

Kurt Pärli / Jonas Eggmann

## **Corona und die Arbeitswelt**

### **Bestandsaufnahme und Würdigung der aktuellen Rechtslage**

---

Das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht ist in unterschiedlichsten Facetten durch die Corona-Pandemie betroffen, entsprechend gross ist der Klärungsbedarf. Der Artikel trägt die Literatur zu den wichtigsten Streitfragen – Betriebsrisiko, Lohnfortzahlung bei Quarantäne, Gesundheits- und Sperrfristenschutz – zusammen und würdigt diese. Zudem werden die zahlreichen Covid-19-Verordnungen mit ihren neuesten Änderungen sowie ihrer Einbettung in das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht dargestellt. Der Artikel schliesst mit rechtspolitischen Reflexionen und bietet damit eine umfassende und kohärente Einordnung der Covid-19-Regelungen auf dem neuesten Stand.

---

Beitragsart: Wissenschaftliche Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; Sozialversicherungsrecht; Gesundheitsrecht

Zitiervorschlag: Kurt Pärli / Jonas Eggmann, Corona und die Arbeitswelt, in: Jusletter 8. Februar 2021

## Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Rechtsgrundlagen
  - 2.1. Covid-19-Gesetz
  - 2.2. Covid-19-Verordnungen
    - 2.2.1. Covid-19-Verordnung 3
    - 2.2.2. Covid-19-Verordnung besondere Lage
    - 2.2.3. Covid-19-Verordnungen betreffend Sozialversicherungen
      - 2.2.3.1. Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall
      - 2.2.3.2. Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung
  - 2.3. Verhältnis Covid-19-Gesetz und Covid-19-Verordnungen zum «normalen» Arbeitsrecht
3. Pflichten der Arbeitgeberin
  - 3.1. Lohnfortzahlungspflicht
    - 3.1.1. Grundsatz: Ohne Lohn keine Arbeit
    - 3.1.2. Bei Annahmeverzug der Arbeitgeberin: Betriebsrisiko
      - 3.1.2.1. Lehrmeinungen
      - 3.1.2.2. Stellungnahme
    - 3.1.3. Bei Verhinderung des Arbeitnehmers
      - 3.1.3.1. Im Allgemeinen
      - 3.1.3.2. Krankheit, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, Isolation und Quarantäne
      - 3.1.3.3. Kinderbetreuung
      - 3.1.3.4. Besonders gefährdete Arbeitnehmer
    - 3.1.4. Zusammentreffen von Annahmeverzug und Verhinderung des Arbeitnehmers
  - 3.2. Homeoffice (Material- und Auslagenersatz)
  - 3.3. Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz
  - 3.4. Ferien
4. Pflichten des Arbeitnehmers
  - 4.1. Arbeitspflicht
  - 4.2. Weisungsbefolgings- und Treuepflicht
    - 4.2.1. Allgemeines
    - 4.2.2. Covid-19-Test auf Anordnung der Arbeitgeberin
    - 4.2.3. Impfen auf Geheiss der Arbeitgeberin
  - 4.3. Pflicht zu Überstunden
5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses
  - 5.1. Sachlicher Kündigungsschutz
  - 5.2. Zeitlicher Kündigungsschutz
    - 5.2.1. Im Allgemeinen
    - 5.2.2. Sperrfrist bei Covid-Erkrankung und bei Quarantäne
    - 5.2.3. Für besonders gefährdete Arbeitnehmer
  - 5.3. Fristlose Kündigung
6. Fazit und rechtspolitische Reflexionen

## 1. Einleitung

[1] Vor knapp einem Jahr erschien in dieser Zeitschrift der Beitrag «Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus».<sup>1</sup> Noch immer schränkt die Corona-Pandemie<sup>2</sup> das wirtschaftliche und soziale Leben erheblich ein und stellt alle gesellschaftlichen Bereiche und damit auch alle Rechtsgebiete vor grosse Herausforderungen. In unterschiedlichsten Facetten der Pandemie-Bekämpfung sind dabei das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht betroffen: Zum Gesundheitsschutz und zur Verminderung der Mobilität wird Homeoffice angeordnet, die Arbeitnehmenden in den Spitälern und Altersheimen leisten enorme Anstrengungen bzw. Überstunden, um die Gesundheitsversorgung weiterhin zu gewährleisten, Arbeitgeberinnen müssen gegebenenfalls mit einer Vielzahl von kurzfristigen Arbeitsausfällen infolge Isolation und Quarantäne umgehen und sehen sich mit einer äusserst schwierigen konjunkturellen Lage konfrontiert. Daraus ergeben sich einige arbeitsrechtliche Grundsatz- und eine Vielzahl von Detailfragen. Mannigfaltige Verflechtungen bestehen zum (teilweise neu geschaffenen) Sozialversicherungsrecht.

[2] Auch wenn laufend andere Umstände und neue Entwicklungen wie Virusmutationen, Impfstoffzulassungen usw. auftreten werden, ist dennoch ein guter Zeitpunkt für einen ersten Rückblick und eine umfassende und ganzheitliche Analyse der arbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie. Eingegangen wird dabei auf all die zum Teil sehr kontroversen Stellungnahmen in der juristischen Lehre zu Fragen des Kündigungsschutzes während der Quarantäne und zur Pandemie als Betriebsrisiko. Selbstverständlich werden dabei auch die jüngsten Beschlüsse des Bundesrates zur verschärften Homeoffice-Pflicht berücksichtigt. Der behördliche Output an Covid-19-Regelungen ist erheblich. Durchaus auch im Sinne einer Orientierungshilfe beginnt der Beitrag deshalb mit einer Darstellung der durch den Bundesrat und das Parlament geschaffenen für Arbeitsverhältnisse relevanten Rechtsgrundlagen. Angesichts der engen Bezüge des Arbeitslosenversicherungsrechts zum Arbeitsrecht (v.a. hinsichtlich der Kurzarbeit) wird an dieser Stelle auch die einschlägige Verordnung zur ALV erläutert. Danach folgt eine Bearbeitung relevanter Fragen entlang der Struktur «Pflichten der Arbeitgeberin», «Pflichten des Arbeitnehmers» und «Beendigung des Arbeitsverhältnisses». Abgeschlossen wird der Beitrag mit einem Fazit und einer rechtspolitischen Reflexion zu den Lehren, die aus der Corona-Krise gezogen werden sollten.

## 2. Rechtsgrundlagen

### 2.1. Covid-19-Gesetz

[3] Bezüglich der allgemeinen Rechtsgrundlagen wird auf den früheren Beitrag verwiesen.<sup>3</sup> Es handelt sich im Wesentlichen um das Einzel- und Kollektivarbeitsrecht im Obligationenrecht (OR), das Arbeitsgesetz inkl. der dazugehörigen Verordnungen (ArG, ArGV 1, 3), das Mitwir-

---

<sup>1</sup> THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020.

<sup>2</sup> Die Bundesgesetze und -verordnungen verwenden durchgehend den Begriff «Epidemie», im vorliegenden Beitrag wird aufgrund des weltweiten Ausmasses von einer «Pandemie» gesprochen, ausser es wird aus Gesetzen und Verordnungen zitiert. Inhaltlich resultieren daraus keine Unterschiede.

<sup>3</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 1), Rz. 10 ff.

kungsgesetz (MitwG) sowie das Epidemiengesetz (EpG). Als wesentliche Rechtsgrundlage hinzutreten ist das vom eidgenössischen Parlament am 25. September 2020 verabschiedete «Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie» (Covid-19-Gesetz).<sup>4</sup> Mit diesem hat das Parlament eine gesetzliche Grundlage für die umfassenden Massnahmen bzw. Verordnungen zur Eindämmung der Coronapandemie geschaffen. Damit sollte insbesondere die Stellung des Parlaments als «oberste Gewalt im Bund» (Art. 148 Abs. 1 BV; unter Vorbehalt der Rechte von Volk und Ständen)<sup>5</sup> auch in der Pandemiebekämpfung betont und dem Verfassungsauftrag Rechnung getragen werden, wonach wichtige rechtsetzende Bestimmungen in Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind (Art. 164 Abs. 1 BV). Die Abstützung der zahlreichen Verordnungen des Bundesrates auf die Bestimmungen zum Schutz der inneren und äusseren Sicherheit in Art. 185 Abs. 3 BV sowie den allgemein gehaltenen Bestimmungen im Epidemiengesetz sollte damit beendet und demokratisch besser legitimiert werden.<sup>6</sup>

[4] Die Schaffung verbindlicher Rechte und Pflichten auf der Basis bundesrätlicher Verordnungen betraf (und betrifft weiterhin) auch das ohnehin schon sehr flexible und an gesellschaftlichen Veränderungen anpassungsfähige Schweizerische Arbeitsrecht. So hat der Bundesrat im Frühling 2020 in der Covid-Verordnung-2<sup>7</sup> die Kategorie der «besonders gefährdeten Arbeitnehmer» geschaffen. Bezüglich diesen hatten die Arbeitgeber eine erhöhte, besonders konkretisierte Pflicht zum Persönlichkeits- bzw. Gesundheitsschutz.<sup>8</sup> Diese Regelungen wurden per 22. Juni 2020 aufgehoben und am 13. Januar 2021 mit Wirkung ab 18. Januar bis vorläufig 28. Februar 2021 in leicht modifizierter Form erneut eingeführt.<sup>9</sup> Darauf wird noch zurückzukommen sein.<sup>10</sup> Der zweite für das Arbeitsrecht relevante Bereich betrifft die sozialversicherungsrechtliche Absicherung der Erwerbseinkommen: Die Entschädigung von Erwerbsausfällen zu Lasten der Erwerbsersatzordnung (EO) sowie die Ausweitung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung (ALV). Die Entschädigung und die Ausweitung sollen insbesondere auch Selbständigen, Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie Erwerbstätige mit einer Beschäftigung auf Abruf erfassen.

[5] Mit dem Covid-19-Gesetz basieren grundsätzlich nun auch die arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Massnahmen auf einer gesetzlichen Grundlage. Vorab hält das Covid-19-Gesetz neu explizit den Einbezug der Dachverbände der Sozialpartner fest, soweit ihre Zuständigkeit betroffen ist (Art. 1 Abs. 3 Covid-19-Gesetz). Weiter arbeits- und sozialversicherungsrechtlich relevant sind die Art. 4 und Art. 15 ff. des Covid-19-Gesetzes.

---

<sup>4</sup> Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 (Stand am 19. Dezember 2020), SR 818.102.

<sup>5</sup> So ist am 12. Januar 2021 das Referendum gegen das Covid-19-Gesetz eingereicht worden, vgl. zum aktuellen Stand: <https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/rf/cr/2020/20202070.html> (alle Websites zuletzt besucht am 28. Januar 2021).

<sup>6</sup> Zur Kritik an den selbständigen Verordnungen siehe FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 2020, S. 685 ff.; GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, ZBl 2020, S. 239 ff.

<sup>7</sup> Erstmals in der «Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19)(COVID-19-Verordnung 2)» mit der Änderung vom 16. März 2020, vgl. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/141/de>.

<sup>8</sup> Vgl. KURT PÄRLI, Besonders gefährdete Arbeitnehmer/innen, in: Jusletter 20. April 2020; ASTRID LIENHART, Von neuen Viren und neuen Personengruppen, in: Jusletter 4. Mai 2020; LUCA CIRIGLIANO/LUKAS SCHAUB, Der Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmer/innen und betriebliche Schutzkonzepte in der COVID-19-Verordnung 2, in: ARV online 2020 Nr. 286.

<sup>9</sup> Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 vom 19. Juni 2020, Änderung vom 13. Januar, in Kraft ab 18. Januar 2021 Geltung vorläufig (Stand 18. Januar 2021) bis 28. Februar 2021.

<sup>10</sup> Siehe dazu Rz. 12 ff.

[6] Art. 4 regelt die Massnahmen im Bereich des Arbeitnehmerschutzes, bildet die gesetzliche Grundlage für den Schutz von besonders gefährdeten Arbeitnehmern und sieht einen Entschädigungsanspruch für die Arbeitgeberin vor. In Art. 4 Abs. 1 erster Satz ist die Kompetenzgrundlage des Bundesrates für den Erlass von Schutzbestimmungen für besonders gefährdete Arbeitnehmende enthalten. Art. 4 Abs. 1 zweiter Satz hält zudem fest: «Wo die Arbeit aufgrund einer behördlichen Massnahme durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer ausgesetzt werden muss und eine Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber zu leisten ist, hat dieser einen gleichwertigen Anspruch auf Rückerstattung gemäss Artikel 15». Es handelt sich hier um einen Anspruch der Arbeitgeberin, sozusagen als Kompensation für ihre Verpflichtung, den besonders gefährdeten Arbeitnehmern Lohn ohne Arbeit ausrichten zu müssen. Bemerkenswert ist, dass hier ein gesetzlicher Rückerstattungsanspruch der Arbeitgeberin stipuliert wird als Ausgleich für einen Anspruch der Arbeitnehmenden, der ihnen aber erst noch auf dem Wege einer Verordnung zu gewähren ist. Die Umsetzung des Anspruchs besonders gefährdeter Arbeitnehmenden auf Arbeitsbefreiung und Lohnzahlung im Rahmen der bundesrätlichen Beschlüsse vom 13. Januar 2021 wird weiter unten noch präzise erläutert.<sup>11</sup> Art. 4 Covid-19-Gesetz weist noch eine weitere Besonderheit aus. In Art. 4 Abs. 2 ist geregelt, dass der Vollzug der Massnahmen zum Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmenden den Durchführungsorganen des ArG (Art. 41 ff. ArG) sowie der Suva obliegt. Die Finanzierung dieser Massnahme erfolge durch den Prämienzuschlag gemäss Art. 87 UVG. Nun sieht Art. 87 UVG den Prämienzuschlag nicht für den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, sondern spezifisch für die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten vor. Die bundesrätliche Botschaft zum Covid-19-Gesetz hält denn auch fest, dass die Finanzierung an sich nicht konform mit Art. 87 UVG sei. Die Umstände und die Zustimmung der Sozialpartner (deren Rolle in Art. 1 Abs. 3 Covid-19-Gesetz auch ausdrücklich anerkannt wird) würden aber dieses Vorgehen rechtfertigen.<sup>12</sup> Als Zahlstelle dient hier die Eidgenössische Kommission für Arbeitssicherheit EKAS.

[7] Art. 15 Covid-19-Gesetz regelt die Entschädigung des Erwerbsausfalles (sog. «Corona-Erwerbssersatzentschädigung»). Danach können Personen, die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von Massnahmen im Zusammenhang mit der Bewältigung der Covid-19-Epidemie *unterbrechen* oder *massgeblich einschränken* müssen (Umsatzeinbusse von mind. 40% im Vergleich zu 2015–2019), Erwerbssersatzentschädigungen erhalten. Zu den anspruchsberechtigten Personen gehören neben Arbeitnehmern nach Art. 15 Abs. 2 insb. auch Selbständige i.S.v. Art. 12 ATSG sowie Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung. Einen Taggeldanspruch können ausserdem besonders gefährdete Personen haben (Art. 15 Abs. 3 lit. a Covid-19-Gesetz). Art. 15 bildet damit die gesetzliche Grundlage für die detaillierte Regelung in der Covid-19-Verordnung Erwerbssersatz.

[8] Art. 17 Covid-19-Gesetz umfasst Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung, indem hauptsächlich der Anspruch auf Kurzarbeitszeitentschädigung ausgeweitet werden kann (Bemessung der Höchstdauer der Kurzarbeitszeitentschädigung, Verlängerung der Rahmenfrist für den Leistungsbezug und für die Beitragszeit für Versicherte, Abweichung von der Karenzzeit). Der Bundesrat schlägt vor, die Bestimmung zu ergänzen, um die Taggeldbezugsdauer für Arbeits-

---

<sup>11</sup> Siehe dazu Rz. 12 ff.

<sup>12</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020, BBl 2020 6599.

lose um drei Monate zu verlängern.<sup>13</sup> In der neusten Änderung vom 18. Dezember 2020 hat der Gesetzgeber die Kurzarbeitszeitentschädigung für tiefe Einkommen erhöht: Bei einem Einkommen bis zu 3'470 Franken wird 100% des anrechenbaren Verdienstaufalles entschädigt, bei einem Einkommen zwischen 3'470 und 4'340 Franken werden bei vollständigem Verdienstaufall 4'340 Franken entschädigt. Für Teilzeitpensen wird das Einkommen und die Mindestentschädigung im Verhältnis zum Arbeitspensum berechnet (Art. 17a lit. a und lit. b Covid-19-Gesetz).

