohne sein Einverständnis zu Überzeitarbeit⁴² herangezogen werden.

[30] Dem Familienschutz verpflichtet ist die in Art. 36 Abs. 2 Satz 2 ArG enthaltene Bestimmung, wonach Arbeitnehmende mit Familienpflichten eine eineinhalbstündige Mittagspause verlangen können.⁴³ Diese soll ihnen ermöglichen, zu Hause für die Familie rechtzeitig eine warme Mahlzeit vorzubereiten. Weder im Gesetz noch in der Verordnung finden sich Anhaltspunkte über den genauen Zeitpunkt der Mittagspause. Aufgrund des Zweckes der Vorschrift ist jedoch klar, dass die Pause mit den Mittagspausen der Schulkinder korrespondieren muss. Für Beschäftigte mit Familienpflichten, die regelmässig Nachtarbeit leisten, ist die Arbeitgeberin überdies nach Art. 17e ArG in Verbindung mit Art. 46 lit. d der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) verpflichtet, bei der Erstellung von Einsatzplänen auf die besonderen Bedürfnisse der Arbeitnehmenden mit Familienpflichten Rücksicht zu nehmen bzw. wo dies nicht möglich ist, die Arbeitnehmenden bei der Organisation ihres Familienlebens zu unterstützen. Die Wegleitung des SECO erwähnt hier bspw. eine finanzielle Unterstützung für die Fremdbetreuung der Kinder.⁴⁴ Weiter relevant ist die Regelung zum Pikettdienst in Art. 14 Abs. 4 der ArGV 1. Betrieblich notwendige, kurzfristige Änderungen in der Pikettplanung und -einteilung und die sich daraus ergebenden Einsätze für Arbeitnehmende mit Familienpflichten können nur mit deren Einverständnis vorgenommen werden.

[31] Art. 36 Abs. 3 ArG hält fest, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmern mit Familienpflichten gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses die zur Betreuung kranker Kinder erforderliche Zeit im Umfang bis zu drei Tagen freizugeben hat. Weitere Voraussetzungen sind nicht erforderlich. Diese ArG-Bestimmung regelt aber nur den Anspruch auf freie Zeit, nicht aber die Frage der Entlohnung. Ob ein Lohnanspruch besteht, beantwortet sich nach Art. 324a OR, d.h. insbesondere besteht ein Anspruch nur dann, wenn für das fragliche Dienstjahr noch ein «Lohnfortzahlungskredit» besteht. Es stellt sich hier die Frage, ob in Fällen, in denen die Lohnfortzahlungspflicht bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit durch eine Krankentaggeldversicherung ersetzt wur-

⁴² Der Begriff der Überzeitarbeit bezieht sich auf die Regelung in Art. 12 ArG und nicht die Überstunden im Sinne von Art. 321c OR. Überzeitarbeit definiert sich als die Arbeit, welche die wöchentliche zulässige Höchstarbeitszeit (45 bzw. 50 Stunden je nach Branche) überschreitet. Während eine Arbeitgeberin bei der Anordnung von Überstunden (Differenz zwischen den vertraglich vereinbarten Stunden, z.B. 42 Stunden pro Woche, und der gesetzlichen Höchstarbeitszeit von 45 bzw. 50 Stunden pro Woche auf die Situation des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin lediglich Rücksicht zu nehmen hat, ist für das Leisten von Überzeit die Einwilligung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin erforderlich.

⁴³ Siehe Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 30. September 1960, BBl 1960 II 993 (In der damaligen Fassung stand der Anspruch auf die eineinhalbstündige Mittagspause nur den weiblichen Arbeitnehmern mit Familienpflichten zu).

⁴⁴ SECO, Wegleitung, Rz 52.

de, überhaupt noch ein Lohnfortzahlungsanspruch aus anderen Gründen besteht. Diese Frage ist in der Lehre umstritten.⁴⁵ Aus dem Schutzzweckgedanken von Art. 324a OR ergibt sich, dass die Lohnfortzahlung bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung aus anderen Gründen weiterhin geschuldet ist.⁴⁶ Die Bestimmung in Art. 36 Abs. 3 ArG ist nicht als Höchstgrenze zu verstehen. Wenn besondere Umstände vorliegen, namentlich wenn die Schwere der Erkrankung eine enge elterliche Betreuung notwendig macht, besteht ein Lohnfortzahlungsanspruch gestützt auf Art. 324a OR auch länger (bis maximal dem noch bestehenden Lohnfortzahlungskredit).⁴⁷

[32] Weder Verordnung noch Wegleitung sehen Erläuterungen der Art. 36 Abs. 1, 2 oder 3 ArG für den Fall einer länger dauernden Schulschliessung vor. Erkennbar wird indes der gesetzgeberische Wille, Arbeitgebende bei der Arbeitszeitgestaltung zur Rücksichtnahme von Arbeitnehmenden mit familiären Verpflichtungen zu zwingen. Diese Pflichten sind dem Wege der Rezeptionsklausel in Art. 342 Abs. 2 OR auch gerichtlich durchsetzbar. Mit der Verordnung «COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall» hat der Bundesrat eine Rechtsgrundlage für eine Entschädigung der betroffenen Eltern geschaffen. Das ändert unseres Erachtens aber nichts an der grundsätzlichen Leistungspflicht der Arbeitgeberin für den Lohnausfall. Die Ausgangslage ist nun grundsätzlich ähnlich wie bei den Entschädigungen der Ersatzerwerbsordnung (EO) bei Militärdienst. Die ganze Thematik bedarf aber noch vertiefter Reflexion, denn Art. 2 Abs. 4 der genannten Verordnung sieht vor, dass diese neue Entschädigung subsidiär sei zu sämtlichen Leistungen von Sozialversicherungen und Versicherungen nach dem Versicherungsvertragsgesetz VVG sowie zur Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin.

3. Konkrete Fragen und Antworten

3.1. Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin

3.1.1. Arbeitsunfähigkeit aufgrund persönlicher Erkrankung

[33] Wer sich mit dem Coronavirus angesteckt hat und Symptome der COVID-19 Erkrankung zeigt, ist aus Krankheitsgründen an der Arbeitsleistung verhindert und hat nach Art. 324a OR dann Anspruch auf eine zeitlich beschränkte Lohnfortzahlung der Arbeitgeberin, wenn das Arbeitsverhältnis für länger als drei Monate eingegangen ist bzw. mehr als drei Monate gedauert hat. Die Erkrankung an COVID-19 muss nicht in jedem Fall zur vollständigen Arbeitsunfähigkeit führen. Gerade bei jüngeren Menschen ist der Verlauf der Krankheit oft nicht sehr intensiv. Dennoch ist eine Rückkehr an den Arbeitsplatz erst zulässig, wenn von der betroffenen Person keine Ansteckungsgefahr mehr ausgeht.⁴⁸

[34] Die Lohnfortzahlungspflicht setzt weiter voraus, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit *nicht auf ein Verschulden* des Arbeitnehmers zurückzuführen ist. Angesichts der bekann-

⁴⁵ Zu den unterschiedlichen Positionen siehe KURT PÄRLI/JULIA HUG, Freiwillige Taggeldversicherung, in: Steiger-Sackmann/Mosimann (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Basel 2014, S. 538.

⁴⁶ So auch ANGELA HENSCH, Arbeitnehmende mit Familienpflichten, erscheint in der AJP 2016, S. 1631 ff.

⁴⁷ Siehe z.B. Obergericht Bern in JAR 2005, S. 352, in casu erhielt eine Mutter drei Monate Lohnfortzahlung für die Betreuung ihres gerade mal fünf Monate alten, schwerkranken Kindes zugesprochen, da eine Fremdbetreuung nicht angemessen war.

⁴⁸ Die Inkubationszeit kann bis zu 14 Tage betragen, siehe <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html>.

ten Übertragungswege des Virus⁴⁹ ist eine verschuldete Ansteckung kaum anzunehmen. Zwar sind die Vorsichtsmassnahmen zur Vermeidung der Übertragung bekannt, aber deren Befolgung stellt keine Garantie für eine Nichtansteckung dar. Von einem Verschulden kann demnach bei einer Ansteckung mit dem Coronavirus nicht die Rede sein. Denkbar wäre ein Verschulden höchstens dann, wenn ein Arbeitnehmer entgegen behördlichen Warnungen privat in eine Region gereist wäre, in der eine sehr hohe Ansteckungsgefahr herrscht und danach arbeitsunfähig wurde. Zwischenzeitlich ist jedoch die Ansteckungsgefahr in fast allen Teilen der Welt da und die Frage nach dem Verschulden ist obsolet.

[35] Die Beweislast für das Vorliegen eines Verhinderungsgrundes im Sinne von Art. 324a OR liegt beim Arbeitnehmer.⁵⁰ In vielen Betrieben wird verlangt, dass Arbeitnehmende nach drei oder auch nach fünf Tagen ein Arztzeugnis vorlegen. Es liegt auf der Hand, dass es in der aktuellen Situation in vielen Fällen schlicht nicht immer möglich und sinnvoll ist, ein Arztzeugnis zu organisieren. Das betrifft auch Fälle der Arbeitsunfähigkeit aus anderen Gründen als den Folgen des Coronavirus. Art. 10a Abs. 2 der revidierten Corona-2-Verordnung verpflichtet Gesundheitseinrichtungen, auf nicht dringend angezeigte medizinische Massnahmen zu verzichten.