[9] Art. 18 Covid-19-Gesetz hält fest, dass mit Busse bestraft wird, wer vorsätzlich den Massnahmen zuwiderhandelt, die der Bundesrat gestützt auf Art. 3 oder 4 anordnet und deren Zuwiderhandlung er gestützt auf die vorliegende Bestimmung für strafbar erklärt. Damit besteht für strafrechtliche Sanktionen eine gesetzliche Grundlage. Eine Bestrafung allein auf der Grundlage von Art. 18 Covid-19-Gesetz ist jedoch nicht zulässig.

[10] Falls sich ein Arbeitgeber nicht an die Homeoffice-Pflicht oder die anderen Covid-Gesundheitsmassnahmen am Arbeitsplatz hält, kann ein Verwaltungsverfahren gemäss ArG eingeleitet werden und es drohen auch strafrechtliche Sanktionen: Der Arbeitgeber ist strafbar, wenn er den Vorschriften über den Gesundheitsschutz vorsätzlich oder fahrlässig zuwiderhandelt (Art. 59 ArG). Er kann mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft werden (Art. 61 ArG). Das Strafverfahren richtet sich gegen die natürliche Person, welche die Verantwortung für das strafbare Verhalten trägt.<sup>14</sup>

## **2.2. Covid-19-Verordnungen**

### **2.2.1. Covid-19-Verordnung 3**

[11] Die Covid-19-Verordnung 3 regelt die notwendigen Massnahmen, um die Kapazitäten zur Bewältigung der Epidemie sicherzustellen, insbesondere zur Aufrechterhaltung einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und wichtigen medizinischen Gütern (Art. 1 Abs. 2 Covid-19-Verordnung 3). Sie konkretisiert die zu ergreifenden Massnahmen zum Schutz von besonders gefährdeten Arbeitnehmern. Dazu zählen schwangere Frauen sowie Personen, die nicht gegen Covid-19 geimpft sind und insb. folgende Erkrankungen aufweisen (Art. 27a Abs. 10 i.V.m. Anhang 7 der Covid-19-Verordnung 3): Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs, Adipositas (Übergewicht). Eine klinische Beurteilung im Einzelfall kann auch bei anderen Erkrankungen zu einer besonderen Gefährdung bzw. zum Anspruch auf entsprechende Schutzmassnahmen führen (Art. 27a Abs. 11 Covid-19-Verordnung 3). Zu beachten ist, dass Schwangeren damit der doppelte Schutz der Mutterschutzverordnung sowie der Covid-19-Verordnung 3 zusteht. Die Qualifikation als besonders gefährdete Arbeitnehmerin hat den Vorteil, dass sie mit der sogleich ausgeführten Schutzkaskade eine schnellere und flexiblere Handhabung im Vergleich zur Mutterschutzverordnung ermöglicht und Anrecht auf EO gibt, was allfäll-

---

<sup>13</sup> Die Botschaft wurde am 3. Februar 2021 verabschiedet und soll in der Frühlingssession vom 1. bis 19. März 2021 beraten werden.

<sup>14</sup> SECO, Arbeitsgesetz – Wegleitung zum Gesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Art. 59 ArG, [https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen\\_Dienstleistungen/Publikationen\\_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/wegleitungen\\_arbeitsgesetz/wegleitung\\_argv\\_1\\_2.pdf](https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/wegleitungen_arbeitsgesetz/wegleitung_argv_1_2.pdf).

lige Konflikte mit der Arbeitgeberin entschärfen dürfte im Vergleich zur Lohnfortzahlungspflicht nach Mutterschaftsverordnung.

[12] Ähnlich der Regelung im Frühling 2020<sup>15</sup> sieht Art. 27a Abs. 1–12 Covid-19-Verordnung folgende Schutzkaskade für besonders gefährdete Arbeitnehmer vor (Diese Regelung gilt nur vom 18. Januar bis vorläufig 28. Februar 2021)<sup>16</sup>:

1. Es besteht ein Recht auf Homeoffice. Die Arbeitgeberin trifft dazu die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen.
2. Ist Homeoffice für die angestammte Arbeitsverpflichtung nicht möglich, weist die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer eine gleichwertige Ersatzarbeit zu, die dieser im Homeoffice erledigen kann. Der Arbeitnehmer hat weiterhin Anspruch auf den gleichen Lohn.
3. Ist die Präsenz des besonders gefährdeten Arbeitnehmers aus betrieblichen Gründen unabdingbar, hat ihm die Arbeitgeberin einen Einzelraum bzw. einen klar abgegrenzten Arbeitsbereich zuzuweisen. Kann ein enger Kontakt mit anderen Personen nicht ausgeschlossen werden, müssen zusätzlich weitere Schutzmassnahmen nach dem STOP-Prinzip ergriffen werden (STOP = Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung<sup>17</sup>).
4. Ist keine Massnahme gemäss den aufgeführten Ziff. 1–3 möglich, ist dem Arbeitnehmer eine gleichwertige Ersatzarbeit vor Ort zuzuweisen. Auch diesfalls besteht Anspruch auf den gleichen Lohn.
5. Der eigentliche Kern des Schutzes besteht darin, dass der Arbeitnehmer die Übernahme einer ihm zugewiesenen Arbeit ablehnen kann, wenn die Arbeitgeberin die Voraussetzungen gemäss Ziff. 1–4 nicht erfüllt oder (alternativ!) wenn der Arbeitnehmer die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus *trotz der getroffenen Massnahmen* aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachtet (Art. 27a Abs. 6 Covid-19-Verordnung 3). In beiden Fällen hat *die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer unter Lohnfortzahlung von ihrer Arbeitspflicht* zu befreien. Die besondere Gefährdung wird durch eine persönliche Erklärung des Arbeitnehmers geltend gemacht, wobei die Arbeitgeberin ein ärztliches Attest verlangen kann. Eine besondere Gefährdung können damit in erster Linie objektive Gründe rechtfertigen, wie beispielsweise andere (Vor-)Erkrankungen, eine besondere Gefährdung auf dem Arbeitsweg (ÖV-Nutzung) oder ärztlich attestierte psychische Beeinträchtigungen. Rein subjektive, ärztlich nicht attestierte Gründe wie besondere Ängstlichkeit dürften im Regelfall zu keiner besonderen Gefährdung führen, auch um eine Ungleichbehandlung mit «normalen» Arbeitnehmern zu vermeiden, die bei Einhaltung der Gesundheitsschutzmassnahmen durch die Arbeitgeberin zur Arbeitsleistung (vor Ort) verpflichtet sind.<sup>18</sup>

[13] Bei einer Befreiung von der Arbeitsleistung unter Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 27a Abs. 7 und 9 Covid-19-Verordnung 3 besteht ein Anspruch der Arbeitnehmenden auf Erwerbsausfallentschädigung (Art. 2 Abs. 3<sup>quater</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Hier entsteht nun

---

<sup>15</sup> Art. 10c COVID-19-Verordnung 2.

<sup>16</sup> Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 wurde am 13. Januar 2021 durch Ziff. 1 eingefügt, siehe AS 2021 5.

<sup>17</sup> Ausführlicher zum STOP-Prinzip Rz. 16.

<sup>18</sup> Soweit keine Homeoffice-Pflicht gemäss Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage besteht. Siehe auch Rz. 16.

eine gewisse Konfusion mit Art. 4 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 15 Covid-19-Gesetz, denn dort wird den Arbeitgeberinnen eine Rückerstattung im Rahmen der Erwerbssersatzordnung gewährt. Zudem steht die Frage im Raum, wieweit der Anspruch «nur» im Rahmen der maximalen EO-Taggelder von 196 Franken pro Tag besteht (diesen Höchstbetrag erreichen Arbeitnehmer mit einem Monatslohn von 7'350 Franken).

[14] Richtig betrachtet verhält es sich so: Art. 27a Abs. 7 gewährt einen Anspruch der Arbeitnehmenden auf den *bisherigen Lohn*; es zeigt sich hier eine Parallele zu der in Art. 324a OR geregelten Lohnfortzahlung u.a. bei Krankheit (Anspruch auf «den darauf entfallenen Lohn»). Der Lohnzahlungsfortzahlungsanspruch nach Art. 27a Abs. 6 Covid-19-Verordnung wird aber nicht etwa an den «Lohnfortzahlungskredit» nach Art. 324a OR angerechnet. Bei buchstabengetreuer Umsetzung von Art. 4 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Art. 15 Covid-19-Gesetz hätte in der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall an sich der Arbeitgeber als unmittelbar Anspruchsberechtigter bezeichnet werden sollen. Art. 2 Abs. 3<sup>quater</sup> der Covid-Verordnung Erwerbsausfall<sup>19</sup> sieht vielmehr vor, dass die besonders gefährdeten Arbeitnehmenden Anspruch auf EO-Entschädigung haben und zwar gemäss Art. 5 Abs. 2<sup>quinquies</sup> derselben Verordnung auf eine EO-Entschädigung *in der Höhe des bisherigen Lohnes*.<sup>20</sup> Es versteht sich von selbst, dass der Arbeitgeber, wenn er den Lohn an die genannten Personen weiter ausrichtet, den Anspruch auf die EO-Entschädigung geltend machen kann. Dieses Resultat ergibt sich auch aus Art. 19 Abs. 2 ATSG, wonach Taggelder und ähnliche Entschädigungen in dem Ausmass dem Arbeitgeber zukommen.<sup>21</sup> Art. 7 Abs. 2 der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall hält dies auch noch ausdrücklich fest (Bei Lohnzahlung durch den Arbeitgeber kann dieser die Entschädigung geltend machen.). Wenn sich jedoch der Arbeitgeber weigert, trotz vorliegender Voraussetzungen nach Art. 27a Covid-19-Verordnung den bisherigen Lohn weiter auszurichten, können die betroffenen Arbeitnehmenden die EO-Entschädigung direkt bei der zuständigen Ausgleichskasse geltend machen.

### 2.2.2. Covid-19-Verordnung besondere Lage

[15] Die Covid-19-Verordnung besondere Lage beinhaltet alle Massnahmen, die dazu dienen, die Verbreitung des Coronavirus zu verhindern und Übertragungsketten zu unterbrechen (Art. 1 Abs. 2 Covid-19-Verordnung besondere Lage). Art. 3 hält zunächst fest, dass jede Person die Empfehlungen des BAG zu Hygiene und Verhalten in der Covid-19-Epidemie zu beachten hat.<sup>22</sup> Dies gilt selbstverständlich auch für sämtliche Arbeitnehmenden. Die Einhaltung dieser Vorschriften im Rahmen des Arbeitsverhältnisses lässt sich auch auf die arbeitsrechtliche Treuepflicht gegenüber dem Arbeitgeber abstützen. Art. 4 i.V.m. Anhang 1 der Covid-19-Verordnung besondere Lage verpflichtet die Betreiber von öffentlich zugänglichen Einrichtungen und Betrieben, ein Schutzkonzept zu erarbeiten und umzusetzen. Sind in öffentlichen zugänglichen Einrichtungen und Betrieben und an Veranstaltungen Arbeitnehmende tätig, so sind im Schutzkonzept die

---

<sup>19</sup> Mehr dazu siehe Rz. 19 ff.

<sup>20</sup> Die Plafonierung auf 196 Franken pro Tag nach Art. 5 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall ist für diese Fälle nicht massgebend. Siehe auch die Erläuterungen zu Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 vom 13. Januar 2021 (<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/mt/k-und-i/aktuelle-ausbrueche-pandemien/2019-nCoV/erlaeuterung-vo-3-aenderung-13-januar.pdf.download.pdf/>).

<sup>21</sup> Im Bereich der EO ist die Arbeitgeberin allerdings keine reine Zahlstelle, d.h., sie ist ggf. zur Rückerstattung zu viel bezahlter EO-Entschädigung verpflichtet, siehe dazu BGE 142 V 43.

<sup>22</sup> <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/so-schuetzen-wir-uns.html>.



Massnahmen für Gäste, Besucherinnen sowie Teilnehmerinnen auf die Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmenden abzustimmen (Ziff. 1.2 Anhang 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage).

[16] Art. 10 Covid-19-Verordnung besondere Lage regelt den generellen Schutz von (allen) Arbeitnehmenden; Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 zum Schutz von besonders gefährdeten Arbeitnehmern ist *lex specialis* dazu.<sup>23</sup> Die Arbeitgeberin hat folgende Präventionsmassnahmen zu ergreifen<sup>24</sup> – und zu finanzieren:<sup>25</sup>

1. Die Arbeitgeberin muss alle Massnahmen vorsehen und umsetzen, damit die Arbeitnehmer die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und Abstand einhalten können. Wenn nach Art. 4 Covid-19-Verordnung besondere Lage erforderlich, ist ein entsprechendes Schutzkonzept zu erstellen.
2. In allen Innenräumen, einschliesslich Fahrzeugen, besteht eine Maskenpflicht, d.h. die Arbeitgeberin hat ihren Angestellten Masken zur Verfügung zu stellen. Eine Ausnahme von der Maskenpflicht gilt für Tätigkeiten, bei denen aus Sicherheitsgründen oder aufgrund der Art der Tätigkeit keine Maske getragen werden kann. Eine weitere Ausnahme gilt für Personen, welche aus medizinischen Gründen von einer Fachperson von der Pflicht, eine Gesichtsmaske zu tragen, ausgenommen sind.
3. Die Arbeitgeberin hat *weitere* Massnahmen gemäss dem STOP-Prinzip zu treffen, namentlich die physische Trennung, getrennte Teams oder das Tragen von Gesichtsmasken im Ausserbereich. Das STOP-Prinzip beinhaltet (nach Priorität geordnet):<sup>26</sup>

- S = Substitution («ersetzen»): Anordnung von Homeoffice.
- T = technische Massnahmen: Trennscheiben, Markierungen, um 1.5 Meter Abstand zu halten, Arbeitsräume ausreichend lüften, regelmässiges Händewaschen/Händedesinfektion, Reinigung von häufig berührten Gegenständen (Türklinken, Aufzugsknöpfe, Kaffeemaschinen etc.).
- O = organisatorische Massnahmen: Keine Mischung von Personen bzw. Teams. Bei Gruppentransporten mehrere Fahrten machen.
- P = persönliche Schutzmassnahmen: Tragen von Schutzausrüstung (neben Gesichtsmasken, z.B. Handschuhe o.ä.).

4. Es besteht grundsätzlich eine Homeoffice-Pflicht, ausser dies sei aufgrund der Art der Aktivität nicht möglich oder mit verhältnismässigem Aufwand nicht umsetzbar. Die Arbeitgeberin hat die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen für die Ermöglichung des Homeoffice zu treffen. Für Homeoffice, das nach dieser Bestimmung (Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage) angeordnet ist, schuldet die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer keine Auslagenentschädigung (siehe dazu unten, Rz. 63). Die Home-

---

<sup>23</sup> Dies hält auch Art. 27a Abs. 13 der Covid-19-Verordnung ausdrücklich fest.

<sup>24</sup> Siehe dazu auch die einschlägigen Merkblätter der Behörden: [https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publicationen\\_Dienstleistungen/Publicationen\\_und\\_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter\\_und\\_Checklisten/merkblatt\\_arbeitgeber\\_covid19.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publicationen_Dienstleistungen/Publicationen_und_Formulare/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Merkblätter_und_Checklisten/merkblatt_arbeitgeber_covid19.html).

<sup>25</sup> Siehe dazu Rz. 66.

<sup>26</sup> [https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/covid-19/pflichten\\_arbeitgeber\\_covid19.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/covid-19/pflichten_arbeitgeber_covid19.html).

office-Pflicht gilt gemäss Beschluss des Bundesrates vom 13. Januar 2021 vom 18. Januar bis 28. Februar 2021.<sup>27</sup>

[17] Es fragt sich, ob und ggf. welche Sanktionen vorgesehen sind, wenn eine Arbeitgeberin ihren Pflichten zum Gesundheitsschutz nicht nachkommt oder kein Homeoffice ermöglicht, obwohl dies mit verhältnismässigem Aufwand umzusetzen wäre. Art. 18 Covid-19-Gesetz sieht die Möglichkeit strafrechtlicher Sanktionen vor.<sup>28</sup> Weder in der Covid-19-Verordnung besondere Lage noch in der Covid-19-Verordnung 3 sind jedoch strafrechtliche Sanktionen wegen Verletzung der allgemeinen Gesundheitsvorschriften oder derjenigen zu Gunsten besonders gefährdeter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorgesehen. Art. 11 der Verordnung besondere Lage sieht indes vor, dass die Vollzugsbehörden des ArG und UVG in den Betrieben und an Örtlichkeiten jederzeit unangemeldet Kontrollen durchführen können. Die Arbeitgeber müssen dabei den zuständigen Behörden den Zutritt zu den Räumlichkeiten und Örtlichkeiten gewähren und die Anordnungen der zuständigen Vollzugsbehörden bei deren Kontrollen vor Ort sind unverzüglich umzusetzen. Die Nichteinhaltung der Vorschriften zum Gesundheitsschutz in Corona-Zeiten kann mit den im ArG vorgesehenen Massnahmen sanktioniert werden (Art. 50 ff. ArG).<sup>29</sup>

### 2.2.3. Covid-19-Verordnungen betreffend Sozialversicherungen

[18] In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht sind zwei Verordnungen relevant: die Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung<sup>30</sup> und die Verordnung im Zusammenhang mit Erwerbsausfall<sup>31</sup>. Die Erlasse stützten sich bei deren Einführung auf die notrechtlichen Bestimmungen in der Schweizerischen Bundesverfassung und das EpG. Heute findet sich die Kompetenzgrundlage in Art. 15 Covid-19-Gesetz.