3.1.2. Arbeitsverhinderung bei Selbstisolation und Selbstquarantäne

[36] An der Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung kann auch verhindert sein, wer aufgrund behördlicher Massnahmen zu Hause bleiben muss. Hinsichtlich solcher Massnahmen ist in erster Linie an die Selbstisolation und die Selbstquarantäne zu denken. Beide Massnahmen sollen die Verbreitung des Virus verlangsamen.⁵¹ Selbstisolation bedeutet, dass Personen mit Krankheitssymptomen bis 24 Stunden nach Abklingen der Krankheitssymptome zu Hause bleiben müssen. Die Selbstquarantäne setzt hingegen keine eigenen Symptome voraus, sondern bloss den Kontakt mit einer infizierten Person; in diesem Fall soll die Person mindestens 5 Tage zu Hause bleiben.⁵²

[37] In diesen Fällen kann eine arbeitnehmende Person nicht zur Arbeit erscheinen. Eine Person in Quarantäne oder auch eine tatsächlich erkrankte Person, welche aber einen bloss sehr milden Krankheitsverlauf aufweist⁵³ kann nun dennoch arbeitsfähig sein. Falls Homeoffice realisierbar ist, hat die arbeitsfähige Person im Rahmen des Möglichen die Arbeitsleistung zu erbringen und erhält dafür Lohn nach den regulären Voraussetzungen. In Fällen, in denen Homeoffice nicht möglich ist (man denke z.B. an eine Gipserin oder einen Bartender), befindet sich die Arbeitgeber-

⁴⁹ <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html#1259953921> (zuletzt besucht am 16. März 2020).

⁵⁰ ROLAND MÜLLER, Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten, in: AJP 2/2010 S. 167 mit dem Hinweis auf S. 169, dass die Arbeitgeberin ohne eine solche Klausel durchaus schon ab dem 1. Tag der Arbeitsverhinderung ein Arztzeugnis verlangen könnte. Für besonders gefährdete Personen genügt jedoch gemäss Art. 10b Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 bereits die Geltendmachung des Alters von über 65 oder einer der angeführten Erkrankungen, um den Lohnfortzahlungsanspruch aus Arbeitsverhinderung geltend zu machen.

⁵¹ Eine Ausrottung oder eine komplette Unterbrechung der Übertragungsketten des Virus ist nicht mehr möglich. Vielmehr soll durch diese Massnahmen verhindert werden, dass aufgrund exponentiellen Wachstums der Fallzahlen zu viele Personen auf einmal erkranken und das Gesundheitswesen überlastet wird.

⁵² Siehe die Merkblätter «Selbstisolation bei Fieber und Husten» und «Selbstquarantäne» des BAG vom 14. März 2020, abrufbar unter www.bag.admin.ch.

⁵³ Zu denken ist insb. an jüngere Personen, bei denen der Krankheitsverlauf teils nicht einmal die Schwere einer saisonalen Grippe annimmt.

rin im Annahmeverzug gemäss Art. 324 OR: Sie schuldet trotz der ausbleibenden Arbeitsleistung den Lohn.

[38] Möglich ist auch, dass in nächster Zeit in der Schweiz die Massnahmen weiter verschärft werden: Eine Ausgangssperre oder zumindest erhebliche Einschränkungen der Bewegungsfreiheit wurden in verschiedenen europäischen Ländern schon verhängt⁵⁴ und sind auch in der Schweiz nicht undenkbar. Diese Konstellation entspricht derjenigen einer Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen behördlichen Vorgaben, auf die wir sogleich eingehen.

3.1.3. Verhinderung durch behördliche Vorgaben

[39] Wenn der Bund oder die Kantone Massnahmen anordnen, die letztlich zur Verhinderung der Arbeitstätigkeit in «Erfüllung gesetzlicher Pflichten» führen, so besteht gemäss Art. 324a/b⁵⁵ OR zweifellos eine beschränkte Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin. Ein solcher Fall liegt vor, wenn ein Spitalbataillon zur Unterstützung eines kantonalen Spitals einrücken muss. Militärdienst und Zivildienst werden in der Lehre deshalb auch klar als gesetzliche Pflicht genannt.⁵⁶

[40] Weniger klar ist die Situation, wenn die Arbeitstätigkeit auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift verboten wird. Dieser Fall tritt ein, wenn Schulen oder Restaurants durch behördliche Vorgaben geschlossen werden. Bei solchen Betriebsschliessungen handelt es sich grundsätzlich um kollektive Massnahmen nach Art. 40 EpG bzw. Art. 7 EpG⁵⁷, welche nach den Ausführungen unter Ziff. 2.2 vorne eigentlich in die Risikosphäre der Arbeitgebenden fallen, weil sie dadurch nicht in der Lage sind, die Arbeitsleistung entgegen zu nehmen.⁵⁸ Es liegt also ein Fall des Arbeitgeberverzugs nach Art. 324 OR vor. Das SECO vertritt ganz generell diese Haltung. Dies ergibt sich aus Frage 19 des Frage- und Antwortkataloges: «Was sind die Folgen für die Lohnfortzahlung, wenn der Betrieb auf Grund einer behördlichen Anweisung geschlossen wird?» Als Antwort gibt das SECO vor: «Da der Betrieb das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt, besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlungspflicht, auch wenn dies den Arbeitgeber stark belasten kann.»⁵⁹

[41] Tatsächlich gibt es gewisse behördliche Massnahmen im Sinne von Notrecht, mit denen Betriebe schlichtweg nicht rechnen mussten. Ein konkretes Beispiel dafür wäre ein komplettes Flugverbot von und nach der Schweiz. Gemäss Art. 43 EpG müssen zwar Unternehmen, die im Flugverkehr grenzüberschreitend Personen befördern, damit rechnen, dass sie bei der Durchführung der Massnahmen nach Artikel 41 mitzuwirken haben. Die dort aufgelisteten Massnahmen basieren jedoch alle auf der Annahme, dass der Flugbetrieb nicht eingestellt ist. Auch in der COVID-19-Verordnung 2 wird unter Art. 4 unter dem Titel «Einschränkung des Luftverkehrs» lediglich festgehalten, dass das EDI den Luftverkehr aus Risikoländern und -regionen nach Ar-

⁵⁴ So etwa in Spanien, Italien und Frankreich. Vgl. etwa NZZ vom 15. März 2020, «Nach der Verhängung des Alarmzustandes sind Spaniens Städte wie ausgestorben».

⁵⁵ Die Ersatzerwerbsordnung (EO) ist eine obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR.

⁵⁶ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, 7. Aufl., Zurich/Bâle/Genève 2012, N 17 zu Art. 324a/b.

⁵⁷ Art. 6 der am 16.03.2020 revidierten Corona-Verordnung stützt sich auf Art. 7 EpG (Bundeskompetenz, Art. 40 EpG ist die Grundlage für kantonale Massnahmen).

⁵⁸ Ebenso WOHLWEND, S. 6.

⁵⁹ Vgl. die FAQ Pandemie und Betrieb des SECO vom 11. März 2020 abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitsschutz-am-arbeitsplatz/Pandemie.html>.

tikel 2 Absatz 2 in die Schweiz aussetzen kann. Wenn nun aber gar nicht die Schweiz den Luftverkehr von und nach Österreich verbietet, sondern genau dieses Nachbarland selbst, dann war das schlicht unvorhersehbar.⁶⁰ Letztlich muss deshalb die behördliche Vorgabe im Einzelfall geprüft werden, wobei im Zweifel zugunsten der Arbeitnehmer davon ausgegangen werden kann, dass die behördlichen Vorgaben vorhersehbar waren. Damit fallen sie i.d.R. in die Risikosphäre der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer haben wegen diesem Annahmeverzug konsequenterweise einen Lohnanspruch.

[42] Eine weitere Problemstellung ergibt sich, wenn Arbeitnehmer im Stundenlohn mit kurzfristiger Planung angestellt sind und auf Grund der behördlichen Anordnung nun die Arbeitgeberin alle Schichten absagt. Hier liegt ebenfalls eine Betriebsschliessung vor, welche zu einem Annahmeverzug der Arbeitgeberin führt. Folglich besteht eine Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin. Die Höhe der Lohnzahlung richtet sich nach dem durchschnittlichen Verdienst. Je nach den Umständen kann auf das letzte Jahr vor der Verhinderung oder auf eine kürzere Periode abgestellt werden.⁶¹

[43] Bevor jedoch von einem behördlichen Verbot ausgegangen wird, muss die Rechtslage genau geprüft werden. Als Beispiel seien die Flugschulen angeführt. Ist der Flugunterricht nun untersagt oder nicht? Gemäss Art. 5 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 sind Präsenzveranstaltungen in Schulen, Hochschulen und übrigen Ausbildungsstätten verboten. Folglich kann sicher kein Theorieunterricht mehr vor Ort durchgeführt werden. Als Alternative bietet sich eine Schulung im virtuellen Klassenraum an. Aber auch Piloten- oder Fluglehrer-Refresher sind verboten. Was aber ist mit dem individuellen Flugunterricht analog zur Fahrschule durch einen Fahrlehrer? Nachdem das Bundesamt für Zivilluftfahrt BAZL ursprünglich noch davon ausging, dass der individuelle Flugunterricht weiterhin zulässig wäre, musste es seine Beurteilung nach der Publikation der Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung 2 durch das BAG korrigieren. Darin wird nun unter Art. 6 Abs. 2 erörtert, dass auch Fahrschulen zu den öffentlichen Einrichtungen zählen, welche für das Publikum geschlossen werden. Dies gilt auch für die kleinen Ein-Mann-Fahrschulen. In Analogie muss dies nun auch für die Flugschulen gelten. Die Kantone könnten gestützt auf Art. 7 lit. b. für Flugschulen als Ausbildungsstätten eine besondere Ausnahme bewilligen, wenn eine entsprechende Notwendigkeit nachgewiesen werden könnte.