#### 2.2.3.1. Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall

[19] Die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall regelt die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus. Grundsätzlich anspruchsberechtigt sind nach Art. 2 folgende Personengruppen<sup>32</sup>:

---

<sup>27</sup> Vgl. Fn. 9.

<sup>28</sup> Siehe dazu Rz. 9.

<sup>29</sup> Siehe Rz. 10.

<sup>30</sup> Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Stand am 21. Januar 2021), SR 837.033, aktuellste Version mit den Änderungen vom 20. Januar 2021: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/169/de>.

<sup>31</sup> Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Stand am 18. Januar 2021), SR 830.31.

<sup>32</sup> KURT PÄRLI, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall, SZS 2020, S. 122 ff.; UELI KIESER, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, AJP 2020, S. 552 ff.; siehe zum Ganzen auch: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/eo-corona.html>.

- Personen (Arbeitnehmer/innen oder Selbständigerwerbende), die in angeordneter Quarantäne sind (Art. 2 Abs. 1 lit. d in Verb. mit Abs.1<sup>bis</sup> lit. a Ziff. 2 und Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b und c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).<sup>33</sup>
- Eltern, die ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen und einen Erwerbsausfall erleiden, infolge Erwerbsausfall der Fremdbetreuung ihres Kindes oder infolge angeordneter Quarantäne für ihr Kind (Art. 2 Abs. 1 lit. a–c in Verb. mit Abs.1<sup>bis</sup> lit. a Ziff. 1 und Abs. 1<sup>bis</sup> lit. b und c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).
- Selbständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG (arbeitgeberähnliche Personen), die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund behördlich angeordneter Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unterbrechen müssen und einen Erwerbsausfall erleiden (Art. 2 Abs. 3 lit. a und b Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).
- Selbständigerwerbende und arbeitgeberähnliche Personen, deren Erwerbstätigkeit aufgrund behördlicher Massnahmen massgeblich eingeschränkt ist und die einen Erwerbsausfall erleiden und die im Jahr 2019 ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen von mindestens 10'000 Franken erzielt haben (Art. 2 Abs. 3<sup>bis</sup> lit. a–c Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Die Verordnung präzisiert, wann eine massgebliche Einschränkung vorliegt (Art. 2 Abs. 3<sup>ter</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).
- Besonders gefährdete Arbeitnehmer bei der Befreiung von der Arbeitspflicht unter Lohnfortzahlung (Art. 2 Abs. 3<sup>quater</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, siehe dazu die ausführlichen Bemerkungen oben, Rz. 13 f.).
- Selbständigerwerbende, die besonders gefährdet sind und ihre Arbeit nicht von zu Hause aus verrichten können (Art. 2 Abs. 3<sup>quinquies</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).
- *Keinen Anspruch* auf EO-Entschädigung haben Personen, deren Quarantäne im Zusammenhang mit einer Rückreise aus einem Land angeordnet wird, das auf der Risiko-Liste des BAG steht (Art. 2 Abs. 2<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).

[20] Voraussetzung des Anspruchs auf EO-Leistungen ist in all den genannten Fällen ein Erwerbsausfall. Ein Erwerbsausfall liegt nur vor, wenn die Arbeit aus den Gründen, wie sie in Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall aufgelistet sind, nicht geleistet werden kann. Wenn beispielsweise die Arbeit trotz persönlicher Quarantäne oder trotz Quarantäne eines (schon älteren) Kindes im Homeoffice geleistet werden kann, schuldet der Arbeitgeber den Lohn für die geleistete Arbeit und es besteht kein oder allenfalls nur ein teilweiser Erwerbsausfall. Die seit dem 18. Januar bis vorläufig 28. Februar 2021 geltende grundsätzliche Homeoffice-Pflicht hat deshalb zur Folge, dass bei einer Quarantäne-Massnahme ein Erwerbsausfall nur noch dann anzunehmen ist, wenn Homeoffice nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist. Auch liegt kein Erwerbsausfall vor, wenn ein Betrieb für einen Arbeitnehmer, der in Quarantäne geschickt wird, bereits Kurzarbeitsentschädigung bezieht.<sup>34</sup>

[21] Die Entschädigung wird als Taggeld ausgerichtet und beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, das vor Beginn des Anspruchs auf die Entschädigung erzielt wurde, al-

---

<sup>33</sup> Nach Art. 1 Covid-19 Verordnung Erwerbsausfall ist das ATSG anwendbar, soweit keine ausdrückliche Abweichung vorgesehen ist, womit insbesondere für die Begriffe «Arbeitnehmende» oder «Selbständigerwerbende» die Definitionen des ATSG Gültigkeit haben.

<sup>34</sup> Zu weiteren Risiken (unberechtigter) Kurzarbeitsentschädigungsansprüchen siehe MYRIAM MINNIG/CHRISTA KALBERMATTEN, Kurzarbeitsentschädigungen – Einen Prüfpunkt wert?, EF 12/20, S. 993.

lerdings höchstens 196 Franken pro Tag (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall; zur Ausnahme bei Taggeldern für besonders gefährdete Arbeitnehmende siehe oben, Rz. 14). Für Selbständigerwerbstätige bemisst sie sich nach dem AHV-pflichtigen Erwerbseinkommen im Jahr 2019 (Art. 5 Abs. 2<sup>ter</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Grundsätzlich ist die Entschädigung durch die Leistungsberechtigten geltend zu machen, wobei bei Lohnfortzahlung der Arbeitgeberin diese die Entschädigung geltend machen kann (Art. 7 Abs. 1 und 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).<sup>35</sup> Auf den Entschädigungen werden Beiträge an die AHV, IV, EO und, bei Arbeitnehmer/innen, an die ALV abgeführt, die je zur Hälfte von den Leistungsberechtigten und vom Bund zu tragen sind (Art. 9 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall). Anspruchsbeginn, Dauer und Ende des Taggeld-Anspruches variieren je nach anspruchsberechtigter Person (siehe im Einzelnen Art. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).

### 2.2.3.2. Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung

[22] Die wirtschaftlichen Folgen von Corona führen zu einer erhöhten Inanspruchnahme von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Besonders ins Gewicht fällt dabei die Kurzarbeitsentschädigung (KAE). Diese ist in Art. 31 AVIG verankert und hat u.a. zum Ziel, das gemäss Art. 324 OR von der Arbeitgeberin zu tragende Betriebsrisiko abzufedern. Weiter dient die KAE der Prävention vor (Ganz-)Arbeitslosigkeit.<sup>36</sup> Voraussetzung einer Kurzarbeitsentschädigung ist nach Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG, dass ein Arbeitsausfall auf *wirtschaftliche Gründe* zurückzuführen ist. Kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entsteht bei normalen Betriebsrisiken. Gleich nach Beginn der Corona-Krise wurde ohne grosse Diskussion anerkannt, dass die wirtschaftlichen Folgen der gegenwärtigen Corona-Krise nicht zu den normalen Betriebsrisiken im Sinne von Art. 32 AVIG zählen und die wirtschaftlichen Einbussen vielfach unmittelbar auf die behördlichen Massnahmen zurückzuführen sind.<sup>37</sup> Die Voraussetzungen des Bezugs von KAE sind in Art. 33 AVIG verankert.

[23] Der Anspruch auf KAE war bis vor der Corona-Krise für verschiedene Personengruppen und Konstellationen eingeschränkt. Ausdrücklich verankert ist dies in Art. 31 Abs. 3 lit. a–c AVIG für folgende drei Personenkategorien: Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (lit. a), den mitarbeitenden Ehegatten des Arbeitgebers (lit. b) und Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten (lit. c). Die Praxis hat in diesem Zusammenhang den Begriff der «arbeitgeberähnlichen Stellung» entwickelt und konkretisiert.<sup>38</sup> Gestützt auf Art. 33 AVIG (nicht anrechenbarer Arbeitsausfall) ist der Anspruch auf KAE in «normalen» Zeiten eingeschränkt u.a.

---

<sup>35</sup> Siehe auch das «Kreisschreiben über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus – Corona-Erwerbsersatz», gültig ab 17. September 2020, Stand: 18. Januar 2021, Rz. 1006.

<sup>36</sup> KURT PÄRLI, Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankensärke, in: Jusletter 11. Mai 2015, Rz. 26; PÄRLI (Fn. 32), S. 125; IRÈNE SUTER-SIEBER, Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit, in: Jusletter 18. Mai 2020, Rz. 11.

<sup>37</sup> PÄRLI (Fn. 32), S. 125.

<sup>38</sup> BGE 123 V 234 (Grundsatzentscheid: Die Rechtsprechung zur arbeitgeberähnlichen Stellung will nicht nur dem ausgewiesenen Missbrauch an sich begegnen, sondern bereits dem Risiko eines solchen, das der Ausrichtung von ALE an arbeitgeberähnliche Personen inhärent ist. Amtet ein Arbeitnehmer als Verwaltungsrat, so ist eine massgebliche Entscheidungsbefugnis im Sinne der betreffenden Regelung ex lege gegeben).

für Personen in befristeten Arbeitsverhältnissen (u.a. Lehrverhältnisse) und bei Beschäftigung im Dienste von Organisationen der Temporärarbeit. Zudem ist nach Art. 33 Abs. 1 lit. d AVIG ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar, wenn der Arbeitnehmer mit der Kurzarbeit nicht einverstanden ist und deshalb nach Arbeitsvertrag entlohnt werden muss.

[24] Am 20. März 2020 erliess der Bundesrat (damals gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV) die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. In der damaligen Fassung wurde der Kreis der Anspruchsberechtigten auf KAE ausgeweitet.<sup>39</sup> Diese Massnahmen wurden jedoch zum Teil im Mai 2020 wieder aufgehoben.<sup>40</sup> In der aktuell (19. Januar 2021) geltenden, auf Art. 17 Covid-19-Gesetz gestützten Fassung haben Arbeitnehmende, die auf Abruf beschäftigt sind, unter bestimmten Bedingungen (erneut) einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Diese am 28. Oktober 2020 beschlossene Änderung trat rückwirkend auf den 1. September 2020 in Kraft.<sup>41</sup> Zu erwähnen sind auch Erleichterungen im Verfahren zur Geltendmachung von Kurzarbeit.<sup>42</sup> Als weitere Massnahmen im Zusammenhang mit Covid-19 wurde die Rahmenfrist für den Bezug von Arbeitslosenversicherungstaggeldern für bestimmte Personen verlängert.<sup>43</sup>

[25] Bereits erwähnt wurde die im Covid-19-Gesetz verankerte, zeitlich befristete Erhöhung der KAE für Arbeitnehmende mit kleinen Einkommen Gestützt auf Art. 17 Covid-Gesetz hat der Bundesrat am 21. Januar auch die folgenden Anpassungen in der Verordnung vorgenommen.<sup>44</sup> Die Karenzfrist wird rückwirkend per 1. September 2020 und bis zum 31. März 2021 aufgehoben. Ebenso wird die maximale Bezugsdauer von KAE bei mehr als 85 Prozent Arbeitsausfall von vier Abrechnungsperioden zwischen dem 1. März 2020 und 31. März 2021 rückwirkend aufgehoben (Art. 8g Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Zudem wird der Anspruch auf KAE auf Personen in befristeten Arbeitsverhältnissen und Lernende ausgeweitet (Art. 4 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Die Anspruchserweiterung gilt bis zum 30. Juni 2021.

### **2.3. Verhältnis Covid-19-Gesetz und Covid-19-Verordnungen zum «normalen» Arbeitsrecht**

[26] Bei den vom Bundesrat erlassenen das Arbeitsverhältnis betreffenden Covid-19-Verordnungen handelt es sich um öffentlich-rechtliche Bestimmungen, die von den Arbeitsvertragsparteien einzuhalten sind. Es handelt sich dabei um beachtliche Eingriffe in das bestehende Arbeitsrecht. Betroffen waren und sind sowohl Bestimmungen des öffentlichen Arbeitsrechts als auch des Arbeitsvertragsrechts.

---

<sup>39</sup> Anspruch auf KAE hatten insbesondere auch mitarbeitende Ehegatten oder eingetragene Partner/innen sowie arbeitgeberähnliche Personen. Die entsprechenden Artikel 1 und 2 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung wurden am 20. Mai 2020 mit Wirkung ab 1. Juni 2020 aufgehoben.

<sup>40</sup> Die entsprechenden Artikel 1 und 2 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (siehe Fn. 39) wurden am 20. Mai 2020 mit Wirkung ab 1. Juni 2020 aufgehoben.

<sup>41</sup> Siehe Art. 8 f. Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. Die Regelung sieht einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für seit mindestens 6 Monaten angestellte Mitarbeitende auf Abruf in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis oder einem befristeten Arbeitsverhältnis mit vertraglicher Kündigungsmöglichkeit vor. Die Änderungen treten rückwirkend ab 1. September 2020 in Kraft. Sie stellen für diese Personengruppe somit einen Anspruch ohne Unterbruch seit März 2020 sicher. Ihr Anspruch ist bis zum 30. Juni 2021 befristet.

<sup>42</sup> Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung.

<sup>43</sup> Siehe Art. 8a Abs. 2 und 3 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, in Kraft seit 1. September 2020.

<sup>44</sup> Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, Änderung vom 20. Januar 2021, AS 2021 16.

[27] In der zwischenzeitlich aufgehobenen Covid-19-Verordnung 2 war in Art. 10a Abs. 3 vorgesehen, dass in den Spitalabteilungen, die infolge der Covid-19-Erkrankungen eine massive Zunahme der Arbeit erfahren, die Geltung der Bestimmungen des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 betreffend Arbeits- und Ruhezeiten so lange sistiert ist, wie es die ausserordentliche Lage erfordert. Auf dem Weg des Notrechts (Art. 185 Abs. 3 BV und ausserordentliche Lage nach Art. 7 EPG) hatte der Bundesrat also Arbeitnehmerschutzbestimmungen des ArG ausser Kraft gesetzt.<sup>45</sup> Es wurden aber nicht nur Arbeitnehmerrechte beschnitten, sondern auch die Arbeitgeberinnen in die Pflicht genommen. Auch gestützt auf Notrecht hat der Bundesrat im April 2020 eine Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin für besonders gefährdete Arbeitnehmende eingeführt.<sup>46</sup> Die vom 18. Januar bis (vorläufig) 28. Februar 2021 geltende Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin für besonders gefährdete Arbeitnehmende hat heute mit Art. 4 i.V.m. Art. 15 Covid-19-Gesetz (immerhin) eine gesetzliche Grundlage. In Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage hat der Bundesrat einerseits eine Homeoffice-Pflicht eingeführt und gleichzeitig eine Abweichung von Art. 327a OR (relativ zwingend, das heisst, nach OR nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden abänderbar) vorgenommen und entschieden, dass bei angeordnetem Homeoffice keine Auslagenentschädigung geschuldet ist. Mit der Homeoffice-Pflicht wird in die grundsätzlich privatautonome Gestaltung des Arbeitsvertragsrechts eingegriffen; den Ort der Arbeit zu definieren ist Sache der Vertragsparteien. Ein solcher Eingriff des öffentlichen Rechts auf Verordnungsstufe rechtfertigt sich in diesem Fall mit dem Ziel der Mobilitätsreduktion als (wichtigen) Beitrag zur Pandemiebekämpfung. Fraglich ist, ob es die Streichung des Auslagenersatzes braucht, um dieses Ziel zu erreichen. Ein Blick ins Ausland zeigt, dass Verfassungsgerichte vereinzelt auch schon Verordnungsbestimmungen kassiert haben, die Teile des Arbeitsrechts auf gesetzlicher Stufe aussetzten.<sup>47</sup> Rein juristisch betrachtet scheint dies deshalb nicht der Fall zu sein. Politisch leuchtet die Massnahme jedoch ein, um den Arbeitgeberinnen eine «Brücke zu bauen», damit die Homeoffice-Pflicht breit akzeptiert und umgesetzt wird.

[28] Insbesondere die Covid-19-Verordnungsbestimmungen zum Gesundheitsschutz stellen keine eigentlichen Neuerungen dar, sondern konkretisieren die ohnehin bestehenden Verpflichtungen zum Gesundheitsschutz im Arbeitsverhältnis. Dies bestätigt die Aussage, wonach es den Gesetzgeber und den Bundesrat als Verordnungsgeber in vielen Fällen nicht braucht, sondern es das geltende Schweizerische Arbeitsrecht erlaubt, auf neue Fragen und Entwicklungen zu reagieren. Im Folgenden sollen deshalb die wesentlichen Pflichten der Arbeitgeberin, die sich aus dem OR sowie den Covid-19-Verordnungen ergeben, behandelt werden.

---

<sup>45</sup> MARC WOHLWEND, Gesundheitsschutz auf COVID-19-Stationen, in: Jusletter 4. Mai 2020, Rz. 6; EMANUEL GEORG TSCHANNEN, Das Corona-Massnahmenpaket des Bundesrats, in: Jusletter 14. April 2020, Rz. 14.

<sup>46</sup> Art. 10c COVID-19-Verordnung 2; vgl. PÄRLI (Fn. 8), Rz. 6.

<sup>47</sup> So zum Beispiel in einem Urteil des Obersten Gerichtshofs von Namibia, in dem festgestellt wurde, dass einige Bestimmungen der Notstandsverordnungen verfassungswidrig sind, mit denen Teile des Arbeitsgesetzes, die sich mit Kürzungen und Urlaub während der Sperrfristen befassen, ausgesetzt wurden, vgl. NEF & Ors v President of the Republic of Namibia & Ors (HC-MD-CIV-MOT-GEN-2020/00136) [2020] NAHCMD 198 (23 July 2020). Es handelte sich dabei um Bestimmungen, die es namibischen Arbeitgebern verboten, Arbeitnehmer aufgrund der Covid-19-Pandemie zu entlassen, ihren Lohn zu kürzen oder Ferien anzuordnen; die Bestimmungen waren insofern zu restriktiv für die Arbeitgeberinnen.

### 3. Pflichten der Arbeitgeberin

#### 3.1. Lohnfortzahlungspflicht

##### 3.1.1. Grundsatz: Ohne Lohn keine Arbeit

[29] Der Arbeitnehmer ist im Arbeitsverhältnis ohne andere Vereinbarung vorleistungspflichtig. Erscheint er nicht zur Arbeit bzw. bietet er seine Arbeit nicht an, schuldet ihm die Arbeitgeberin grundsätzlich keinen Lohn. Die zwei wichtigsten Ausnahmen von diesem Grundsatz sind in Art. 324 und Art. 324a OR festgehalten und werden sogleich ausführlich diskutiert. Weitere Ausnahmen sind in Art. 35 Abs. 3 ArG (Lohnanspruch von schwangeren und stillenden Frauen bei fehlender gleichwertiger Ersatzarbeit) und Art. 110 Abs. 3 BV (bezahlter 1. August) geregelt. Liegt keine der erwähnten Ausnahmen vor, schuldet die Arbeitgeberin bei ausbleibender Arbeitsleistung keine Lohnfortzahlung.

##### 3.1.2. Bei Annahmeverzug der Arbeitgeberin: Betriebsrisiko

###### 3.1.2.1. Lehrmeinungen

[30] Eine der umstrittensten arbeitsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie ist, ob Arbeitgeberinnen, die in ihrem Betrieb keine oder zu wenig Arbeit anbieten (können), im Annahmeverzug i.S.v. Art. 324 OR sind. Ist die Arbeitgeberin im Annahmeverzug, besteht für sie eine (zeitlich unbeschränkte) Lohnfortzahlungspflicht: Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR bleibt die Arbeitgeberin zur Errichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist, wenn die Arbeit infolge Verschuldens der Arbeitgeberin nicht geleistet werden kann oder sie *aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug* ist. Der Annahmeverzug setzt mithin kein Verschulden der Arbeitgeberin voraus und der Verzug tritt auch dann ein, wenn die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer nicht beschäftigen kann.<sup>48</sup> Die Arbeitgeberin hat damit das sog. Betriebsrisiko zu tragen, wozu Betriebsstörungen technischer, wirtschaftlicher oder behördlicher Art zählen.<sup>49</sup> Die Gründe, die zum Wegfall der Arbeitsleistung führen, müssen im weitesten Sinn aus der Risikosphäre der Arbeitgeberin stammen.<sup>50</sup>

[31] In Bezug auf die Corona-Pandemie spitzt sich die Frage darauf zu, ob behördlich angeordnete Betriebsschliessungen in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fallen. Die Frage ist in der Literatur sehr umstritten. Für eine Subsumtion unter das Betriebsrisiko spricht sich das SECO aus: «Da der Betrieb das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt, besteht [bei einer Betriebsschliessung aufgrund behördlicher Anweisung] ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlungspflicht, auch wenn dies den Arbeitgeber stark belasten kann.»<sup>51</sup> Ein Teil der Lehre teilt diese Auffassung: Es handelt sich bei den Betriebsschliessungen um kollektive Massnahmen, die in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fallen, weil sie nicht in der Lage ist, die Arbeitsleistung entgegenzunehmen.<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 324 N 4.

<sup>49</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 48), Art. 324 N 4.

<sup>50</sup> ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 324 N 4.

<sup>51</sup> <https://helpcenter.easygov.swiss/hc/de/articles/360006988477-Was-sind-die-Folgen-für-die-Lohnfortzahlung-wenn-der-Betrieb-aufgrund-einer-behördlichen-Anweisung-geschlossen-wird>.

<sup>52</sup> THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 2020, S. 551; MARC WOHLWEND, Arbeitsleistung und Lohn zu Zeiten des Corona-Virus, Diskussionspapier vom 13. März 2020,

Begründet wird dies damit, dass die Betriebe gestützt auf das Epidemien-gesetz verpflichtet sind, sich auf Epidemien vorzubereiten.<sup>53</sup> Es handelt sich damit bei der Corona-Pandemie um eine vorhersehbare Entwicklung, die grundsätzlich in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt; jedenfalls sei im Zweifel zugunsten der Arbeitnehmer von der Vorhersehbarkeit auszugehen.<sup>54</sup> Dazu kommt, dass zumindest einzelne Versicherungen auch Schutz gegen die wirtschaftlichen Folgen der Verwirklichung des Risikos Betriebsunterbruch bei Epidemie oder Pandemie anbieten bzw. angeboten haben und auch für die Löhne wegen behördlich angeordneter Betriebsschliessung aufkommen mussten.<sup>55</sup> Wäre eine Pandemie gänzlich unvorhersehbar, würde kein Versicherer das Risiko versichern. In der Versicherungsbranche wird heute allerdings davon gesprochen, dass «es ohne den Staat nicht geht», dass mit anderen Worten künftige Lösungen für die Absicherung gegen die wirtschaftlichen Folgen einer Pandemie eine Zusammenarbeit zwischen Staat und Versicherungswirtschaft erfordern.<sup>56</sup>

[32] Ein anderer Teil der Lehre verneint die Subsumtion von Betriebsschliessungen unter das Betriebsrisiko. Argumentiert wird wie folgt: Art. 324 OR ist eine Konkretisierung der Regelung der Unmöglichkeit, in der abweichend von Art. 119 OR das Risiko im Einzelfall zu Lasten des Gläubigers geht, der die Leistung vom Schuldner nicht erhält (Art. 119 Abs. 3 OR).<sup>57</sup> Es ist nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen, die Arbeitgeberin für Fälle höherer Gewalt verantwortlich zu machen, die den Einflussbereich ihres Betriebs überschreiten. Die Betriebsschliessungen sind von einem solchen Ausmass und würden so grosse Teile der Wirtschaft betreffen, dass solche Situationen bisher von der Lehre und Rechtsprechung nicht erfasst wurden.<sup>58</sup>

[33] Mit Verweis auf die Regelung des Gläubigerverzugs in Art. 91 OR wird weiter argumentiert, dass danach zu fragen ist, ob es sich bei den Betriebsschliessungen um einen persönlichen Grund auf Seiten der Arbeitgeberin handelt oder um einen objektiven Grund; nur ersterer fällt in das Betriebsrisiko.<sup>59</sup> Die Betriebsschliessungen trafen jedermann (zumindest innerhalb derselben Branchen) und die Arbeitgeberin hat keinen Einfluss auf die behördlichen Anordnungen, so dass die Verweigerung der Arbeitsannahme aus objektiver Sicht und somit der Gläubigerverzug i.S.v. Art. 91 OR gerechtfertigt ist.<sup>60</sup> Schliesslich wird vorgebracht, dass sich weder aus dem Epidemien-gesetz noch aus dem Pandemieplan eine Pflicht ergibt, sich auf Pandemien vorbereiten zu

---

[https://www.zhaw.ch/storage/sml/institute-zentren/zsr/diskussionspapier\\_v1\\_arbeitsleistung\\_und\\_lohn\\_zu\\_zeiten\\_des\\_corona-virus\\_marc\\_wohlwend\\_2020\\_03\\_13.pdf](https://www.zhaw.ch/storage/sml/institute-zentren/zsr/diskussionspapier_v1_arbeitsleistung_und_lohn_zu_zeiten_des_corona-virus_marc_wohlwend_2020_03_13.pdf), S. 9; JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Le travailleur en quarantaine: in: Jusletter 23. März 2020, Rz. 5. Differenziert: MARCO DEL FABRO, Auswirkungen «Shut downs» / «Lock-downs» auf Arbeitsverträge von Sportlerinnen und Sportlern, CaS 2020, S. 234 ff.

<sup>53</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 1), Rz. 22.

<sup>54</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 1), Rz. 41, 92.

<sup>55</sup> Verschiedene Versicherer versuchten sich der Leistungspflicht mit dem Hinweis zu entziehen, sie hätten lediglich Schutz bei einer Epidemie und nicht bei einer Pandemie zugesagt. Siehe zum Thema das Gutachten von Prof. Walter Fellmann zu Händen des Ombudsmanns der Privatversicherungen: [http://www.ombudsman-assurance.ch/typo3/fileadmin/Files/Gutachten\\_Deckungsausschluesse\\_Pandemie.pdf](http://www.ombudsman-assurance.ch/typo3/fileadmin/Files/Gutachten_Deckungsausschluesse_Pandemie.pdf).

<sup>56</sup> Siehe dazu: <https://www.svv.ch/de/newsroom/pandemie-versicherung-ohne-den-staat-geht-es-nicht>.

<sup>57</sup> JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMY WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter DroitDuTravail.ch vom 9. April 2020, S. 4.

<sup>58</sup> DUNAND/WYLER (Fn. 57), S. 4; ähnlich SUTER-SIEBER (Fn. 36), Jusletter, Rz. 10.

<sup>59</sup> ALFRED BLESİ/RENÉ HIRSİGER/THOMAS PIETRUSZAK, Arbeitsrecht, in: Helbing Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), Covid-19, Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, S. 44.

<sup>60</sup> BLESİ/HIRSİGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 44; THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, in: Jusletter 14. April 2020, Rz. 23 f.; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR Sondernummer 2020, S. 169 f.



müssen.<sup>61</sup> Die wirtschaftlichen Einschränkungen sind für die gesamte Bevölkerung derart rasch und einschneidend wirksam, dass Arbeitgeberinnen die Folgen der Pandemie nicht vorhersehen und sicherlich nicht vermeiden konnten. Damit fehle es für die Anwendung von Art. 324 OR bereits an der Kausalität, da es nicht möglich war, sich als Arbeitgeberin auf die Pandemie so vorzubereiten, dass die Annahme der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer möglich wäre.<sup>62</sup> Nicht jedes beliebige Risiko, welches nicht in der Sphäre der Arbeitnehmer liegt, kann automatisch der Arbeitgeberin auferlegt werden. Die Betriebsschliessungen im Zuge der Corona-Pandemie fallen weder in die Risikosphäre des Arbeitnehmers noch in jene der Arbeitgeberin; sie sind vom Gesetz gar nicht geregelt oder vorgesehen.<sup>63</sup> Neben den bereits erwähnten Argumenten wird vorgebracht, dass gerade für kleinere Betriebe die wirtschaftlichen Folgen einer Pandemie schwer wiegen und die Arbeitgeberinnen nicht noch zusätzlich durch eine Lohnfortzahlungspflicht im Falle behördlich angeordneter Schliessungen belastet werden sollten. Ohne Einnahmen würde es für solche Betriebe auf längere Sicht finanziell sehr kritisch und es drohten Konkurse, wenn sie ihren Arbeitnehmern den vollen Lohn weiterbezahlen müssen.<sup>64</sup>

[34] Alle erwähnten Meinungen vertreten schliesslich, dass zwischen direkt und indirekt bzw. mittelbar betroffenen Betrieben unterschieden werden muss. Direkt betroffene Betriebe wären solche, die den Betrieb aufgrund behördlicher Pandemie-Massnahmen einstellen müssten. Dieses Risiko gehöre nicht zum Betriebsrisiko. Anders verhalte es sich bei den indirekt betroffenen Betrieben, bei denen als Folge der Pandemie Aufträge oder Kundschaft zurückgingen; diese hätten das Betriebsrisiko zu tragen.<sup>65</sup> Sie unterstehen demnach überstimmend der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324 OR.

### 3.1.2.2. Stellungnahme

[35] Vorab ist es erforderlich, Sinn und Zweck des Konzepts des Betriebsrisikos auszuleuchten. Die Risikoverteilung zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer basiert auf dem Grundkonzept des Arbeitsrechts, das wesentlich den Schutz der Arbeitnehmenden als die schwächere Vertragspartei beabsichtigt.<sup>66</sup> Dieser Logik folgt auch die sozialversicherungsrechtliche Unterscheidung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit. Zur selbständigen Erwerbstätigkeit gehört das Tragen des Unternehmerrisikos.<sup>67</sup> Nach Rechtsprechung<sup>68</sup> und Lehre<sup>69</sup> besteht das Unternehmerrisiko darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, welche die ausführende Person selber zu tragen hat. Bei der Umschreibung des Unternehmerrisikos ist auch

---

<sup>61</sup> WILDHABER (Fn. 60), S. 168.

<sup>62</sup> WILDHABER (Fn. 60), S. 168.

<sup>63</sup> WILDHABER (Fn. 60), S. 169. So auch: BETTINA MÜLLER, Rechte und Pflichten von Arbeitgebern im Hinblick auf das Epidemiengesetz, Masterarbeit (im Erscheinen, Publikation bei Dike Recht, Recht für öffentliche und private Unternehmen, hrsg. von Geiser/Müller/Pärli, S. 46, 125.).

<sup>64</sup> MÜLLER (Fn. 63), S. 125.

<sup>65</sup> So bspw. SUTER-SIEBER (Fn. 36), Rz. 8 ff.

<sup>66</sup> PÄRLI (Fn. 36), Rz. 16.

<sup>67</sup> Zu den Kriterien der Differenzierung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit siehe GABRIELA RIEMER-KAFKA, Plattformarbeit oder andere Formen der Zusammenarbeit: Sind die Abgrenzungskriterien für selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit noch tauglich?, SZS, 6/2018, S. 581 ff., insbes. S. 583 f.

<sup>68</sup> BGE 122 V 169 E. 3c, siehe auch die Wegleitung zum massgebenden Lohn (WML), Rz. 1014.

<sup>69</sup> THOMAS LOCHER/THOMAS GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014, S. 162, Rz. 14–16, 19–24.

die Möglichkeit eines erfolgreichen Geschäftsverlaufes relevant. Von einem Unternehmerrisiko kann demnach gesprochen werden, wenn eine Person sowohl am positiven als auch am negativen Unternehmenserfolg partizipiert.<sup>70</sup> Der Last, das *Betriebsrisiko* zu tragen, steht also wie erwähnt die *Gewinnchance* des Unternehmers gegenüber. Ein allfälliger Unternehmensgewinn muss nicht mit den Arbeitnehmenden geteilt werden, wenn nichts anderes vertraglich vereinbart ist. Das zeigt sich sehr anschaulich auch und gerade in der Corona-Krise. Gewisse Unternehmen, namentlich im Online-Handel und in der Logistik, sind gegenwärtig ausserordentlich erfolgreich.<sup>71</sup> Ursache dieses Erfolgs ist die Pandemie. Wirtschaftlich noch besser erging es den Jungunternehmern, die sich im Frühling 2020 durch cleveres Verhalten auf dem Weltmarkt mit Hygienemasken eindecken und diese zu Höchstpreisen verkaufen konnten.<sup>72</sup> Folgt man der Auffassung, dass eine Pandemie nicht zum Betriebsrisiko gehört, so gerät das Konzept der Risikolast, der eine Risikogewinnchance entgegensteht, in Schiefelage.