3.1.4. Arbeitsverhinderung besonders gefährdeter Arbeitnehmer/innen

[44] Art. 328 OR und Art. 6 ArG verpflichten die Arbeitgeberin, die Gesundheit der Arbeitnehmenden bestmöglichst zu schützen, wobei auf gesundheitlich angeschlagene Personen eine besondere Rücksichtnahme gefordert ist. Wenn die Arbeitgeberin die ihr zumutbaren und machbaren Möglichkeiten nicht ergreift, liegt ein Fall des Arbeitgeberverzugs nach Art. 324 OR vor, denn den Arbeitnehmenden ist in einer solchen Situation das Erbringen der Arbeitsleistung nicht zumutbar.⁶² Eine Konkretisierung dieses Schutzgedankens findet sich in Art. 35b ArG. Bei Schwan-

⁶⁰ Genau dies geschah am 13. März 2020, als Österreich Flüge aus Spanien, Frankreich und der Schweiz verboten hat (vgl. JAN GRUBER in Aviation Net online vom 13. März 2020).

⁶¹ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 324 a/b OR, N 9 mit Verweis auf BGE 4C.173/2004.

⁶² Das ist auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung; wenn bsw. eine Baufirma die Arbeitnehmer auffordert, in einem engen Bus zur Baustelle zu fahren, so wäre die Erbringung der Arbeitsleistung nicht zumutbar, die Arbeitgeberin müsste indes den Lohn gestützt auf Art. 324 OR ausrichten.

gerschaft und Mutterschaft gelten für die betroffenen Arbeitnehmerinnen erhöhte Schutzvorschriften, namentlich bei bestimmten Tätigkeiten und hinsichtlich der Gestaltung der Arbeitszeit. Die Arbeitgeberin wird in Art. 35b Abs. 2 ArG zur Leistung von Lohnausfall verpflichtet, wenn sie keine gleichwertige Arbeit anbieten kann.

[45] Der Bundesrat nimmt diese arbeitsrechtliche Grundkonzeption in Art. 10c der revidierten Corona-2-Verordnung auf und verpflichtet Arbeitgeberinnen, besonders gefährdeten Arbeitnehmenden (als solche gelten gemäss Art. 10b Personen ab 65 Jahren und Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs) zu ermöglichen, zu Hause zu arbeiten. Die «Home-Office-Pflicht» für die genannten Personen wird indes in den Absätzen 2 und 3 deutlich relativiert. Wenn Arbeitstätigkeiten aufgrund der Art der Tätigkeit oder mangels realisierbarer Massnahmen nur am üblichen Arbeitsort erbracht werden, so sind die Arbeitgeber (nur) verpflichtet, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen. Nur wenn weder Arbeit zu Hause noch unter den genannten Voraussetzungen am Arbeitsort möglich ist, besteht die Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin. In beweisrechtlicher Hinsicht führt aber Art. 10c Abs. 2 immerhin dazu, dass die Arbeitgeberin den Nachweis erbringen muss, dass die Abstands- und Hygiene-Regelungen am Arbeitsplatz gehalten werden können. Art. 10b Abs. 4 der Corona-2-Verordnung hält fest, dass die betroffenen Arbeitnehmenden ihre besondere Gefährdung durch eine persönliche Erklärung geltend machen. Die Arbeitgeberin hat das Recht, ein ärztliches Attest zu verlangen.

[46] Bei der praktischen Anwendung dieser neuen Bestimmung ist auch die arbeitsvertragsrechtliche Treuepflicht relevant. Zwar erwähnt Art. 10b Abs. 1 der Verordnung « (...) erledigen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten von zu Hause aus»; das kann nun aber nicht bedeuten, dass die Arbeitgeberin bei der Organisation und Zuweisung von Arbeit zu Hause nicht auch andere als die vertragliche vereinbarte Arbeitsleistung einfordern darf. Die Treuepflicht gebietet hier den Arbeitnehmenden Solidarität und Flexibilität. Die allermeisten Arbeitnehmenden sind ohnehin interessiert, die aufgrund der Epidemie erzwungene Isolation nicht noch durch den Verlust der Arbeitstätigkeit zu verschlimmern.

[47] Es versteht sich von selbst, dass diese Massnahmen für diejenigen Betriebe, die keine Möglichkeit haben, besonders gefährdeten Arbeitnehmenden die Arbeit zu Hause zu ermöglichen, dramatische organisatorische und vor allem auch finanzielle Konsequenzen haben.⁶³ Wie wir weiter oben festgehalten haben, besteht unseres Erachtens für die betroffenen Betriebe die Möglichkeit einer Entschädigung gestützt auf Art. 63 EpG.

3.1.5. Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel

[48] Der Arbeitnehmer ist selber dafür verantwortlich, wie er zum Arbeitsort gelangt. Die Folgen von Verkehrsproblemen auf dem Arbeitsweg hat folglich auch der Arbeitnehmer selber zu tragen. Das gilt zweifellos, wenn die öffentlichen Verkehrsmittel ausgedünnt werden und deshalb der Arbeitsweg länger wird. Es bleibt aber auch die Verantwortung des Arbeitnehmers, wenn das öffentliche Verkehrsmittel gar nicht mehr benutzt werden kann. Die Wahl des Verkehrsmittels

⁶³ Die Arbeitgeberin schuldet in dieser Situation Lohnzahlung nach Art. 324 OR, siehe dazu vorne, Randziffer 18.

tels für den Arbeitsweg steht dem Arbeitnehmer zu. Er trägt folglich auch die entsprechenden Risiken. Kann der Arbeitnehmer mangels Transportmittels nicht zur Arbeit erscheinen, besteht folglich auch keine Lohnfortzahlungspflicht. Die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin verpflichtet diese aber auch, gegebenenfalls die Arbeitszeiten und den Arbeitsort an die neuen Gegebenheiten im öffentlichen Verkehr anzupassen. Kann der Arbeitnehmer nicht an den Arbeitsort gelangen, weil der öffentliche Verkehr ausgefallen ist, muss die Arbeitgeberin, soweit es die Arbeit und die Art des Betriebes zulässt, dem Arbeitnehmer Heimarbeit ermöglichen. Ist der Arbeitnehmer bereit dazu und hat er seine Arbeit den Umständen entsprechend rechtsgenügend angeboten, muss die Arbeitgeberin den Lohn weiterbezahlen (Art. 324 OR). Das trifft selbstverständlich auch dann zu, wenn es um geschäftlich bedingte Reisen geht, die wegen der Einschränkungen im öffentlichen Verkehr nicht mehr ausgeführt werden können. Als Teil der Arbeit hat die Arbeitgeberin hier die Folgen eines Ausfalls oder einer Einschränkung zu tragen.

3.1.6. Arbeitsverhinderung wegen der Betreuung von Kindern

[49] Wie im Teil «Rechtliche Grundlagen» aufgezeigt, haben Arbeitnehmende mit familiären Verpflichtungen einen Anspruch, wegen Betreuung kranker Kinder bis zu drei Tagen der Arbeit fernzubleiben (Art. 36 Abs. 3 ArG) und haben, soweit der Lohnfortzahlungskredit nach Art. 324a OR nicht bereits aufgebraucht ist, auch Anspruch auf Lohnzahlung. Je nach Umständen kann die Lohnfortzahlungspflicht auch länger dauern. Weiter haben wir aufgezeigt, dass die Arbeitgeberin gestützt auf Art. 36 Abs. 1 und 2 ArG auch in «normalen» Zeiten verpflichtet ist, bei der Arbeitszeitgestaltung auf die Arbeitnehmenden mit Betreuungspflichten Rücksicht zu nehmen.

[50] Die revidierte Corona-2-Verordnung hält in Art. 5 Abs. 3 fest, dass die Kantone für die notwendigen Betreuungsangebote für Kinder, die nicht privat betreut werden können, zu sorgen hat. Richtigerweise hält die Verordnung auch fest, dass besonders gefährdete Personen nicht in die Betreuung eingebunden werden dürfen (also namentlich auch nicht die Grosseltern, sofern sie über 65 Jahre alt sind oder vorerkrankt sind). Art. 5 Abs. 4 der Verordnung sieht vor, dass Kindertagesstätten nur geschlossen werden dürfen, wenn die zuständigen Behörden andere geeignete Betreuungsangebote vorsehen.

[51] Die Schliessung von Schulen und Kindertagesstätten stellt viele Arbeitnehmende mit Kindern vor eine grosse Herausforderung. Nicht problematisch ist die Kinderbetreuung für die Arbeitnehmenden derjenigen Betriebe, die aufgrund der Corona-2-Verordnung den Betrieb schliessen müssen. Ganz anders ist die Situation für Arbeitnehmende im Gesundheitswesen. Es ist hier auch im öffentlichen Interesse, dass für die Kinder dieser Arbeitnehmenden durch die Kantone Betreuungsangebote sichergestellt werden.

[52] Wie ist nun aber die Rechtslage, wenn Arbeitnehmende durch die Schliessung der Schulen und allenfalls auch Kindertagesstätten einerseits ihre arbeitsvertraglichen Pflichten erfüllen müssen und andererseits mit der Situation konfrontiert sind, dass die Kinder nicht zur Schule bzw. in die Kindertagesstätte gehen können? Liegt hier ein Verhinderungsgrund im Sinne von Art. 324a OR vor? Dabei geht es nicht darum, ob dieser Verhinderungsgrund in der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers zu verorten ist oder ob ein objektives Leistungshindernis vorliegt.⁶⁴ Massgebend ist vielmehr: Die Betreuung von Kindern ist eine gesetzliche Pflicht (Art. 276 ZGB),

⁶⁴ So aber das Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 16. August 2010 im Zusammenhang mit der Schliessung einer Kinderkrippe wegen der Schweinegrippe, JAR 2011 S. 628–629, S. 629.

Eltern dürfen ihre Kinder (je nach Alter) nicht einfach sich selbst überlassen. Klar ist auch, dass die Treuepflicht der Arbeitnehmenden gebietet, innert vernünftiger Frist eine Ersatzbetreuung zu organisieren. Die in Art. 36 Abs. 3 ArG für den Fall kranker Kinder vorgesehene Frist von drei Tagen kann hier als Orientierung herangezogen werden. Berücksichtigt werden muss aber auch, dass in der aktuellen Situation die naheliegende Lösung «Grosseltern» in vielen Fällen nicht in Frage kommt. Wenn zudem die Kantone ihre Betreuungsangebote noch nicht organisiert haben, so bleibt den betroffenen Arbeitnehmenden schlicht nichts anderen übrig, als ihrer gesetzlichen Kinderbetreuungspflicht nachzukommen und der Arbeit ganz oder zumindest teilweise fernzubleiben. Unseres Erachtens besteht in dieser Konstellation die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR.

3.2. Weisungsrecht der Arbeitgeberin

3.2.1. Homeoffice

[53] Im Arbeitsvertrag wird in aller Regel nicht nur die Art der Arbeitsleistung definiert, sondern auch in einem gewissen Umfang umschrieben, wo die Arbeit auszuführen ist. Entsprechend kann die Arbeitgeberin Arbeit in Homeoffice vom Arbeitnehmer nur verlangen, wenn dies vertraglich vereinbart ist. Das Weisungsrecht der Arbeitgeberin besteht nur im Rahmen des vertraglich Vereinbarten.⁶⁵ Der Arbeitnehmer hat aber nicht nur die ihm übertragenen Arbeiten sorgfältig auszuführen, sondern auch die berechtigten Interessen der Arbeitgeberin in guten Treuen zu wahren (Treuepflicht; Art. 321a Abs. 1 OR). Entsprechend muss er Vertragsänderungen zustimmen, soweit dies ihm nach den ganzen Umständen zuzumuten ist. Schliesslich gilt im Vertragsrecht allgemein die Schadenminderungspflicht⁶⁶. Der Arbeitnehmer hat folglich einem vorübergehenden Wechsel auf Home-Arbeit zuzustimmen, wenn so die Arbeitsleistung weiter erbracht werden kann und nach den Umständen die Arbeit zu Hause zuzumuten und möglich ist.

[54] In der Tat erbringen derzeit die Leute soweit möglich ihre Arbeitsleistung zu Hause, nicht nur wenn eine Quarantäne oder eine Isolation behördlich angeordnet ist. Entsprechend kann die Arbeitgeberin diese Arbeit auch verlangen.⁶⁷ Ist der Arbeitnehmer krank, muss geprüft werden, ob er gesundheitlich überhaupt in der Lage ist, zu Hause zu arbeiten. Das beurteilt sich nach medizinischen Kriterien. Ist er es nicht, besteht eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR.

[55] Namentlich wenn der Arbeitnehmende wegen geschlossener Kinderkrippen und Schulen zu Hause bleiben muss, um Kinder zu betreuen, stellt sich die Frage, ob er auch gegenüber der Arbeitgeberin verlangen kann, seine Arbeit zu Hause zu verrichten. Dies ist mit Blick auf die Fürsorgepflicht der Arbeitgeber zu bejahen, soweit dies betrieblich möglich ist (Art. 328 OR). Verweigert die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer in einer solchen Situation Homeoffice ohne hinlängliche betriebliche Gründe, ist sie im Annahmeverzug und es besteht eine Lohnzahlungspflicht auch ohne Arbeitsleistung (Art. 324 OR).

[56] Die Arbeitgeberin ist selbstverständlich verpflichtet, für die zusätzlichen Kosten aufzukommen, welche dem Arbeitnehmer durch die Arbeit zu Hause entstehen (Art. 327 f. OR). Falls ein

⁶⁵ BSK-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 321d N 6.

⁶⁶ VON TUHR ANDREAS/PETER HANS, Allgemeiner Teil OR, Zürich 1974, S. 112 f.

⁶⁷ So auch SCHWAAB, S. 5 f.

Arbeitnehmer nicht über die notwendige Hard- und Software verfügt, um die angeordnete Home-Arbeit durchzuführen, muss die Arbeitgeberin diese auf eigene Kosten zur Verfügung stellen. Stellt ein Arbeitnehmer die notwendige Infrastruktur jedoch selbst entsprechend dem Trendwort «Bring Your Own Device», so hat die Arbeitgeberin die Auslagen für den geschäftlichen Teil der Nutzung wie z.B. zusätzliche Telefonkosten zu bezahlen. Nur in Ausnahmefällen wird die Arbeitgeberin jedoch auch noch eine Entschädigung für die Nutzung eines Zimmers in der privaten Wohnung als Arbeitszimmer für die Home-Arbeit leisten müssen. Im Urteil [4A allowbreak₅33/2018](#)vom 23. April 2019, E. 6, hat das Bundesgericht eine monatliche Entschädigung von CHF 150 zugesprochen, doch stand dem Arbeitnehmer in diesem Falle überhaupt kein Arbeitsplatz zur Verfügung. Dagegen kann im Falle einer vorübergehenden Home-Arbeit auf Grund einer befristeten Gesundheitsmassnahmen wohl nicht geltend gemacht werden, es hätte genau dafür ein zusätzliches Zimmer gemietet werden müssen.

3.2.2. Reiseverbot

[57] Die Arbeitgeberin kann grundsätzlich über das Freizeitverhalten des Arbeitnehmers nicht bestimmen. Insofern kann sie dem Arbeitnehmer auch nicht verbieten, an bestimmte Orte zu reisen. Sie kann aber entsprechende Empfehlungen abgeben. Hält sich der Arbeitnehmer nicht daran und kann deshalb anschliessend nicht die Arbeit erbracht werden (Quarantäne) hat das Folgen für die Lohnfortzahlungspflicht. Die Verhinderung ist dann unter Umständen nicht mehr unverschuldet im Sinne von Art. 324a OR. Damit entfällt die Lohnfortzahlungspflicht.

[58] Im Zusammenhang mit Grippepandemien hat sich auch immer wieder die Frage gestellt, ob die Arbeitgeberin die Arbeitnehmer verpflichten kann, sich impfen zu lassen. Ein Impfwang ist ein schwerer Eingriff in die persönliche Freiheit. Insofern ist eine solche Verpflichtung sicher nicht bloss aufgrund einer Weisung möglich. Vielmehr müsste sich die Weisung auf eine entsprechende ausdrückliche vertragliche Vereinbarung stützen. Mit Blick auf Art. 27 OR kann aber eine solche Verpflichtung nur eingegangen werden, wenn hinsichtlich der Art des Betriebes und der konkreten Arbeit dafür eine ausreichende Notwendigkeit besteht.⁶⁸ Überdies kann es sich nie um eine eigentliche Impfpflicht handeln. Vereinbart werden kann die Impfung höchstens als Voraussetzung für die Arbeitsleistung. Das muss aber namentlich beim Gesundheitspersonal möglich sein. Verweigert der Arbeitnehmer dann in einer konkreten Gefährdungssituation eine Impfung, kann sich die Arbeitgeberin wiederum weigern seine Arbeitsleistung entgegenzunehmen, ohne nach Art. 324 OR in Annahmeverzug zu gelangen. Eine Lohnzahlungspflicht besteht dann nicht. Ein gewisses Gesundheitsverhalten darf aber auch ohne besondere Vereinbarung im Arbeitsvertrag vorausgesetzt werden. Schon aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers ergibt sich der Anspruch der Arbeitgeberin, dass der Arbeitnehmer nicht zur Arbeit im Betrieb erscheint, wenn er Coronavirus-Symptome aufweist.⁶⁹

3.2.3. Zuweisung anderer Arbeit oder anderer Arbeitsort

[59] Es besteht keine konkrete gesetzliche Norm, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer eine andere Arbeit oder einen anderen Arbeitsort

⁶⁸ Vgl. WOHLWEND, S. 9.

⁶⁹ RUDOLPH, Pandemie, ARV 2010, S. 1 ff.

zuweisen kann. Es muss deshalb im Einzelfall die Weisungsbefugnis der Arbeitgeberin gemäss Art. 321d OR abgewogen werden gegenüber der Sorgfalts- und Treuepflicht nach Art. 321a OR. Die Grenzen der Weisungsbefugnis der Arbeitgeberin werden gesetzt durch:

- die Zumutbarkeit für den Arbeitnehmer,
- das Gebot von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB),
- den Schutz der Persönlichkeit vor einer übermässigen vertraglichen Bindung sowie vor einer Bindung, die gegen das Recht oder die Sittlichkeit verstösst (Art. 27 ff. ZGB),
- den Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers (Art. 328 OR).