[36] Die konzeptionelle Schnittstelle zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht zeigt sich auch in der Ausgestaltung des Instruments der Kurzarbeitsentschädigung. Voraussetzung einer Kurzarbeitsentschädigung ist nach Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG, dass ein Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen ist. Die Rechtsprechung legt den Begriff «wirtschaftliche Gründe» weit aus.<sup>73</sup> Art. 33 Abs. 1 lit. a bis f AVIG zählt Gründe auf, die nicht als anrechenbaren Arbeitsausfall anerkannt werden. Genannt werden in lit. a Arbeitsausfälle wegen betriebsorganisatorischen Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder (wenn der Arbeitsausfall) «durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören». Die AVIG-Bestimmungen differenzieren also zwischen *wirtschaftlichen Risiken* und *normalen Betriebsrisiken*. Für das Arbeitsvertragsrecht ist diese Unterscheidung nicht von Bedeutung, denn hier trägt die Arbeitgeberin gemäss Grundkonzept das Unternehmerrisiko. Die Möglichkeit der teilweisen Übertragung der wirtschaftlichen Risiken auf die Arbeitslosenversicherung mildert jedoch die arbeitsrechtlichen Konsequenzen für den Arbeitgeber und dient, weil so Arbeitsplätze erhalten werden können, auch den Arbeitnehmenden.<sup>74</sup>

[37] Den Stimmen in der Lehre, die eine Pandemie nicht zum Betriebsrisiko zählen wollen, ist weiter aus den folgenden Gründen zu widersprechen. Beim Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR (als zentrale Bestimmung des von der Arbeitgeberin zu tragenden Betriebsrisikos) kommt es auf die Kausalität oder Vorhersehbarkeit nicht an. Der Annahmeverzug tritt ein, auch wenn das Unternehmen daran keine Schuld trifft.<sup>75</sup> Beispielsweise zählen Unterbrechungen der Energieversorgung, Maschinenschäden, Naturkatastrophen und Rohstoffmangel zum Betriebsrisiko,<sup>76</sup> ohne dass eine über generelle Sorgfaltnormen hinausgehende gesetzliche Pflicht besteht, sich auf diese vorzubereiten. Es liegt zudem in der Natur dieser Ereignisse, dass sie zwar abstrakt vorhersehbar

---

<sup>70</sup> PETER FORSTER, AHV-Beitragsrecht, Materiell- und verfahrensrechtliche Grundlagen; Abgrenzung zwischen selbständig und unselbständig erwerbstätigen Personen, Schriften zum Sozialversicherungsrecht (SzS), Band/Nr. 17, Zürich, 2007, S. 85.

<sup>71</sup> Vgl. die Onlinehändlerstudie 2020 der ZHAW School of Management and Law: <https://www.zhaw.ch/de/medien/medienmitteilungen/detailansicht-medienmitteilung/event-news/der-schweizer-onlinehandel-boomt/>.

<sup>72</sup> Vgl. <https://www.tagesanzeiger.ch/masken-millionaere-fahren-ferrari-970612428924>.

<sup>73</sup> Vgl. BGE 128 V 305.

<sup>74</sup> Siehe auch MANUELA KELLER-RAPOLD, Kurzarbeit und Massenentlassung – ein Überblick, AJP 2010, S. 250 ff., 253.

<sup>75</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 50), Art. 324 N 4.

<sup>76</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 48), Art. 324 N 4.

sind, jedoch nur selten in ihrem konkreten Ausmass. Dies trifft auch auf die Corona-Pandemie zu. Allerdings ist der These, dass die Pandemie nicht voraussehbar war, grundsätzlich zu widersprechen. Schweinegrippe, Vogelgrippe und SARS zeigten bereits epidemisches Ausmass und im Lichte des weltweiten Austausches von Gütern und der globalen Mobilität war naheliegend, dass sich eine Infektionskrankheit global verbreiten konnte. Es mangelte auch nicht an Studien, die auf diese Gefahren hinweisen.<sup>77</sup>

[38] Der Auslegung von Art. 324 OR ist sodann durch die darin vorgenommene gesetzliche Risikoverteilung Grenzen gesetzt: Art. 324 OR ist insofern *lex specialis* zu Art. 91 OR sowie Art. 119 OR und sieht eine davon abweichende und umfassendere Risikoverteilung zulasten der Arbeitgeberin vor. Wie dargelegt, kommt es dabei auf ein Verschulden oder die Vorhersehbarkeit alleine nicht an. Es können damit nicht leichthin die Rechtfertigungsgründe des OR AT auf den Annahmeverzug der Arbeitgeberin übernommen werden. Argumentationen, die die Frage des Betriebsrisikos nach den Regelungen des OR AT auslegen, tragen deshalb der gesetzlichen Risikoverteilung in Art. 324 OR zu wenig Rechnung. In Bezug auf die Argumentation mit Art. 91 OR (Gläubigerverzug) ist zudem anzumerken, dass Art. 324 OR dogmatisch betrachtet ein Unmöglichkeitens- und kein Verzugstatbestand zugrunde liegt.<sup>78</sup>

[39] Gegen die vorgebrachte finanzielle Belastung der Lohnzahlungspflicht nach Art. 324 OR für (kleine, aber auch grosse) Betriebe sind zwei Argumente einzuwenden: Erstens führt dies vor dem Hintergrund, dass mittelbar von den Betriebsschliessungen betroffene Betriebe das Betriebsrisiko zu tragen haben, zu widersprüchlichen Ergebnissen. Solche Betriebe sind durch die Lohnfortzahlungspflicht in ihrer wirtschaftlichen Existenz genauso bedroht, wie unmittelbar betroffene. Eine Vielzahl von mittelbar betroffenen Betrieben wurde zwar nicht behördlich, aber faktisch geschlossen, wie z.B. alle Betriebe, die Dienstleistungen im Zusammenhang mit (Gross-)Veranstaltungen erbringen (u.a. Tontechnik). Es lässt sich *mit einer ökonomischen Argumentation* nicht sinnvoll begründen, wieso direkt betroffene Betriebe anders zu behandeln sind als indirekt betroffene. Wenn mit einer ökonomischen Argumentation das Betriebsrisiko für die Arbeitgeberin verneint wird, müsste konsequenterweise auch das Betriebsrisiko für mittelbar betroffene Betriebe abgelehnt werden. Dies steht im Gegensatz zur klar herrschenden Lehre und wird in Bezug auf die Corona-Pandemie soweit ersichtlich nur einmal vertreten.<sup>79</sup> Zweitens besteht nach der Lehre der Lohnanspruch im Falle von Betriebsstörungen auch dann, wenn diese den Unternehmer so stark treffen, dass die Weiterzahlung des Lohnes die Existenz des Betriebs

---

<sup>77</sup> Sehr anschaulich dazu der Beitrag von SIMON DEAKIN/GAOFEN MENG, The Governance of Covid-19: Anthropogenic Risk, Evolutionary Learning, and the Future of the Social State, *Industrial Law Journal*, <https://academic.oup.com/ilj/article-pdf/49/4/539/34948994/dwaa027.pdf>, Zudem sehr lesenswert: FRANK M. SNOWDEN, *Epidemics and Society, From The Black Death to the Present*, Yale, UP 2020, <http://www.jstor.org/stable/j.ctvqc6gg5>. Im Vorwort steht (Übersetzung der Autoren dieses Beitrages): «[...] Wie alle Pandemien ist auch COVID-19 kein zufälliges Ereignis. Epidemien befallen Gesellschaften durch die spezifischen Schwachstellen, die Menschen durch ihre Beziehungen zur Umwelt, zu anderen Arten und zueinander geschaffen haben. Die Mikroben, die die Pandemie entzünden, sind solche, die sich durch ihre Evolution an die von uns vorbereiteten ökologischen Nischen angepasst haben. COVID-19 ist aufgeflammt und hat sich ausgebreitet, weil es an die Gesellschaft angepasst ist, die wir geschaffen haben. Eine Welt mit fast acht Milliarden Menschen, von denen die meisten in dicht gedrängten Städten leben und alle durch schnelle Flugreisen miteinander verbunden sind, schafft unzählige Möglichkeiten für Lungenviren. [...]».

<sup>78</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 48), Art. 324 N 5.

<sup>79</sup> SUTER-SIEBER (Fn. 36), Rz. 21.

gefährden würde.<sup>80</sup> Würde der Anspruch entfallen, wären die Arbeitnehmer im Falle eines eintretenden Konkurses gegenüber anderen Gläubigern ohne Grund benachteiligt.<sup>81</sup>

[40] Kein anderes Resultat ergibt schliesslich der Einbezug der Lehre und Rechtsprechung aus Deutschland: Behördlich angeordnete Betriebsschliessungen fallen unter das Betriebsrisiko.<sup>82</sup> Die Rechtsprechung in Deutschland macht davon eine (restriktiv auszulegende) Ausnahme,<sup>83</sup> wenn die Lohnfortzahlung die wirtschaftliche Existenz des Unternehmens gefährdet, was nach der Schweizer Lehre und der oben ausgeführten Argumentation nicht auf die Schweiz übertragen werden kann. Nach leicht abweichender Meinung handelt es sich nur dann um einen Fall des vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisikos, wenn das Risiko der behördlichen Massnahme (Betriebsschliessung) in der besonderen Eigenart des Betriebs angelegt ist.<sup>84</sup> Auch dies ändert aber an der Subsumtion von Betriebsschliessungen unter das Betriebsrisiko nichts, da die Behörden ja gerade solche Betriebe geschlossen haben, nunmehr auch Betriebe, in denen Schutzkonzepte galten.<sup>85</sup>

[41] *Zusammenfassend* ist festzuhalten, dass behördlich angeordnete Betriebsschliessungen zum Betriebsrisiko zählen. Was sind nun die Folgen? Kommt es zum Arbeitgeberverzug, so schuldet die Arbeitgeberin im Rahmen von Art. 324 OR den Lohn. Zeitlich beschränkt ist diese Lohnzahlungspflicht nicht. Sie besteht so lange, wie der Arbeitgeberverzug dauert. Art. 324 Abs. 2 OR nimmt nun aber die Arbeitnehmerseite in die Pflicht und hält fest, dass Arbeitnehmende sich auf den Lohn anrechnen lassen müssen, was sie wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen haben. Zudem hat die Arbeitgeberin die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen aufzulösen. Ohne zusätzliche Umstände ist eine solche Kündigung auch nicht missbräuchlich. Während der Kündigungsfrist schuldet die Arbeitgeberin aber den Lohn.

[42] Wie bereits ausgeführt wurde, hat die Arbeitgeberin die Möglichkeit, bei einem Arbeitgeberverzug (Arbeitsausfall) aus wirtschaftlichen Gründen Kurzarbeit anzumelden. Voraussetzung ist u.a. (zu den übrigen Voraussetzungen siehe oben, Rz. 22), dass die betroffenen *Arbeitnehmenden mit der Kurzarbeit einverstanden* sind. Das hält Art. 33 Abs. 1 lit. d AVIG ausdrücklich fest. Wenn es am Einverständnis des Arbeitnehmers fehlt, so muss die Arbeitgeberin beim Arbeitgeberverzug den vertraglich geschuldeten Lohn ausrichten.<sup>86</sup> Liegt aber das Einverständnis des Arbeitnehmers vor, so entfällt dessen Anspruch auf Lohnzahlung nach Art. 324 OR, denn die KAE

---

<sup>80</sup> Was freilich nicht ganz unumstritten ist, vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 48), Art. 324 N 11; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 50), Art. 324 N 11.

<sup>81</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 48), Art. 324 N 11.

<sup>82</sup> MICHAEL FUHLROTT/KATHARINA FISCHER, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 6/2020, S. 348; MICHAEL FUHLROTT, Arbeitsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang der Coronavirus-Epidemie, GWR 6/2020, S. 110; PHILIPP S. FISCHINGER/SILAS HENGSTBERGER, Lohnanspruch bei pandemiebedingten behördlichen Betriebsschliessungen?!, NZA 2020, S. 559 f.

<sup>83</sup> FUHLROTT/FISCHER (Fn. 82), S. 348.

<sup>84</sup> KATJA GIESE/ANNIKA SCHOTTER, Quarantäne und Entgeltfortzahlung, in: Holger Dahl/Burkhard Göpfert/Rüdiger Helm (Hrsg.), Arbeitsrechtlicher Umgang mit Pandemie, Praxisleitfaden am Beispiel der Corona-Krise, Frankfurt am Main 2020, S. 96 f.: In Bezug auf die pandemische Ausbreitung eines Virus dürfte dies in Unternehmen und Einrichtungen der Fall sein, die nicht ohne engen Personenkontakt zu einer grossen Zahl an Kontaktpersonen betrieben werden können.

<sup>85</sup> Während der Betriebsschliessungen im Frühling liefen 70–80% der Wirtschaft weiter (so Bundesrat Alain Berset: <https://www.tagesanzeiger.ch/die-bewaehrungsprobe-kommt-noch-636946010614>).

<sup>86</sup> Der Arbeitnehmer riskiert in diesem Fall die Kündigung und diese ist in der Regel nicht missbräuchlich, siehe BORIS RUBIN, in: Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genève/Zürich/Bâle 2014, Article 33 N 21 und BGer 4A\_555/2011 vom 23. Februar 2012. So auch KELLER-RAPOLD (Fn. 74), S. 253.

im Umfang von 80% des versicherten Verdienstes ersetzt den vertraglich geschuldeten Lohn. Allerdings muss die Arbeitgeberin AHV/IV/EO/ALV-Beiträge, die Beiträge an die Unfallversicherung, an die Familienausgleichskasse sowie an die berufliche Vorsorge auf dem vollen Lohn entrichten (Art. 37 Abs. 3 AVIG). Auch muss die Arbeitgeberin nach Art. 37 Abs. 2 AVIG den in «normalen» Zeiten geltenden Karenztag für die KAE voll übernehmen. Nach der Rechtsprechung sei dieser «Selbstbehalt» der Arbeitgeberinnen verfassungskonform, denn sie werden durch die KAE in ihrer nach Art. 324 i.V.m. Art. 362 OR bestehenden Pflicht zur Lohnzahlung auch in beschäftigungsloser Zeit entlastet.<sup>87</sup> Der Blick auf die Voraussetzungen und Modalitäten der KAE zeigt, dass *diese Sozialversicherungsleistung vom Konzept des Betriebsrisikos* nicht weggedacht werden kann. Die KAE setzt schlicht einen Fall von Art. 324 OR voraus. Wer deshalb bei behördlich angeordneten Betriebsschliessungen aus Gründen einer Pandemie die Anwendung von Art. 324 OR verneint, gerät zwangsläufig in argumentative Schwierigkeiten, einen Anspruch der Arbeitgeber auf KAE zu begründen.

[43] Art. 324 OR spielt bei Kurzarbeit dennoch eine Rolle, denn die 80% KAE wird bis zum maximal versicherten Lohn von 148'200 Franken ausgerichtet. Für den darüberhinausgehenden Lohn bleibt die Arbeitgeberin lohnzahlungspflichtig und zwar zu 100 Prozent. Auch wenn die KAE aus anderen Gründen nicht geleistet wird, bleibt es bei der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324 OR. Auf den ersten Blick mag diese Rechtslage ungerecht erscheinen: Arbeitnehmende, die ihr Einverständnis zur Kurzarbeit geben, müssen eine Reduktion ihres Einkommens in Kauf nehmen (80%), während diejenigen, die ihr Einverständnis nicht geben, weiterhin den vertraglich geschuldeten Lohn einfordern können. Eine nähere Betrachtung zeigt indes, dass von einer Ungerechtigkeit nicht die Rede sein kann. Die KAE hat zum Ziel, Arbeitslosigkeit zu vermeiden, und nützt demzufolge auch den Arbeitnehmenden. Wer als Arbeitnehmer auf die KAE verzichtet, riskiert die Kündigung (die 100% Lohnfortzahlung ist also nicht von langer Dauer).