[60] Was dem Arbeitnehmer noch zumutbar ist, kann nicht allgemeingültig gesagt werden. Die Zumutbarkeit bestimmt sich nach dem konkreten Arbeitsverhältnis und den konkreten Umständen; daneben muss zudem eine Abwägung zwischen den Interessen von Arbeitgeberin und Arbeitnehmer erfolgen. Aufgrund besonderer, ausserordentlicher und nicht vorhersehbarer Umstände, wie namentlich Personalausfälle, Maschinenunterbrüche, Lieferantenausfälle etc., kann aus der Treuepflicht u.a. resultieren, dass der Arbeitnehmer vorübergehend auch eine andere als die vereinbarte Arbeit verrichten muss, bei Dringlichkeit sogar ohne entsprechende Weisung der Arbeitgeberin.⁷⁰ Als Faustregel gilt: Je weniger die Umstände vorhersehbar waren und umso kürzer die Dauer der Störung, desto eher ist es dem Arbeitnehmer zuzumuten, eine andere Arbeit zu verrichten.⁷¹ Wie bereits vorne unter Rz. 27 ausgeführt wurde, kann die Arbeitgeberin zum Schutz aller Arbeitnehmenden die Weisung erteilen, dass vor Zutritt zum Unternehmen eine Temperaturkontrolle durchgeführt werden muss.

[61] Wie vorne unter Ziff. 2.2 ausgeführt wurde, ist eine Grippeepidemie auch mit einem mutierten Virus grundsätzlich voraussehbar. Allerdings sind die nun mit der COVID-19-Verordnung 2 als Notrecht erlassenen Massnahmen im ganzen Ausmass sicher nicht vorhersehbar gewesen. Gleichzeitig sind diese umfangreichen Massnahmen zeitlich klar begrenzt, konkret höchstens für die Dauer von 6 Monaten ab Inkrafttreten. Folglich haben die Arbeitgeber in dieser besonderen Situation durchaus das Recht, den Arbeitnehmern im Rahmen der angeführten Grenzen neue Aufgaben oder einen neuen Arbeitsort zuzuweisen. Eine solche Zuweisung muss insbesondere dann zulässig sein, wenn sie dem Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers selbst oder der übrigen Arbeitnehmer gilt. Dies ergibt sich auch aus Art. 6 Abs. 3 ArG, wonach die Arbeitgeberin das Recht hat, die Arbeitnehmer zur Mitwirkung beim Gesundheitsschutz heranzuziehen und diese verpflichtet sind, die Arbeitgeberin in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen.

3.2.4. Kompensation von Überstunden

[62] Eine Kompensation ist nur im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer möglich (Art. 321c Abs. 2 OR).⁷² Entsprechend kann die Arbeitgeberin grundsätzlich nicht einfach anordnen, Überstunden zu kompensieren, wenn eine Betriebsstörung auftritt. Aus Art. 321 OR ergibt sich aber

⁷⁰ ROLAND MÜLLER, Übertragung neuer Aufgaben und Zuweisung eines neuen Arbeitsortes ohne Änderung des Arbeitsvertrages, in: AJP 4/99 S. 455 mit weiteren Hinweisen.

⁷¹ THOMAS GEISER, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983, 294.

⁷² BGE 123 III 84, E. 5; FAVRE/MUNOZ/TOBLER, Art. 321c OR, N 2.1.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Rz. 317.

die Pflicht des Arbeitnehmers, in guten Treuen bei der Kompensation von Überstunden mitzuwirken, d.h. einer Kompensation zuzustimmen, wenn überwiegende Interessen der Arbeitgeberin dies erfordern und keine gewichtigen Interessen des Arbeitnehmers dagegensprechen. In aller Regel wird es dem Arbeitnehmer zumutbar sein, Überstunden zu kompensieren, wenn nun der Betrieb wegen der Pandemie schliesst oder die Arbeit reduzieren muss. Der Arbeitnehmer ist dann auch verpflichtet der Kompensation zuzustimmen.

[63] Dies hat auch Folgen für die Anordnung von Kurzarbeit. Die Arbeitgeberin kann grundsätzlich keine Kurzarbeit anordnen, wenn noch Überstunden (zumutbarer Weise) kompensiert werden können.

3.2.5. Anordnung von Minusstunden

[64] Demgegenüber sieht das Gesetz nicht die Möglichkeit vor, Überstunden zuerst zu kompensieren und erst nachher zu leisten. Es geht nicht an, die Arbeitsverhinderung den Arbeitnehmer dadurch tragen zu lassen, dass er mangels Arbeit ausfallende Stunden nacharbeiten müsste. Das widerspricht Art. 324 OR. Die Anordnung von Minusstunden ist folglich nicht zulässig.

3.2.6. Anordnung von Ferien

[65] Den Zeitpunkt der Ferien bestimmt die Arbeitgeberin (Art. 329a OR). Die Arbeitgeberin kann folglich auch im Falle einer Pandemie Betriebsferien anordnen. Der Umstand, dass der Arbeitnehmer wegen der allgemeinen Lage möglicherweise nicht verreisen oder die Ferien in der Schweiz mit üblichen Freizeitaktivitäten verbringen kann, hindert eine solche Anordnung nicht.

[66] Betriebsferien sind indessen in der Regel drei Monate im Voraus anzuordnen. Das lässt sich bei einer Betriebsschliessung auf Grund von Art. 40 EpG nicht einhalten. Diese Vorlaufzeit von drei Monaten ist aber nur ein Richtwert. Sie soll garantieren, dass der Arbeitnehmer seine Ferien vernünftig organisieren kann. Ferien sind mit Rücksicht auf die Wünsche der arbeitnehmenden Person anzuordnen (Art. 329c OR). Das darf auch kurzfristig erfolgen, sofern der Erholungszweck der Ferien auch kurzfristig gewährleistet werden kann.⁷³

[67] Allerdings werden im Moment nicht alle Arbeitnehmer bereits einen ausreichenden Anspruch auf Ferien haben. Ferien sind aber grundsätzlich erst zu beziehen, wenn der Anspruch erworben ist. Die Arbeitgeberin kann zwar Betriebsferien auch anordnen, wenn die Arbeitnehmer noch gar nicht den ganzen Anspruch erworben haben.⁷⁴ Endet das Arbeitsverhältnis dann aber vorzeitig, kann die Arbeitgeberin keinen Rückvergütungsanspruch bezüglich des Ferienlohns erheben. Sie trägt folglich das Risiko, zu viel Ferien bezahlt zu haben.

3.2.7. Anordnung von Überstunden/Überzeit

[68] Die Pandemie führt nicht nur zu Arbeitsausfällen. Vielmehr gibt es Wirtschaftszweige, in denen massiv mehr Arbeit anfällt. Zu denken ist nicht nur an die Gesundheitsberufe. Mehrarbeit verzeichnen auch Reinigungsbetriebe und teilweise der Lebensmittelhandel. Das sind zweifellos

⁷³ WOHLWEND, S. 6.

⁷⁴ Anders offenbar WOHLWEND, S. 9.

Gründe, die Überstunden und Überzeiten rechtfertigen können. Nach den allgemeinen Grundsätzen hat der Arbeitnehmer diese zu leisten, wenn dies zumutbar erscheint.

3.3. Treuepflicht des Arbeitnehmers

3.3.1. Arbeitsverweigerung

[69] Es fragt sich, ob der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung verweigern kann, wenn die Arbeitgeberin die Empfehlungen der Behörden nicht befolgt. Die Arbeitgeberin hat die Gesundheit ihrer Arbeitnehmer zu schützen (Art. 328 OR). Sieht sie keine genügenden Vorkehrungen zum Gesundheitsschutz vor, so dass die Voraussetzungen für eine geordnete Arbeit nicht gegeben sind, befindet sie sich im Annahmeverzug. Der Arbeitnehmer darf die Arbeit verweigern und hat dennoch Anspruch auf Lohn (Art. 324 OR).⁷⁵ Selbstverständlich ist auch hier die Verhältnismässigkeit zu wahren und der Arbeitnehmer kann nicht wegen eines geringfügigen Fehlverhaltens der Arbeitgeberin die Arbeit verweigern. Was geringfügig ist, hängt von den konkreten Verhältnissen, namentlich auch von der Verletzbarkeit des Arbeitnehmers ab.

3.3.2. Informationspflicht

[70] Einen wesentlichen Teil der Schutzvorkehrungen kann die Arbeitgeberin aber nur treffen, wenn sie über die notwendigen Informationen verfügt. Der Arbeitnehmer ist deshalb verpflichtet, die Arbeitgeberin auch über relevante Tatsachen zu informieren (Art. 321a OR), auch soweit sie seine Gesundheit betreffen. Er muss folglich auch über zusätzliche Risikofaktoren, wie Kontakte mit Infizierten, Reisen in Risikogebiete etc. informieren.⁷⁶ Mit Blick auf die besondere Situation kann die Arbeitgeberin wohl auch verlangen, dass die Arbeitnehmer beim Betreten des Betriebes Fieber messen. Wichtig ist, diese Massnahme mit den Arbeitnehmenden resp. der Personalvertretung zu besprechen, damit sie auf breitere Akzeptanz stösst.

3.4. Kündigung des Arbeitnehmers

3.4.1. Kündigung zur Unzeit

[71] Der im Zusammenhang mit der Corona-Krise angeordnete Einsatz der Armee verleiht den als Arbeitnehmern tätigen Armeeangehörigen nach Ablauf der Probezeit einen zeitlich beschränkten Kündigungsschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. a OR (Kündigungsschutz während der Dienstdauer und, sofern der Einsatz länger als elf Tage dauert, während vier Wochen vor und nach der Dienstleistung). Den gleichen Schutz geniessen auch Zivilschutz- und Zivildienstangehörige.

[72] Art. 336c Abs. 1 lit. b OR sieht einen Kündigungsschutz vor bei unverschuldeter Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall. Während den genannten Schonfristen ausgesprochene Arbeitgeberkündigungen sind nichtig (Art. 336c Abs. 2 OR). Arbeitnehmende, die an COVID-19 erkrankt sind, kommen in Genuss der Sperrfrist nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR. Eine verschuldete Ansteckung mit dem Virus wird kaum je vorliegen, wir haben uns zu dieser Frage bereits wei-

⁷⁵ WOHLWEND, S. 5.

⁷⁶ WOHLWEND, S. 8.

ter oben im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht geäussert.⁷⁷ Gleiches gilt unseres Erachtens auch für Arbeitnehmende, die aufgrund eines persönlichen Krankheitsverdachts oder aufgrund einer Erkrankung einer Person im nahen Umfeld zur Selbstisolation oder Selbstquarantäne verpflichtet sind.⁷⁸ Auch diese Arbeitnehmende sind während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit vor Kündigung geschützt.

[73] Komplexer ist die Situation bei im Sinne der Corona-Verordnung gefährdeten Personen. Sie sind sofern möglich zur Arbeit zu Hause verpflichtet oder, wenn dies nicht möglich ist, haben sie einen Anspruch auf Lohnzahlung (Art. 10c Abs. 1 rev. Corona-2-Verordnung). Darf die Arbeitgeberin solchen Personen kündigen oder liegt hier ein Anwendungsfall von Kündigung zu Unzeit gemäss Art. 336c OR vor? Unseres Erachtens lässt sich dieser Sachverhalt unter Art. 336 Abs. 1 lit. b OR subsumieren. Die Bestimmung schützt vor Kündigung bei ganzer oder teilweiser Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen Krankheit. Eine besondere Gefährdung ist mit Krankheit gleichzusetzen. Und, eine ganze oder teilweise Verhinderung der Arbeit wegen der Krankheit bzw. wegen der Gesundheitsgefährdung liegt ebenfalls vor. Entweder kann die Person wegen der Gefährdung «nur» zu Hause arbeiten (was einer teilweisen Verhinderung entspricht, die übliche vertraglich geschuldete Leistung kann nicht erbracht werden), oder aber der Arbeitnehmer wird beurlaubt, auch hier ist die Ursache der Beurlaubung eine Erkrankung bzw. erhöhte Erkrankungsgefährdung.

[74] Wie verhält es sich indes, wenn die Sperrfrist abgelaufen ist? Betroffen werden vor allem die Personen sein, die nur von der dreissigtägigen Sperrfrist im ersten Dienstjahr profitieren können. Nach Ablauf der Sperrfrist darf die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis künden. Gesondert zu prüfen bleibt, ob diese Kündigung allenfalls missbräuchlich (aber gültig) ist. Darauf wird zurückzukommen sein.

[75] Es stellt sich weiter die Frage, ob eine Kündigung von Arbeitnehmenden zulässig ist, die wegen der Schulschliessung und der so notwendig gewordenen Betreuung ihrer Kinder nicht zur Arbeit erscheinen. Dieser Sachverhalt lässt sich unter keinen der in Art. 336c Abs. 1 lit. a bis d OR aufgeführten Tatbestände subsumieren. Eine diesbezügliche Arbeitgeberkündigung wäre demnach gültig. Sie wäre aber sehr wohl missbräuchlich (siehe sogleich).

[76] Auch nicht unter die Regelung in Art. 336c OR fallen Kündigungen, die von der Arbeitgeberin ausgesprochen werden, weil der Betrieb aufgrund behördlicher Massnahmen nicht mehr oder nicht mehr im gleichen Ausmass weitergeführt werden kann.

3.4.2. Missbräuchliche Kündigung

[77] In der Schweiz gilt der Grundsatz der Kündigungsfreiheit, d.h. eine Kündigung ist auch ohne sachlichen Grund gültig (sofern kein Nichtigkeitstatbestand nach Art. 336c OR vorliegt). Eine an sich gültige Kündigung kann jedoch missbräuchlich sein und eine Pönalentschädigungspflicht nach sich ziehen (Art. 336, 336a, 336b OR). Art. 336 Abs. 1 lit. a bis e zählt eine Reihe möglicher Missbrauchsgründe und Konstellationen auf. Die Praxis anerkennt auch weitere Gründe als missbräuchlich.

⁷⁷ Siehe oben, Randziffer 3.1.

⁷⁸ Zur Selbstisolation und Selbst-Quarantäne siehe oben, Randziffer 3.1.2.

[78] Im «Corona-Zusammenhang» ist u.a. bei den folgenden Kündigungskonstellationen nicht von einer missbräuchlichen Kündigung auszugehen:

- Ein Arbeitnehmer hält sich nicht an behördliche Vorgaben und Weisungen der Arbeitgeberin, z.B. Missachtung von Hygienevorschriften, obwohl die notwendigen Mittel zur Verfügung stehen (die Arbeitgeberin ist unter Umständen sogar zur Kündigung verpflichtet, wenn nur so der Schutz der anderen Mitarbeitenden sichergestellt werden kann);
- die Kündigung erfolgt, weil der Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen dazu gezwungen ist;
- die Kündigung erfolgt, weil sich der Arbeitnehmer ohne zur Gruppe der gefährdeten Personen zu gehören und ohne Betreuungspflichten gegenüber minderjährigen Kindern oder sonstigen nahen Familienangehörigen und trotz vorhandenen Transportmöglichkeiten sich weigert, im Betrieb zu erscheinen oder eine nicht die Gesundheit gefährdende Arbeitsleistung zu erbringen.

[79] Demgegenüber wären bspw. die folgenden Arbeitgeberkündigungen missbräuchlich:

- wenn der Arbeitnehmer seine minderjährigen Kinder betreut, weil (noch) kein öffentliches Betreuungsangebot zur Verfügung steht und auch keine private Lösung zumutbar ist;
- die Kündigung nach Ablauf der Sperrfrist erfolgt und es der Arbeitgeberin aus wirtschaftlichen Gründen zuzumuten wäre, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen oder auch wenn ein deutliches Abflauen der Epidemie in unmittelbarer Zukunft zu erwarten ist;
- ein Arbeitnehmer verlangt von der Arbeitgeberin, dass diese die Hygiene-Massnahmen einhält und erhält daraufhin die Kündigung (Anwendungsfall der «Rache-Kündigung» im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. d OR).

3.4.3. Ausserordentliche Kündigungen

[80] Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis jederzeit fristlos auflösen (Art. 337 Abs. 1 OR). Ein wichtiger Grund für eine berechtigte Kündigung durch den Arbeitnehmer wäre bspw. dann gegeben, wenn ein Betrieb trotz Aufforderung durch den Arbeitnehmer die von den Behörden verlangten und dem Betrieb angemessenen Gesundheitsschutzvorschriften nicht einhält. Die Arbeitgeberin ihrerseits könnte nach erfolgter Abmahnung einem Arbeitnehmer fristlos künden, wenn dieser sich nicht an die Hygieneweisungen hält. Wichtig ist, dass nach Art. 337 Abs. 3 OR die unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers vom Richter nicht als wichtigen Grund anerkannt werden darf. Zu denken ist hier an eine fristlose Kündigung gegenüber einem Arbeitnehmer, der wegen der nicht anders zu organisierenden Betreuung seiner Kinder nicht zur Arbeit erschienen ist.

3.5. Haftung der Arbeitgeberin

3.5.1. Gegenüber den Arbeitnehmern

[81] Die Arbeitgeberin hat gemäss Art. 328 Abs. 2 OR die Massnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu treffen, die nach der Erfahrung

notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann. Die gleiche Pflicht ergibt sich aus Art. 6 ArG.

[82] Die allgemeine Pflicht der Arbeitgeberin zum Schutz der Gesundheit wird durch Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 dahingehend ergänzt, dass besonders gefährdete Arbeitnehmer ihre arbeitsvertraglichen Pflichten von zu Hause aus erledigen müssen; ist dies nicht möglich, so müssen die Arbeitgeber die Einhaltung der Hygiene- und Abstandsvorschriften durchsetzen, geht auch das nicht, besteht Anspruch auf Beurlaubung bei voller Lohnfortzahlung.

[83] Nicht nur die grundsätzlichen Hygiene-Empfehlungen des Bundesrates, sondern auch die behördlichen Vorschriften im Zusammenhang mit dem Coronavirus müssen als anwendbar und angemessen qualifiziert werden. Folglich hat die Arbeitgeberin diese umfassend zu befolgen bzw. die Arbeitnehmer nach Art. 6 Abs. 3 ArG sogar zur Mitwirkung beizuziehen.