[44] Zudem hat, wie weiter oben (Rz. 8) aufgezeigt wurde, der Ordnungsgeber für kleine Einkommen zumindest vorläufig die KAE auf 100% des Lohnes erhöht. Es steht einem Unternehmen selbstverständlich frei, zusammen mit den Arbeitnehmenden im Betrieb eine Lösung zu finden, dank der weniger gutverdienenden Mitarbeitenden der Lohn aus Mitteln des Betriebes weiterhin zu 100% ausgerichtet wird. Jüngstes Beispiel ist der Migros-Konzern, der in gewissen Sparten dank der Corona-Krise erhebliche Gewinne eingefahren hat und sich – wenn auch erst nach öffentlichem Druck – bereit erklärt hat, den auf Kurzarbeit gesetzten Mitarbeitenden in Bereichen, in denen die Arbeit behördlich eingeschränkt oder untersagt wurde, die Differenz zwischen der 80% KAE und dem normalen Lohn auszurichten. In anderen Betrieben zeigen sich sehr gut verdienende Mitarbeitende solidarisch zu einem teilweisen Lohnverzicht zu Gunsten der Aufstockung der KAE-Erschädigung von weniger verdienenden Mitarbeitenden bereit.<sup>88</sup> Auch sind in einer Krisensituation vertragliche Anpassungen einschliesslich Lohn- und/oder Pensenreduktionen zulässig, sofern und soweit dabei die «Spielregeln» der Änderungskündigung und allenfalls geltende einschlägige «Anpassungsvorschriften» in Gesamtarbeitsverträgen eingehalten werden.<sup>89</sup> Solche vertraglichen Anpassungen (ggf. auch nur vorübergehend) können bei Löhnen

---

<sup>87</sup> VPB 1980/44 N 16 S. 59 E. 2. Siehe auch BARBARA KUPFER BUCHER, in: Hans-Ulrich Stauffer/Basile Cardinaux (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019, Art. 37, Pflichten des Arbeitgebers.

<sup>88</sup> Prominentes Beispiel dafür ist der Fussballclub BSC Young Boys, siehe: <https://www.bscyb.ch/news?nID=11938>.

<sup>89</sup> PÄRLI (Fn. 36), Rz. 51 ff.; GABRIELA RIEMER-KAFKA, Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber, AJP 2017, S. 312 ff.; vgl. auch ANDREAS LIENHARD, Arbeitsrechtliche Herausforderungen in Krisen, AJP 2020, S. 1269 f.

über dem höchstversicherten Lohn von 148'200 Franken wohl auch aus betriebswirtschaftlicher Perspektive Sinn ergeben.

[45] Eine höchstgerichtliche Klärung der Frage, ob ein Arbeitsausfall aufgrund behördlich angeordneter Pandemiemassnahmen zum Arbeitgeberrisiko zähle und deshalb die Verzugsfolgen von Art. 324 OR eintreten, wäre wünschenswert. Entsprechende Verfahren könnten dabei auch von den Behörden der Arbeitslosenversicherung in die Wege geleitet werden, wenn sie Ansprüche versicherter Arbeitnehmenden prüfen müssen, denen die Arbeitgeberin mit der Begründung «behördlich verordnete Schliessung des Betriebes» gekündigt und den Lohn während der Kündigungsfrist nicht bezahlt hat.<sup>90</sup> Angesichts der umstrittenen Frage der Lohnzahlungspflicht liegen die Voraussetzungen von Art. 29 Abs. 1 AVIG (begründete Zweifel der Kasse, ob der Versicherte für die Zeit des Arbeitsausfalls gegenüber seinem bisherigen Arbeitgeber Lohn- oder Entschädigungsansprüche im Sinne von Art. 11 Abs. 3 hat oder ob sie erfüllt werden) vor und die Ansprüche des Versicherten gehen auf die Kasse über. Diese muss danach gegen die Arbeitgeberin vorgehen (Art. 29 Abs. 2 AVIG).

### **3.1.3. Bei Verhinderung des Arbeitnehmers**

#### **3.1.3.1. Im Allgemeinen**

[46] Art. 324a Abs. 1 OR hält fest: Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den daraus entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausgefallenen Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist. Als Ausnahme zu dieser Regelung statuiert Art. 324b OR, dass Arbeitnehmer, die obligatorisch versichert sind, gegen eine unverschuldete Arbeitsverhinderung aus Gründen, die in ihrer Person liegen, keinen Lohnfortzahlungsanspruch gemäss Art. 324a OR haben, sofern die Versicherungsleistung mind. 80% des Lohnes deckt.

[47] Bei der Corona-Erwerbsausfallentschädigung gemäss der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall handelt es sich um eine obligatorische Versicherung i.S.v. Art. 324b OR.<sup>91</sup> Das Taggeld beträgt 80% des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, jedoch höchstens 196 Franken pro Tag.<sup>92</sup> Sofern die Taggelder weniger als 80% des Lohnes betragen, hat die Arbeitgeberin diese unter den Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 1 OR auf 80% des Lohnes zu ergänzen (Art. 324b Abs. 2 OR).<sup>93</sup>

[48] In welchen einzelnen Fällen eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a OR, Art. 324b OR oder Art. 324 OR und in welchen Anspruch auf Corona-Erwerbsausfall besteht, wird in den nachfolgenden Abschnitten erläutert. Für alle Fälle gilt, dass eine Lohnfortzahlung bzw. EO-Entschädigung nur geschuldet ist, wenn die Arbeitsverhinderung nicht von den Arbeitnehmenden verschuldet ist. Ein Anwendungsfall einer durch den Arbeitnehmer verschuldeten Arbeitsverhinderung liegt vor, wenn im Zeitpunkt der Ausreise ein privates Reiseziel auf der Liste der

---

<sup>90</sup> Siehe Art. 29 AVIG.

<sup>91</sup> BLESI/HIRSIGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 46.

<sup>92</sup> Zu den Ausnahmen bei besonders gefährdeten Personen siehe oben, Rz. 14.

<sup>93</sup> BLESI/HIRSIGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 46.

Staaten und Gebiete mit erhöhtem Infektionsrisiko stand.<sup>94</sup> In diesem Fall besteht auch kein Anspruch auf EO-Entschädigung.<sup>95</sup>

[49] In Bezug auf das Verhalten in der Schweiz bzw. im Inland ist zu beachten, dass alle Personen die BAG-Empfehlungen zu Hygiene und Verhalten in der Covid-19-Epidemie zu beachten haben (Art. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage). Diese Pflicht gilt sowohl während der Arbeitszeit als auch in der Freizeit. Kann nun aber eine Covid-19-Infektion oder die Quarantäne wegen nahen Kontakten zu positiven Personen ein Verschulden hinsichtlich Art. 324a OR oder in Bezug auf die EO-Entschädigung darstellen? Angesichts der Beweisschwierigkeiten ist die Frage nach heutigem Wissensstand zu verneinen. Die Frage würde an Aktualität gewinnen, falls künftige geimpfte Personen bei nahen Kontakten nicht mehr in Quarantäne müssten, was aber heute nicht der Fall ist.<sup>96</sup>

### 3.1.3.2. Krankheit, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, Isolation und Quarantäne

[50] Begrifflich ist im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie vorab zu unterscheiden:<sup>97</sup>

- *Krank* ist, wer positiv auf Covid-19 getestet wurde und Krankheitssymptome aufweist.
- In *Isolation* ist, wer positiv auf Covid-19 getestet wurde und deshalb mind. 10 Tage zu Hause bleiben muss, auch wenn gar keine Krankheitssymptome vorliegen oder diese bereits vorher abklingen.<sup>98</sup>
- Krankheit im obgenannten Sinne hat nicht zwangsläufig eine *Arbeitsunfähigkeit* zur Folge. Eine *Covid-19-Infektion kann aber eine Arbeitsunfähigkeit* zur Folge haben.
- In *Quarantäne* ist, wer 10 Tage zu Hause bleiben muss, weil er entweder in einem engen Kontakt war mit einer Person, die positiv auf Covid-19 getestet wurde (sog. Kontaktquarantäne) oder aus einem Staat oder Gebiet mit erhöhtem Infektionsrisiko zurückkehrt (sog. Reisequarantäne). Neuerdings sollen nach dem BAG auch die Kontakte von direkten Kontaktpersonen in Quarantäne, was in einzelnen Kantonen bereits so gehandhabt wird.<sup>99</sup> Seit 8. Februar kann die zehntägige Quarantäne verkürzt werden, wenn sich die betroffene Person nach sieben Tagen testen lässt und der Test negativ ausfällt.<sup>100</sup>
- Selbstisolation und Selbstquarantäne gibt es gemäss den aktuellen Weisungen des BAG grundsätzlich nicht mehr. Wer Corona-Krankheitssymptome hat, muss sich (kostenlos) tes-

---

<sup>94</sup> <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/empfehlungen-fuer-reisende/quarantaene-einreisende.html>; eine grafische Übersicht ist zu finden auf: <https://www.covid19.admin.ch/de/international/quarantane>.

<sup>95</sup> Art. 2 Abs. 2<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, siehe auch oben, Rz.19.

<sup>96</sup> <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/haeufig-gestellte-fragen.html?faq-url=/de/impfung-%C3%A4nderung-der-massnahmen-f%C3%BCr-geimpfte-personen/muss-ich-mich-immer-noch-quarant%C3%A4neisolation>.

<sup>97</sup> <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/isolation-und-quarantaene.html>.

<sup>98</sup> Das EpG spricht in diesem Zusammenhang in Art. 35 Abs. 1 lit. b von «Absonderung», womit das gleiche gemeint ist.

<sup>99</sup> «Um die Übertragung dieser ansteckenderen neuen Virenstämme einzudämmen, werden im Kanton Bern auch die engen Kontaktpersonen dieser Kontaktpersonen (Kontakt von Kontakten) unter Quarantäne gestellt»: <https://www.besondere-lage.sites.be.ch/de/start/testen/quarantaene-isolation.html>.

<sup>100</sup> Art. 3e Covid-19-Verordnung besondere Lage; Art. 7 Abs. 4 lit. a Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des internationalen Personenverkehrs. Die Kosten für diesen Test werden vom Bund allerdings nicht übernommen.

ten lassen und sich bei einem positiven Testergebnis in Isolation begeben. Auch die Quarantäne ist grundsätzlich immer behördlich anzuordnen. Weil die kantonalen Behörden teilweise mit dem Contact-Tracing überlastet sind und Isolation und Quarantäne deshalb nicht immer behördlich angeordnet werden können, gibt es faktisch dennoch Fälle von Selbstisolation bzw. -quarantäne. Diese Fälle sind hinsichtlich des EO-Anspruchs gleich wie behördlich angeordnete Isolation oder Quarantäne zu behandeln.<sup>101</sup>

[51] In Bezug auf die Lohnfortzahlung gilt nun folgendes: Wer ohne Verschulden wegen Covid-19 arbeitsunfähig ist, hat Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR, wenn das Arbeitsverhältnis länger als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist. Die Dauer der Lohnfortzahlung richtet sich nach Art. 324a Abs. 2 OR. Hat der Arbeitnehmer eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, die 80% des Lohnes deckt, hat die Versicherung zu leisten.

[52] Für die unverschuldete Quarantäne oder Isolation ohne krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit (positiver Covid-19-Test, aber keine Krankheitssymptome) ist zu differenzieren:

- Homeoffice ist möglich und verhältnismässig i.S.v. Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage, aber die Arbeitgeberin lässt dies nicht zu: Es liegt ein Fall von Arbeitgeberverzug nach Art. 324 vor. In diesem Fall besteht ein Anspruch auf den normalen (vertraglich vereinbarten) Lohn.
- Homeoffice ist möglich, aber nur mit einer anderen (zumutbaren) Arbeit als vertraglich vereinbart:
  - Willigt der Arbeitnehmer ein, hat er Anspruch auf einen normalen Lohn.
  - Weigert sich der Arbeitnehmer, andere zumutbare Arbeit als die vertraglich vereinbarte zu erledigen, hat er keinen Lohnfortzahlungsanspruch, es liegt weder ein Fall von Art. 324 noch von Art. 324a OR vor und es besteht auch kein Anspruch auf EO-Entschädigung.
- Homeoffice ist nicht möglich: Es liegt ein Fall einer unverschuldeten Arbeitsverhinderung vor (Art. 324a OR). Weil diesfalls Anspruch auf 80%-Lohnersatz durch die EO besteht (Corona-Erwerbsentschädigung), ist Art. 324b OR einschlägig, denn es besteht Anspruch auf ein EO-Taggeld und die Arbeitgeberin ist von der Lohnfortzahlungspflicht befreit. Monatslöhne über 7'350 Franken werden von der EO jedoch nicht versichert (Taggeld höchstens 196 Franken pro Tag), weshalb die Arbeitgeberin bei solchen Löhnen die Differenz zwischen der gedeckelten EO-Entschädigung und 80% des Lohnes zu entrichten hat (Art. 324b OR) – sofern die Voraussetzungen von Art.324a erfüllt sind und bloss während der dort genannten beschränkten Zeit.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Nach den Erläuterungen des BAG besteht auch bei Selbstisolation bzw. -quarantäne ein Anspruch auf Corona-Erwerbsausfallentschädigung: <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/isolation-und-quarantaene.html#-182589559>.

<sup>102</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 48), Art. 324b N 1.



[53] Liegt schliesslich eine verschuldete Quarantäne infolge Rückkehr einer Reise aus einem Risikogebiet vor, besteht weder Anspruch auf Corona-Erwerbsersatzentschädigung<sup>103</sup> noch in der Regel auf eine Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR (da Verschulden vorliegt). Verschuldet ist die Quarantäne, wenn es sich um eine private Reise handelt, bei der das Reiseziel im Zeitpunkt der Abreise auf der Liste der Staaten und Gebiete mit erhöhtem Infektionsrisiko stand.<sup>104</sup> Da Art. 324a OR auf subjektive Verhinderungsgründe abstützt («aus Gründen, die in seiner Person liegen»), kann es Umstände geben, die doch zu einer Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin führen (wenn bspw. die Reise in ein Land mit erhöhtem Infektionsrisiko aus familiären Gründen zwingend war, etwa bei einem Todesfall).

### 3.1.3.3. Kinderbetreuung

[54] Als im Frühling 2020 die Schulen und Kindergärten geschlossen wurden, stellte sich die Frage, ob Eltern Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR haben, weil sie infolge der Erfüllung ihrer gesetzlichen Betreuungspflicht an der Arbeitsleistung verhindert waren.<sup>105</sup> Mit der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall hat diese Frage an Brisanz verloren. Art. 2 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 2 Abs. 1<sup>bis</sup> lit. a Ziff. 1 und 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall hält einen Anspruch der (beiden) Elternteile fest, die einen Erwerbsausfall erleiden infolge der Betreuung eines Kindes unter 12 Jahren in Quarantäne oder bei der angeordneten Schliessung von Kinderbetreuungseinrichtungen (namentlich Kindergarten, Kindertagesstätte, Schule). Im Zusammenhang mit dem Auftauchen des mutierten Virus werden vielerorts ganze Schulhäuser oder Schulklassen in Quarantäne geschickt, so dass die diesbezügliche EO-Entschädigung wieder an Bedeutung gewinnt.

[55] Die folgenden Fragen bedürfen einer Klärung<sup>106</sup>: Besteht ein Anspruch der Arbeitnehmenden auf den vollen Lohn während der Quarantäne ihrer (betreuungspflichtigen) Kinder? Wie verhält es sich, wenn während der Quarantäne an sich Homeoffice möglich ist? Wie ist der Anspruch auf EO-Leistungen für Kinderbetreuung während Kurzarbeit geregelt?

[56] Nach der hier vertretenen Position bewirkt die Quarantäne betreuungspflichtiger Kinder die Anwendung von Art. 324a OR.<sup>107</sup> Es besteht jedoch ein Anspruch auf EO-Entschädigung von 80% des versicherten Verdienstes. In vielen Fällen wird die Arbeitgeberin den Lohn weiterhin zu 100% ausrichten, da sich der Aufwand einer Gehaltsanpassung für die 10-tägige Quarantänedauer allenfalls gar nicht lohnt. Da es sich bei der EO-Entschädigung aber um eine obligatorische Versicherung im Sinne von Art. 324b OR handelt, ist die Arbeitgeberin nach Art. 324b OR von der Lohnfortzahlung befreit, sofern die EO-Entschädigung mindestens 80% des effektiven Lohnes ausmacht. Folglich besteht eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nur bei Löhnen

---

<sup>103</sup> Siehe Rz. 19.

<sup>104</sup> <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/empfehlungen-fuer-reisende/quarantaene-einreisende.html>.

<sup>105</sup> Für einen Anspruch: GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 1), Rz. 52; REBECCA VIONNET, Die Angehörigenbetreuung aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 7. September 2020, Rz. 64 f.; dagegen: BLESIGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 48., wonach Art. 324a OR nur gesetzliche Pflichten erfassen soll, die der Arbeitnehmer zwingend in eigener Person erfüllen muss und die Betreuung eines gesunden Kindes grundsätzlich delegierbar ist. Wie während der Schul-, Kindergarten- und teilweise Kindertagesstätten-Schliessung eine andere Betreuung organisiert werden sollte, bleibt offen, zumal die Grosseltern als Corona-Risikogruppe nicht infrage kommen.

<sup>106</sup> Für weitere praktische Fragen empfiehlt sich die Konsultation folgender Webseite: <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/eo-msv/grundlagen-und-gesetze/eo-corona.html> (Entschädigung für Eltern).

<sup>107</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 1), Rz. 52; REBECCA VIONNET, Die Angehörigenbetreuung aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 7. September 2020, Rz. 64 f.