[84] Verletzt eine Arbeitgeberin ihre gesetzliche Pflicht zum Gesundheitsschutz, indem beispielsweise vorsätzlich behördliche Einschränkungen nicht beachtet werden, so besteht vorab das Risiko einer Freiheitsstrafe oder Busse gemäss den Art. 82 und 83 EpG. Bei einer fahrlässigen Verletzung von angeordneten Massnahmen kann immerhin noch eine Busse bis 5'000 Franken verfügt werden.

[85] Neben der strafrechtlichen Verantwortlichkeit besteht durchaus auch noch das Risiko einer zivilrechtlichen Haftung gegenüber den Arbeitnehmern. Vorausgesetzt werden dazu wie bei allen Vertragsverletzungen ein Schaden des Arbeitnehmers, eine Widerrechtlichkeit, ein Verschulden in Form einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung und schliesslich ein adäquater Zusammenhang zwischen dem Verschulden und dem Schaden. Beweispflichtig für diese Voraussetzungen ist der Arbeitnehmer selbst. Dabei dürfte der Nachweis des adäquaten Kausalzusammenhangs das grösste Problem darstellen, denn die Möglichkeiten einer Ansteckung durch das Coronavirus sind vielfältig. Ist allerdings ein Arbeitnehmer besonders gefährdet, weil er zum Beispiel unter einer chronischen Atemwegserkrankung leidet und verbietet die Arbeitgeberin trotz entsprechender Möglichkeit eine Arbeitsverlagerung ins Homeoffice, so dürfte eine Schadenersatzklage gute Aussicht auf Erfolg haben.

3.5.2. Gegenüber Kunden und Lieferanten

[86] Abgesehen von der strafrechtlichen Haftung, die bereits unter der vorstehenden Ziffer erörtert wurde, kann bei einer Nichtbeachtung von behördlichen Vorgaben im Zusammenhang mit dem Coronavirus auch eine zivilrechtliche Haftung gegenüber Kunden und Lieferanten resultieren. Als Beispiel kann der Geschäftsführer eines Altersheims angeführt werden, welcher sich nicht an die Vorgaben in der COVID-19-Verordnung 2 hält und es in der Folge zu einem Todesfall unter den Heiminsassen kommt. Hier kann nicht nur eine strafrechtliche Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung, sondern auch eine zivilrechtliche Genugtuungsklage der Hinterbliebenen resultieren. Grundlage wäre in diesem Fall der Unterbringungsvertrag mit dem Heim, auch wenn dort keine besondere Klausel bzgl. Epidemien vorhanden wäre.

[87] Doch auch gegenüber den Lieferanten kann u.U. eine strafrechtliche oder zivilrechtliche Haftung entstehen. Als Beispiel kann eine private Veranstaltung angeführt werden, die trotz entsprechendem Verbot in der COVID-19-Verordnung 2 durchgeführt wird und zu der ein Computerhändler dringend einen Laptop-Ersatz liefern muss, ohne dass er vorgängig weiss, dass es sich

um eine Veranstaltung handelt. Lässt sich in der Folge nachweisen, dass an dieser Veranstaltung nicht nur die Teilnehmer, sondern auch der Lieferant angesteckt wurde, könnte durchaus eine Schadenersatzklage angestrengt werden. Grundlage wäre dann aber nicht der Kaufvertrag über den Laptop, sondern eine unerlaubte Handlung nach Art. 41 OR.

3.5.3. Gegenüber Aktionären und Gläubigern

[88] Ob allenfalls eine Haftung der Organe einer Aktiengesellschaft durch Verletzung von Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit dem Coronavirus gegenüber Aktionären oder Gläubigern besteht, ist keine arbeitsrechtliche, sondern eine gesellschaftsrechtliche Fragestellung. Tatsächlich besteht nicht nur eine strafrechtliche Haftung gemäss Art. 82 und 83 EpG sowie Art. 10d COVID-19-Verordnung 2, sondern auch eine zivilrechtliche Haftung gemäss Art. 754 OR i.V.m. Art. 716a OR. Aus der Pflicht zur Oberleitung der Gesellschaft gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR ergibt sich die undelegierbare und unentziehbare Pflicht des Verwaltungsrats, alle relevanten gesetzlichen Vorschriften einzuhalten und die Strategie des Unternehmens so auszurichten, dass der Fortbestand des Unternehmens nicht gefährdet wird. Als Beispiel kann eine Airline in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft angeführt werden. Schränkt der Verwaltungsrat den Flugbetrieb nicht ein und werden in der Folge alle Flugbesatzungen angesteckt, so dass es zu einem Grounding und damit zu einem Konkurs des Unternehmens kommt, so wird der Verwaltungsrat gegenüber den Aktionären und Gläubigern zivilrechtlich haftbar. Beschliesst der Verwaltungsrat jedoch umgekehrt das vollständige Grounding, ohne dass dies auf Grund einer behördlichen Vorgabe erforderlich wäre, und führt dies in der Folge zum Konkurs, so besteht ebenfalls ein zivilrechtliches Haftungsrisiko.

[89] Welche Massnahmen sollte ein Verwaltungsrat im Hinblick auf das Coronavirus zwingend vornehmen, damit er nicht zivil- oder strafrechtlich haftbar wird?

- Der VR muss alle ihm zumutbaren Massnahmen unter dem Aspekt einer angemessenen Governance-, Risk- und Compliance-Struktur (GRC-Struktur) treffen.
- Bezüglich Governance muss er die Führungsstruktur ergänzen (z.B. durch einen Sicherheitsausschuss), Reglemente und Weisungen erlassen.
- Bezüglich Risk Management muss er mögliche Risiken für die Mitarbeiter, Kunden, Lieferanten und das Unternehmen eruieren und soweit möglich mitigieren.
- Bezüglich Compliance muss er die aktuellen Vorschriften von Bund und Kanton monitoren und umsetzen.
- Dazu soll er VR-Sitzungen (ev. ausserordentlich) abhalten, den Punkt Coronavirus traktandieren und die Beschlüsse im Sinne der Business Judgement Rule sorgfältig protokollieren.

[90] Im Zusammenhang mit der Haftung gegenüber Aktionären ist auf die Pflicht zur Abhaltung der Generalversammlung innerhalb von sechs Monaten nach Abschluss des Geschäftsjahres gemäss Art. 699 Abs. 2 OR einzugehen. Nun sind aber Veranstaltung gemäss Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 vollständig verboten. Folglich können auch keine Generalversammlungen mehr physisch durchgeführt werden. Da hilft es auch nicht weiter, dass schon bisher mittels Video-Übertragung eine Generalversammlung gleichzeitig an verschiedenen Orten durchgeführt werden konnte, sofern diese Orte vorgängig in der Einladung genannt wurden. Nicht mög-

lich war bisher jedoch die online Durchführung.⁷⁹ Lediglich bei börsenkotierten Gesellschaften muss gemäss Art. 9 Abs. 1 Ziff. 3 VegüV eine elektronische Weisungserteilung an den unabhängigen Stimmrechtsvertreter möglich sein. Als Konsequenz wurden bereits zahlreiche Generalversammlungen auf den Herbst verschoben. Mit Art. 6a Abs. 1 lit. a COVID-19-Verordnung 2 wird nun vom Bundesrat unerwartet und noch vor Abschluss der laufenden Aktienrechtsrevision die Möglichkeit geschaffen, die Generalversammlungen von Aktiengesellschaften vollständig in elektronischer Form durchzuführen. Selbstverständlich müssen die Aktionäre dabei Gelegenheit haben, sich zu den Anträgen des Verwaltungsrats zu äussern. Auch muss weiterhin eine genaue Stimmrechts- und Abstimmungskontrolle durchgeführt werden. Diese Art der elektronischen Generalversammlung wird deshalb für Grossgesellschaften noch weitere Herausforderungen stellen. Die Massnahme des Bundesrates, der Aktienrechtsrevision mittels Verordnung vorzugreifen, ist dennoch sehr zu begrüßen.

4. Zusammenfassung und Empfehlungen

4.1. Zusammenfassung

[91] Der Coronavirus hat eine grosse Verunsicherung der Bevölkerung bewirkt. Die Arbeitswelt ist davon nicht ausgenommen. Es hat zwar schon ein Epidemiengesetz und eine darauf basierenden Epidemienverordnung bestanden, doch bilden diese gesetzlichen Bestimmungen nur die Grundlage, auf der Bund und Kantone Massnahmen erlassen und Sanktionen verfügen können. Mit der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 hat der Bund gravierende Einschränkungen der Arbeitswelt verfügt. Nur drei Tage später wurden diese Massnahmen sogar noch verschärft. Auch wenn diese Massnahmen auf den ersten Blick sehr detailliert und genügend präzise erscheinen, sind dennoch zahlreiche arbeitsrechtliche Fragen offengeblieben. Dies ist kein Mangel in der Gesetzgebung, sondern eine Folge der Komplexität unserer heutigen Arbeitswelt. Das SECO hat rasch reagiert und in verdankenswerter Weise einen ausführlichen Frage- und Antwortkatalog zur Verfügung gestellt.⁸⁰ Doch auch dieser Katalog ist nicht vollständig. Zudem fehlen die Begründungen für die bewusst kurz gehaltenen Antworten.