über dem versicherten Maximum von 7'350 Franken pro Monat und lediglich in den Schranken von Art. 324a OR (siehe dazu auch oben, Rz. 52).

[57] Kann ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin während Schulschliessung oder Quarantäne des Kindes im Homeoffice die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen erfüllen, besteht kein Anspruch auf EO-Entschädigung. Wenn jedoch die Kinderbetreuung die Erfüllung der normalen Arbeitspflicht im Homeoffice ganz oder teilweise verhindert, besteht im Ausmass der verringeren Arbeitsleistung ein Anspruch auf EO-Entschädigung.<sup>108</sup> Unzulässig wäre der Bezug der EO-Leistungen, obwohl trotz Kinderbetreuung gearbeitet wurde. Sind beide Eltern erwerbstätig, können beide einen Anspruch auf Entschädigung geltend machen, jedoch wird pro «Betreuungstag» logischerweise höchstens ein Taggeld ausgerichtet (Art. 2 Abs. 6 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall).

[58] Komplex ist die Rechtslage bei Arbeitnehmenden, die von ihrem Arbeitgeber nur teilweise in Kurzarbeit geschickt werden. Wer bspw. zwei Tage pro Woche arbeitet und an drei Tagen in Kurzarbeit ist, hat einen Lohnanspruch von 100% für die zwei Tage Arbeit und einen Anspruch auf KAE von 80% für die übrigen drei Tage.<sup>109</sup> Kommt für die betreffende Person eine Betreuungspflicht für ein Kind in Quarantäne dazu, besteht ein Anspruch auf EO-Entschädigung für die Betreuung während den zwei Arbeitstagen. An den drei Kurzarbeitstagen besteht weiterhin der Anspruch auf KAE. Ein Doppelbezug KAE und EO für den gleichen Zeitraum ist ausgeschlossen.

#### **3.1.3.4. Besonders gefährdete Arbeitnehmer**

[59] Für besonders gefährdete Arbeitnehmende besteht, wie oben in Rz. 13 f. ausführlich erläutert wurde, ein Lohnfortzahlungsanspruch, wenn es nicht möglich ist, den betroffenen Arbeitnehmer gemäss der Schutzkaskade zu beschäftigen oder er die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus trotz der getroffenen Schutzmassnahmen aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachtet (Art. 27a Abs. 7 Covid-19-Verordnung 3).

#### **3.1.4. Zusammentreffen von Annahmeverzug und Verhinderung des Arbeitnehmers**

[60] Wie ist die Rechtslage, wenn Arbeitnehmende wegen Arbeitgeberverzug nach Art. 324 OR einen Lohnzahlungsanspruch haben (was nach der hier vertretenen Position auch bei behördlich angeordneten Pandemiemassnahmen der Fall ist) und gleichzeitig ein Verhinderungsgrund nach Art. 324a OR vorliegt, also bspw. eine Quarantäne? Der Annahmeverzug des Arbeitgebers kann grundsätzlich nur eintreten, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung anbietet (Art. 91 OR). Das hat zur Folge, dass bei Verhinderung des Arbeitnehmers am Erbringen der Arbeitsleistung ein Annahmeverzug der Arbeitgeberin ausgeschlossen ist. Wenn jedoch feststeht, dass die Arbeitgeberin die Arbeitsleistung auch bei Arbeitsfähigkeit nicht mehr annehmen wird, liegt trotz der Pflicht zur Anbietung der Arbeitsleistung ein Fall von Annahmeverzug vor.<sup>110</sup> Dasselbe muss gelten, wenn die Arbeitgeberin die Arbeit infolge Betriebsschliessung nicht annehmen kann. Wird

---

<sup>108</sup> So sinngemäss auch die Informationen im EO-Merkblatt Corona-Entschädigung der AHV-Informationsstellen, siehe: <https://www.ahv-iv.ch/p/6.03.d>.

<sup>109</sup> Siehe Art. 34 Abs. 1 AVIG, Anspruch auf KAE besteht im Rahmen des anrechenbaren Arbeitsausfalls, d.h., wer zwei Tage arbeitet und dafür Lohn erhält, hat an diesen zwei Tagen keinen anrechenbaren Arbeitsausfall.

<sup>110</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 50), Art. 324 N 9.

der hier vertretenen Ansicht gefolgt, dass behördliche Betriebsschliessungen in das Betriebsrisiko der Arbeitgeberin fallen, liegt diesfalls auch bei gleichzeitiger Verhinderung des Arbeitnehmers (z.B. Krankheit) ein Annahmeverzug vor. Der Lohnfortzahlungsanspruch stützt sich diesfalls auf Art. 324 OR.

### 3.2. Homeoffice<sup>111</sup> (Material- und Auslagenersatz)

[61] Nach Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage sind Arbeitgeber ab dem 18. Januar 2021 verpflichtet, Homeoffice überall dort anzuordnen, wo dies aufgrund der Art der Aktivität möglich und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar ist. Diese ausdrückliche Homeoffice-Pflicht ist vorläufig bis zum 28. Februar 2021 befristet. Der folgende Satz in Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage führt(e) zu Kontroversen<sup>112</sup>: «Für die gestützt auf diese Bestimmung angeordnete Erfüllung der Arbeitsverpflichtung von zu Hause aus sind den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern keine Auslagenentschädigungen geschuldet.»

[62] Zum richtigen Verständnis dieser Bestimmung muss etwas ausgeholt werden. Das Arbeitsvertragsrecht sieht in Art. 327 Abs. 1 OR vor, dass Arbeitgebende die Arbeitnehmenden mit den Geräten und dem *Material* auszurüsten haben, die diese zur Arbeit benötigen, sofern nichts anders verabredet oder üblich ist. Art. 327 Abs. 2 OR hält fest, dass wenn Arbeitnehmende im Einverständnis der Arbeitgeberin selbst Geräte oder Material für die Ausführung der Arbeit zu Verfügung stellen, ein angemessener Entschädigungsanspruch besteht. Auch diese Regelung ist dispositiv, d.h., es kann vertraglich etwas anderes vereinbart werden. Unter Art. 327 OR fallen insbesondere die Anschaffung und Amortisation von PC/Notebook, Drucker und Mobiltelefon. Art. 327a OR regelt den Auslagenersatz. Nach Art. 327a Abs. 1 OR sind die Arbeitgebenden verpflichtet, den Arbeitnehmenden alle durch die Ausführung der Arbeit notwendigerweise entstehenden Kosten zu ersetzen. Art. 327a Abs. 2 OR erlaubt eine pauschale Abgeltung. Unzulässig sind Abreden, wonach Arbeitnehmende die Auslagen selber zu übernehmen haben. Zu den «Auslagen» im Sinne von Art. 327a OR gehören etwa die Kosten für den Arbeitsraum, Strom, Heizung sowie Abo- und Verbindungskosten für Internet und Telefon.

[63] Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage erwähnt, dass die Arbeitnehmenden bei Homeoffice im Rahmen der vorübergehenden Homeoffice-Pflicht keine Auslagenentschädigung zu Gute haben. Das bedeutet ein Mehrfaches. Zum einen gelten die bestehenden vertraglichen Abmachungen und die betriebliche Übung für den Ersatz von Homeoffice-Kosten selbstverständlich weiter. Ziel der bundesrätlichen Verordnung ist nicht, dass für Arbeitgebende ohnehin bestehende Kostentragungspflichten aufgehoben werden. Es geht vielmehr darum, dass wegen der für beschränkte Zeit geltenden Homeoffice-Pflicht Arbeitgebenden nicht *zusätzliche Kosten* entstehen. Zum anderen ist der Begriff «Auslagenentschädigung» auf Auslagen im Sinne von Art. 327a beschränkt. Hingegen muss die Arbeitgeberin den Arbeitnehmenden weiterhin das «Material» für ihre Arbeit zu Verfügung stellen. Richtig hält deshalb das SECO auf seiner Webseite fest: «Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmenden keine Auslagenentschädigung (Stromkosten, Beiträge an Mietkosten etc.) zahlen, da es sich um eine vorübergehende Anordnung handelt. Anders

---

<sup>111</sup> Zur Thematik «Homeoffice» in Zeiten von Corona und danach wird im Jusletter vom 22. Februar 2021 ein ausführlicher Beitrag der gleichen Autoren publiziert werden.

<sup>112</sup> Zum Expertenstreit bereits im Vorfeld der Änderung vom 13. Januar 2021: <https://www.blick.ch/wirtschaft/experten-uneinig-wer-bezahlt-die-kosten-im-homeoffice-id16289845.html>.

verhält es sich, wenn Materialkosten anfallen, die auch im Büro angefallen wären und die nun die Arbeitnehmenden bezahlen müssen, wie etwa die Kosten für Druckerpatronen, Papier etc. Diese Kosten sind vom Arbeitgeber zu entschädigen».<sup>113</sup>

### 3.3. Persönlichkeits- und Gesundheitsschutz

[64] Art. 328 OR regelt den Persönlichkeits- und damit u.a. den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer: Die Arbeitgeberin hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen (Art. 328 Abs. 1 Satz 1 OR). Die Arbeitgeberin hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmer die Massnahmen zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihr billigerweise zugemutet werden kann (Art. 328 Abs. 2 OR). Kurz gesagt ist die Arbeitgeberin damit für den Gesundheitsschutz im Betrieb und am Arbeitsplatz zuständig (vgl. auch Art. 6 ArG). Sie muss die Arbeit im Betrieb so organisieren, dass die Arbeitnehmer vor einer Erkrankung am Coronavirus (und anderen Gesundheitsgefährdungen) geschützt werden. Diese Pflicht wird wie dargelegt im Covid-19-Gesetz, in der Covid-19-Verordnung 3 sowie der Covid-19-Verordnung besondere Lage konkretisiert.<sup>114</sup>

[65] Keine verbindliche Konkretisierung für die Arbeitgeberinnen stellen Empfehlungen von Vereinen dar. So hat beispielsweise Swissnoso, das nationale Zentrum für Infektionsprävention, die Empfehlung erlassen, dass unter bestimmten Umständen auch Arbeitnehmer mit einem positiven Covid-19-Test in Akutspitälern arbeiten müssen.<sup>115</sup> Diese Empfehlungen widersprechen denjenigen des BAG. Die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin gebietet, solche Situationen – akuter Personalmangel bei gleichzeitiger Gefährdung der Sicherheit der Patientinnen – mit allen möglichen Vorkehrungen zu verhindern. Eine Anwendung dieser Empfehlung dürfte nur im absoluten Ausnahmefall gerechtfertigt sein.

[66] Die Nichteinhaltung der Vorschriften zum Gesundheitsschutz bringen die Arbeitgeberin in Annahmeverzug nach Art. 324 OR: Sie hat ihren Arbeitnehmern den vollen Lohn zu bezahlen, bis die Vorschriften (wieder) eingehalten werden. Es besteht in dieser Situation auch kein Anspruch auf Corona-Erwerbsausfallentschädigung. Da die Arbeitgeberin für den Gesundheitsschutz verantwortlich ist, hat sie diesen auch zu finanzieren. Eine Abwälzung der Kosten, die z.B. durch die Beachtung des STOP-Prinzips entstehen, auf Arbeitnehmer ist nicht zulässig. Ist am Arbeitsplatz Schutzausrüstung (z.B. Gesichtsmasken) zu tragen, hat die Arbeitgeberin diese zur Verfügung zu stellen.

[67] Hinzuweisen ist erneut darauf, dass Arbeitnehmende in allen Fragen des Gesundheitsschutzes ein gesetzliches Mitwirkungsrecht haben (Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG, Art. 6 Abs. 3 ArG, Art. 6

---

<sup>113</sup> [https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/covid-19/faq\\_covid19.html](https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Arbeitnehmerschutz/covid-19/faq_covid19.html).

<sup>114</sup> Siehe Rz. 4, 11 ff.

<sup>115</sup> [https://www.swissnoso.ch/fileadmin/swissnoso/Dokumente/5\\_Forschung\\_und\\_Entwicklung/6\\_Aktuelle\\_Ereignisse/201030\\_management\\_of\\_COVID-19\\_positive\\_HCW\\_4.2\\_DE.pdf](https://www.swissnoso.ch/fileadmin/swissnoso/Dokumente/5_Forschung_und_Entwicklung/6_Aktuelle_Ereignisse/201030_management_of_COVID-19_positive_HCW_4.2_DE.pdf). Für einen Anwendungsfall in der Praxis siehe <https://www.tagblatt.ch/ostschweiz/trotz-positivem-coronatest-infizierte-pflegefachfrau-musste-zurueck-zur-arbeit-ld.1212167>.

Abs. 1 ArGV 3), also angehört werden müssen und Vorschläge unterbreiten können. Diese Mitwirkungsrechte stehen den Arbeitnehmenden und soweit vorhanden der betrieblichen Arbeitnehmervertretung zu (Art. 10 Abs. 1 lit. a MitwG). Soweit die Gesundheitsschutzbestimmungen des ArG anwendbar sind, können folglich keine Schutzkonzepte bzw. gesundheitliche Massnahmen am Arbeitsplatz zum Schutz vor Corona ohne Mitwirkung der Arbeitnehmer erarbeitet und erlassen werden.<sup>116</sup> Zu beachten sind bei der Erarbeitung und Umsetzung der Schutzmassnahmen zudem die datenschutzrechtlichen Bearbeitungs- und Aufbewahrungsgrundsätze gemäss Art. 328b OR sowie dem Datenschutzgesetz (DSG). Diesen Grundsätzen müssen auch die betrieblichen Schutzkonzepte Rechnung tragen.<sup>117</sup> Gerade um das mögliche Spannungsverhältnis von Gesundheits- und Datenschutz auszugleichen, ist der Einbezug der Arbeitnehmenden bzw. der Arbeitnehmervertretung hilfreich.<sup>118</sup>

### 3.4. Ferien<sup>119</sup>

[68] Die Corona-Epidemie hat auch erhebliche Auswirkungen auf die Handhabung der Ferienregelungen, wie sie in Art. 329 ff. OR, in GAV und Arbeitsverträgen festgelegt sind.<sup>120</sup> Probleme können sich einerseits in Branchen ergeben, in denen bedingt durch die Pandemie eine erheblich grössere Arbeitsbelastung besteht (im Gesundheitswesen, in der Logistik, Pakettransport, Detailhandel Lebensmittel) und so Betriebe (nicht zuletzt auch wegen Quarantäne bedingter Abwesenheiten) Schwierigkeiten haben, den Arbeitnehmenden die ihnen zustehenden Ferien zu gewähren. Andererseits haben Betriebe, die wegen der Pandemie vorübergehend stillgelegt sind oder mit Auftragsrückgängen zu kämpfen haben, ein Interesse daran, dass Arbeitnehmende ihre Ferien möglichst in dieser Zeitspanne beziehen und vor allem auch allfällige Ferienguthaben aus den Vorjahren abbauen. Zu Kontroversen führt(e) die Praxis in der Stadt Zürich, wonach Angestellte in Quarantäne Überstunden und aus dem Vorjahr bestehende Ferienguthaben an die Quarantäne-Zeit anzurechnen haben.<sup>121</sup> Zur Diskussion führen die Fragen des Zeitpunkts der Ferien sowie die Anordnung von «Zwangsferien». Noch wenig erörtert wurde, ob Quarantänemassnahmen zu einer Kürzung des Ferienanspruchs nach Art. 329b OR führen. Diese Frage wird sich zuspitzen, wenn Arbeitnehmende mehrere Quarantäne-Anordnungen innert eines Jahres «absitzen» müssen (und während dieser Zeit auch nicht im Homeoffice arbeiten können).

[69] Bei der Rechtslage bezüglich Ferien (in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen) sind zwei zentrale Aspekte hervorzuheben. Erstens kann die Arbeitgeberin den Zeitpunkt der Ferien be-

---

<sup>116</sup> Die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz sind nach Art. 3a ArG zusätzlich zum betrieblichen und persönlichen Geltungsbereich des ArG namentlich auch auf öffentliche Verwaltungen und Arbeitnehmer in höheren leitenden Tätigkeiten anwendbar.

<sup>117</sup> Siehe zu dieser Thematik weiterführend die Ausführungen des EDOEB: [https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell\\_news.html#1987346625](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell_news.html#1987346625).

<sup>118</sup> Zur Bedeutung des Datenschutzes in der Corona-Krise im Allgemeinen siehe BRUNO BAERISWYL, Datenschutz in der (Corona)-Krise, EuZ 2020, S. 168 ff., 168.

<sup>119</sup> Zur Frage zum Verhältnis des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung und Ferienguthaben siehe die jeweils aktuell geltenden Regelungen, die hier übersichtlich dargestellt sind: <https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html>.