[92] Die Notmassnahmen von Bund und Kantonen im Zusammenhang mit dem Corona Virus basieren auf einer einwandfreien rechtlichen Grundlage (Art. 185 Abs. 3 BV sowie Art. 6 und 7 EpG, COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 mit «update» vom 16. März 2020). Die angeordneten Massnahmen sind befristet. Sie müssen aber umgehend umgesetzt werden. Nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Missachtung der Massnahmen ist unter Strafe gestellt. Die erlassenen Massnahmen ändern nichts an den gesetzlichen Bestimmungen im Obligationenrecht und im Arbeitsgesetz. Das gilt auch bezüglich Art. 10c COVID-19-Verordnung 2. Danach sollen besonders gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre arbeitsvertraglichen Pflichten von zu Hause aus erledigen. Ist dies nicht möglich, so müssen sie von der Arbeitgeberin unter Lohnfortzahlung beurlaubt werden. Diese Präzisierung entspricht der Feststellung der Autoren (in Übereinstimmung mit dem SECO), dass es sich bei der Corona Virus Epidemie um eine vor-

⁷⁹ Vgl. VON DER CRONE HANS CASPAR, Die Internet-Generalversammlung, in: Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 159.

⁸⁰ FAQ Pandemie und Betrieb des SECO vom 11. März 2020 abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Pandemie.html>.

hersehbare Entwicklung handelt, welche grundsätzlich in die Risikosphäre der Arbeitgeber fällt. Folglich haben diese wie bei jedem anderen Annahmeverzug bei einer allfälligen Betriebschliessung oder Betriebseinschränkung eine zeitlich unbeschränkte Lohnzahlungspflicht. Nur in ganz speziellen, nicht vorhersehbaren Ausnahmefällen, kann ein objektives Arbeitshindernis angenommen werden, das letztlich zu einer Sistierung des Arbeitsverhältnisses führt.

[93] Werden Arbeitnehmer wegen dem Coronavirus tatsächlich krank und können deshalb nicht zur Arbeit erscheinen, resultiert nach der Probezeit eine zeitlich beschränkte Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324a OR. Hat die Arbeitgeberin die Ansteckung selbst verschuldet, weil beispielsweise die behördlich angeordneten Massnahmen nicht umgesetzt werden, geht sie zusätzlich das Risiko einer straf- und zivilrechtlichen Haftung ein. Eine solche Haftung kann aber auch gegenüber Kunden oder Lieferanten entstehen, wenn sich diese im Unternehmen anstecken; diese Gefahr besteht insbesondere bei Heiminsassen.

[94] Schliesslich hat die Corona-19-Verordnung 2 auch Auswirkungen auf die Kündigungsfreiheit der Arbeitgeberin. Werden Arbeitnehmer entlassen, weil sie auf der Durchsetzung der angeordneten Massnahmen beharren, so liegt klar eine missbräuchliche Kündigung vor. Das Gleiche gilt bei der Entlassung von Mitarbeitern, die sich in Quarantäne befinden. Nichtig ist eine Kündigung im Zusammenhang mit dem Coronavirus immer dann, wenn der Arbeitnehmer nachweisbar im Zeitpunkt der Kündigung bereits krank war. Aber auch Konstellationen nach Art. 10c der revidierte Corona-2-Verordnung fallen in den Anwendungsbereich von Art. 336c OR.

[95] Es versteht sich von selbst, dass die jetzige Situation, die vermutlich noch länger andauern wird, viele Unternehmen vor fast unlösbare Probleme stellt. Die auch in diesem Text aufgezeigten Pflichten der Arbeitgebenden, namentlich auch die Lohnfortzahlungspflichten, stellen eine grosse Belastung dar. Umso wichtiger ist es, dass die zuständigen Behörden alles dafür tun, um den Unternehmen bei der Bewältigung dieser Herausforderung beizustehen. Wir haben in unserem Beitrag u.a. aufgezeigt, dass unseres Erachtens auch Art. 63 EpG eine gesetzliche Grundlage für finanzielle Entschädigungen an Unternehmen bietet.

[96] Anmerkung der Autoren: Vorliegend handelt es sich um eine Momentaufnahme. Im Verlauf der nächsten Wochen und Monate werden sicherlich weitere rechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Themenkomplex Arbeitswelt und Coronavirus auftauchen. Voraussichtlich werden sie in einem Update oder einem neuen Artikel separat beantwortet.

4.2. Empfehlungen

4.2.1. Empfehlungen an die Arbeitgeber

[97] Den Arbeitgebern können folgende, nicht abschliessende Empfehlungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus abgegeben werden:

- Genaue Beobachtung der von Bund und Kantonen erlassenen Massnahmen und abgeben Empfehlungen
- Rechtzeitige und umfassende Information der Mitarbeiter über die behördlich angeordneten Massnahmen und die geplante Umsetzung im Unternehmen
- Beizug der Arbeitnehmervertretung oder direkt der Arbeitnehmer im Falle fehlender Arbeitnehmervertretung zur Mitwirkung bei der Umsetzung der behördlichen Massnahmen
- Umgehende und konsequente Umsetzung der angeordneten Massnahmen

- Verständnis zeigen für die schwierige Situation der Arbeitnehmenden und soweit möglich, Hilfestellungen anbieten
- Bereitstellung aller erforderlichen Instrumente und Hilfsmittel zur Umsetzung der Massnahmen, insbesondere Abgabe von Desinfektionsmitteln und Schaffung genügender Distanz
- Aufforderung an die Mitarbeiter zur Meldung von besonderen Gefährdungen, insbesondere Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs
- Einrichten der Möglichkeit von Home-Office für besonders gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bzw. Beurlaubung unter Lohnfortzahlung, falls dies nicht möglich ist
- Kontrolle der ordnungsgemässen Umsetzung der angeordneten Massnahmen und gegebenenfalls Durchsetzung mittels Disziplinar-massnahmen
- Intensivierung der Liquiditätsplanung und nötigenfalls Massnahmen zur Kosteneinsparung bzw. Liquiditätssteigerung
- Soweit möglich und zweckmässig Voranmeldung von Kurzarbeit bei der kantonalen Amtsstelle mit Einreichung aller erforderlichen Unterlagen
- Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs aus Kurzarbeit innert dreier Monate nach Ablauf jeder Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb bei der von ihm bezeichneten Kasse
- Fortsetzung der Lohnzahlung im Falle einer vollständigen oder teilweisen Betriebsschliessung auf Grund von Annahmeverzug bei der Entgegennahme der Arbeitsleistung
- Zeitlich beschränkte Lohnfortzahlung an erkrankte Arbeitnehmer und Meldung an eine allfällige Krankentaggeldversicherung
- Prüfung der Vorschriften zur Massenentlassung bei Kündigung von mindestens 10 Mitarbeitern innerhalb von 30 Tagen in einem Betrieb mit mehr als 20 Arbeitnehmern
- Bei schwieriger finanzieller Situation laufende Kontrolle einer drohenden Überschuldung und gegebenenfalls rechtzeitige Benachrichtigung des Richters bzw. Deponierung der Bilanz

4.2.2. Empfehlungen an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

[98] Den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern können folgende, nicht abschliessende Empfehlungen im Zusammenhang mit dem Corona Virus abgegeben werden:

- Konsequente Befolgung der Hygieneempfehlungen des Bundes am Arbeitsplatz und zu Hause
- Soweit möglich ausreichend räumliche Distanz zu sämtlichen Personen im Unternehmen einhalten und auch im privaten Bereich entsprechend den behördlichen Empfehlungen bei sozialen Kontakten Distanz wahren
- Besprechungen auf ein Minimum an Teilnehmern reduzieren und wenn möglich auf virtuelle Besprechungen ausweichen
- Genaue Einhaltung der behördlichen Massnahmen und der Weisungen der Arbeitgeberin zu deren Umsetzung
- Benützung der allenfalls zur Verfügung gestellten persönlichen Schutzausrüstungen und keine Beeinträchtigung von deren Wirksamkeit

- Meldung an die Arbeitgeberin bei besonderen Gefährdungen, insbesondere Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs
- Hinweis an die Arbeitgeberin bei Mängeln in der Umsetzung der Gesundheitsmassnahmen
- Umgehende Information der Arbeitgeberin über Feststellung von Krankheitssymptomen an sich selbst oder bei nahestehenden Personen und in der Folge strikte Selbstisolation bzw. Selbstquarantäne
- Schriftliche Bestätigung gegenüber der Arbeitgeberin im Falle von Freistellung und Beurlaubung mit Hinweis auf Anspruch auf Lohnzahlung wegen Annahmeverzug
- Bei Ausbleiben der Lohnzahlung Ende Monat umgehende schriftliche Aufforderung an die Arbeitgeberin zur Zahlung
- Einsprache gegen eine allfällige missbräuchliche Kündigung vor Ende der Kündigungsfrist und Klage innerhalb von 180 nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses
- Unterstützung der Arbeitgeberin bei der Suche nach adäquaten Lösungen für die Aufrechterhaltung des Betriebes und gleichzeitig höchstmöglicher Schutz der Gesundheit

THOMAS GEISER, Prof. em. Dr. Dr. h.c., Fürsprecher, Minusio.

ROLAND MÜLLER, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, ME Advocat AG, Staad.

KURT PÄRLI, Prof. Dr. iur., Universität Basel, Basel.

Die Autoren danken Nic Frei, Doktorand bei Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, für seine wertvolle Mitarbeit.