<sup>120</sup> Zum Ganzen weiterführend: MATTEO QUADRANTI, Il Covid-19 e le vacanze forzate come misura anticrisi privata, NF S2/2020, S. 30 ff., 30.

<sup>121</sup> Siehe dazu [https://www.gemeinderat-zuerich.ch/Geschaefte/detailansicht-geschaeft/Dokument/31b193e2-a845-44d8-a542-0639305ff630/2020\\_0558.pdf](https://www.gemeinderat-zuerich.ch/Geschaefte/detailansicht-geschaeft/Dokument/31b193e2-a845-44d8-a542-0639305ff630/2020_0558.pdf).

stimmen, sie hat dabei aber auf die Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen, soweit dies mit den Interessen des Betriebes zu vereinbaren ist (Art. 329c Abs. 2 OR). Nach der Praxis in «normalen» Zeiten gilt dabei eine Ankündigungsfrist für «angeordnete» Ferien von drei Monaten.<sup>122</sup> Zweitens besteht der Ferienzweck in der Erholung; Arbeitnehmende sollen sich nach vergangener Arbeitsleistung entspannen und für zukünftige Arbeitsleistung stärken.<sup>123</sup> Erkrankten Arbeitnehmende während der Ferien, wird der Ferienzweck vereitelt und die Ferien können nachbezogen werden.<sup>124</sup> Der Erholungszweck der Ferien steht denn auch der Abgeltung des Ferienanspruches durch eine Geldleistung entgegen (Art. 329d Abs. 2 OR).

[70] Die genannten Regeln behalten grundsätzlich auch in der Corona-Krise ihre Bedeutung. Auch Betriebe mit Corona bedingter erheblich grösserer Arbeitsbelastung sind gehalten, den Arbeitnehmenden die ihnen zustehenden Ferien zu gewähren. Es ist soweit betrieblich möglich zu vermeiden, dass sich nicht bezogene Ferien anhäufen. Bezüglich des Zeitpunkts der Ferien kann je nach Umständen von der für normale Zeiten geltenden Ankündigungsfrist von drei Monaten abgewichen werden, das gilt insbesondere in Betrieben mit einem Beschäftigungsrückgang. Eine sehr kurzfristige Anordnung ist aber nicht zulässig, da ansonsten der Ferienzweck vereitelt wird.

[71] Der Ferienzweck sowie die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Wünsche der Arbeitnehmenden bei der Anordnung stehen der einseitigen Anordnung «Ferienbezug statt Quarantäne» (siehe die unseres Erachtens unzulässige Regelung in der Stadt Zürich<sup>125</sup>) entgegen. Diese Lösung ist umso mehr zu rechtfertigen, weil während der (unverschuldeten) Quarantäne und Unmöglichkeit von Homeoffice ein Anspruch auf EO-Entschädigung besteht. Mit anderen Worten: In aller Regel vereitelt eine Quarantäne den Ferienzweck. Das gilt auch dann, wenn während laufenden Ferien eine Quarantäne angeordnet wird. In diesem Fall wird der Ferienbezug um die Dauer der Quarantäne unterbrochen. Wenn jedoch im konkreten Fall während der Quarantäne Homeoffice möglich ist, ist die Situation komplexer: Die Quarantäne steht in diesem Fall der Ferienfähigkeit, nicht aber der Arbeitsfähigkeit entgegen. Wenn die betroffene Person die Ferien ohnehin zu Hause verbracht hätte und einverstanden ist, dass die Ferien auch während der Quarantäne weiterlaufen sollen, spricht nichts dagegen, dass diesfalls trotz Quarantäne die Ferien weiterlaufen, also keine Arbeitspflicht im Homeoffice besteht und folglich auch kein EO-Anspruch geltend gemacht wird. Unzulässig wäre indes, wenn während der Quarantäne Ferien bezogen werden (wenn auch im Einverständnis des Arbeitnehmers) und gleichzeitig EO-Taggelder beansprucht würden. Bezieht der Arbeitnehmer Ferien, während der Betrieb *Kurzarbeitszeitentschädigung* erhält, so reduziert sich sein versicherter Arbeitsausfall, resp. die Arbeitgeberin muss für die Ferien den vollen Lohn bezahlen und kann für diese bezogenen Ferientage keine KAE geltend machen. Eine Pflicht, Ferien während der Kurzarbeit anzuordnen oder zu beziehen, besteht jedoch nicht.<sup>126</sup>

[72] Seit März 2020 ist die Pflicht, Mehrstunden vor dem Bezug von Kurzarbeit abzubauen (Art. 46 Abs. 4 und 5 AVIV) aufgehoben, vorerst bis am 31. März 2021.<sup>127</sup> Davon betroffen sind alle Mehrstunden, die vor oder in den Abrechnungsperioden März 2020 bis März 2021 entstanden sind.

---

<sup>122</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 4. Auflage, 2018, Rz. 503.

<sup>123</sup> MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, *Berner Kommentar*, Art. 329c N 1.

<sup>124</sup> Urteil des BGer 4A\_117/2007 vom 13. September 2007, E. 6.3 (Massgebend ist jeweils, ob der Zustand des Arbeitnehmers der Erholung entgegensteht oder nicht).

<sup>125</sup> Vgl. Fn. 121.

<sup>126</sup> Siehe zum Ganzen SUTER-SIEBER (Fn. 36), S. 15 ff.

<sup>127</sup> Ins ordentliche Recht überführt in AS 2020 3611 6449.

Diese Mehrstunden, u.a. die Überstunden, können im Einverständnis zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer zu einem beliebigen Zeitpunkt kompensiert werden, d.h. auch zur «Verlängerung» von Ferien. Nicht zulässig ist dagegen eine arbeitgeberseitige Anordnung der Kompensation von Überstunden- und Ferienguthaben.<sup>128</sup>

## **4. Pflichten des Arbeitnehmers**

### **4.1. Arbeitspflicht**

[73] Es gilt der Grundsatz «Ohne Arbeit kein Lohn», sofern nicht die Voraussetzungen von Art. 324a/b OR (siehe Rz. 46 ff.) oder Art. 324 OR (siehe Rz. 30 ff.) vorliegen. Kein Lohnanspruch besteht folglich, wenn sich ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin, dessen/deren Tätigkeit nicht im Homeoffice möglich ist und dessen/deren Arbeitgeber sämtliche Gesundheitsvorschriften einhält, wegen allgemeiner Befürchtungen einer Covid-19-Ansteckung weigert, die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung im Betrieb zu erbringen.

### **4.2. Weisungsbefolungs- und Treuepflicht**

#### **4.2.1. Allgemeines**

[74] Aktuell (seit dem 18. Januar und bis vorläufig 28. Februar 2021) ist Homeoffice (wo aus betrieblichen Gründen möglich) kraft behördlicher Anordnung eine öffentlich-rechtliche Pflicht. Unabhängig von dieser besonderen Lage stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin Homeoffice einseitig anordnen darf. Soweit im Arbeitsvertrag nichts anderes vereinbart wurde, ist der übliche Arbeitsort in einem Arbeitsverhältnis der Betrieb. In «normalen» Zeiten bedarf eine mehr als nur ein paar Tage dauernde Änderung des Arbeitsorts der Zustimmung der Vertragsparteien. Gestützt auf die Treuepflicht (Art. 321a OR) sind jedoch Arbeitnehmende verpflichtet, in besonderen Situationen wie der aktuellen Corona-Krise einer Weisung «Homeoffice» Folge zu leisten. Zulässig sind vor diesem Hintergrund auch betriebliche Regelungen, wer wann und mit welcher Legitimation die Gebäude und Arbeitsräumlichkeiten betreten werden darf. Wie beim Weisungsrecht im Allgemeinen darf die Arbeitgeberin auch hier keine schikanierenden, rechtswidrigen oder das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmenden verletzenden Weisungen erteilen.

[75] Fraglich ist, ob das arbeitsvertragliche Weisungsrecht eine ausreichende Grundlage für die Anordnung eines Covid-19-Tests und/oder einer Covid-19-Impfung bildet. Diese Fragen können nicht verallgemeinernd beantwortet werden.

#### **4.2.2. Covid-19-Test auf Anordnung der Arbeitgeberin**

[76] In der Praxis sind regelmässige Covid-19-Tests von Arbeitnehmenden bereits in einigen Branchen üblich. So werden Berufssportler/innen regelmässig getestet.<sup>129</sup> Auch im Rahmen von

---

<sup>128</sup> Siehe auch Rz. 82.

<sup>129</sup> So verlangte bsw. die Swiss Football League von ihren 20 Klubs zu Jahresbeginn bei der Wiederaufnahme der Trainings kollektive Covid-19-Tests, siehe: <https://www.sfl.ch/superleague/uefa-wettbewerbe/news/artikel/>

Filmproduktionen sind Covid-19-Tests auf Anordnung möglich.<sup>130</sup> Diese Tests bilden Bestandteil der branchen- und betriebsbezogenen Covid-19-Schutzkonzepte und bilden Voraussetzung der Ausübung der fraglichen Tätigkeiten (bzw. Spitzensport). Lässt sich aber diese Praxis auch rechtliche begründen und könnten Covid-19-Tests auch für Arbeitnehmende anderer Branchen einseitig durch die Arbeitgeberin angeordnet werden? Die Antwort fällt – wenig überraschend – differenziert aus.

[77] Vorab ist ein allfälliges Missverständnis auszuräumen. Covid-19-Tests können beim Auftreten sogenannter «Corona-Hotspots», bspw. in einem Hotel, verbindlich angeordnet werden. Die anordnende Stelle ist aber in solchen Fällen nicht die Arbeitgeberin, sondern die zuständige kantonale Stelle gestützt auf Art. 36 EPG. Eine Anordnung der Arbeitgeberin für präventive Covid-19-Tests kann zudem Bestandteil des auf behördliche Anordnung zu erstellenden Schutzkonzeptes sein. In solchen Fällen ist die Weisung zur Vornahme eines Covid-19-Tests zumindest mittelbar ebenfalls öffentlich legitimiert (Beispiele im Sport, siehe vorangehende Randziffer). Eine Weisung der Arbeitgebenden an die Arbeitnehmenden, einen Covid-19-Test zu machen, ist zulässig, sofern und soweit der Test integraler und erforderlicher Bestandteil des Schutzkonzeptes bildet. Auch zulässig ist ein Test auf Geheiss der Arbeitgeberin, wenn im Rahmen einer Dienstreise in ein bestimmtes Land ein Nachweis eines negativen Testergebnisses erforderlich ist. Eine Test-Anordnung der Arbeitgeberin erfordert also in jedem Fall den Nachweis eines überwiegenden Interesses der Arbeitgeberin. Ein solches kann auch im Schutz anderer Mitarbeitenden oder Kunden und Kundinnen bestehen. Sofern und soweit im konkreten Fall Klarheit über den Covid-19-Status eines Mitarbeiters erforderlich ist, wäre eine Anordnung zum Test durch die Arbeitgeberin zulässig. Absolut unzulässig ist ein Zwangstest, d.h., die Arbeitgeberin darf nicht gegen den Willen der Person einen Test durchführen, auch nicht der betriebseigene ärztliche Dienst. Ist die Anordnung des Testes aber rechters und weigert sich der Arbeitnehmer, ohne dass für die Weigerung der Arbeitgeberinteressen überwiegende Gründe vorliegen, dann kann der Arbeitgeber Sanktionen ergreifen, als ultima ratio ist auch eine Kündigung zulässig.

[78] Zulässig und aus epidemiologischer Sicht auch wünschenswert ist, wenn die Verantwortlichen in Betrieben zusammen mit der Arbeitnehmervertretung und den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften sowie unterstützt von den regionalen Gesundheitsbehörden auf die Testbereitschaft der Mitarbeitenden hinwirken und grossflächig regelmässige Covid-19-Tests auf freiwilliger Basis durchführen. In der Sprache zeitgemässer und auf der Lernfähigkeit der Individuen basierenden Public-Health-Ansätzen kann so dem Postulat «Aus Betroffenen Beteiligte machen» Nachahmung verschafft werden.<sup>131</sup> Wichtig ist bei solchen Ansätzen das Vertrauen der Beteiligten darauf, dass sich wegen eines allfälligen positiven Covid-19-Tests keine Nachteile ergeben.<sup>132</sup>

---

erfreuliche-ergebnisse-der-covid-19-tests/. Auch das Schutzkonzept für den Eishockey-Betrieb sieht verpflichtend Covid-19-Tests vor: [https://www.sihf.ch/media/18910/pp\\_rahmen-schutzkonzept\\_spielbetrieb\\_11\\_d.pdf](https://www.sihf.ch/media/18910/pp_rahmen-schutzkonzept_spielbetrieb_11_d.pdf).

<sup>130</sup> Siehe Informationsblatt «Verhalten bei Auftreten von Covid-19-Symptomen»: <https://www.swissfilm.org/content/1-covid-19/6-verhalten-beim-auftreten-von-covid-19-symptomen.pdf>.

<sup>131</sup> Solche Ansätze werden aktuell diskutiert: <https://www.respect.at/site/de/news/artikel/article/7639.html>.

<sup>132</sup> Hier kann auf die Erfahrungen im Umfang mit der HIV/Aids-Epidemie verwiesen werden, siehe dazu <https://www.hivlaw.ch/diskriminierungsschutz/> und <https://www.humanrights.ch/de/ipf/menschenrechte/aussenpolitik/dossier/hiv-aids-bekaempfung/>.



#### 4.2.3. Impfen auf Geheiss der Arbeitgeberin

[79] Die Frage der Zulässigkeit einer von der *Arbeitgeberin angeordneten Impfpflicht* wird an Bedeutung zunehmen, wenn sich die Impfung als effizientes Mittel im Kampf gegen die weitere Verbreitung des Corona-Virus und als wirksamer individueller Schutz gegen Krankheit erweisen sollte.<sup>133</sup> Eine Impfung berührt Grundrechte des Individuums und die privatrechtlich geschützte Persönlichkeit (Art. 28 ZGB). Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis ist eine Impfung auf Geheiss der Arbeitgeberin deshalb im Lichte von Art. 328 OR zu beurteilen.<sup>134</sup> Das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmenden bildet auch eine Schranke gegenüber dem Weisungsrecht der Arbeitgeberin, das sich im Kontext von Massnahmen des Gesundheitsschutzes über Art. 321d OR hinaus auch auf Art. 11 Abs. 1 der Verordnung über die Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten stützt. Die SUVA und das SECO halten in einem Informationsblatt «FAQs Pandemie und Betriebe» fest: «Kann der Betrieb seine Angestellten zu einer Grippeimpfung zwingen? Nein, in der Schweiz gibt es keinen Impfzwang. Eine Zwangsimpfung auf Anordnung des Arbeitgebers dürfte auch im Falle einer Pandemie nicht durchsetzbar sein.»<sup>135</sup> Sollte sich in naher Zukunft die Covid-19-Impfung etabliert haben, dürfte eine Impfung auf Anordnung von Arbeitnehmenden, die bei der Ausübung in engem Kontakt zu gefährdeten Personen stehen, dann zulässig sein, wenn der Schutz der gefährdeten Personen nicht mit anderen Mitteln zu realisieren ist und zudem bei den betreffenden Arbeitnehmenden keine medizinischen Kontraindikationen gegen die Impfung vorliegen.<sup>136</sup>

[80] Bemerkenswert ist, dass nach Art. 27a Abs. 10 Covid-19-Verordnung 3 diejenigen als besonders gefährdete Personen gelten, die nicht gegen Covid-19 geimpft sind und insbesondere keine der in Satz 2 aufgezählten Erkrankungen aufweisen. Geimpfte Arbeitnehmende verlieren demnach den Sonderstatus «besonders schützenswert». Zu präzisieren ist, dass der besondere Schutz für diese vulnerablen Arbeitnehmenden zeitlich befristet ist und bis Ende Februar 2021 angesichts der Priorisierung älterer Menschen ohnehin kaum genügend Impfstoff für Menschen im erwerbsfähigem Alter vorhanden sein wird. Dennoch liegt eine Frage auf der Hand: Könnte eine Arbeitgeberin mit dem Ziel, sich ihrer Verpflichtungen nach Art. 27a Covid-19-Verordnung 3 zu entledigen, von besonders gefährdeten Arbeitnehmenden eine Impfung verlangen? Nach der hier vertretenen Position gehen in einem solchen Fall in der Regel die Persönlichkeitsinteressen der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers den rein wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeberin vor.<sup>137</sup>

---

<sup>133</sup> Bislang haben sich Arbeitsrechts- und Datenschutzexponenten erst in den Medien zum Thema «Covid-19-Impfung auf Geheiss der Arbeitgeberin» geäussert. Eine Zusammenstellung relevanter Stellungnahmen findet sich hier: <https://juristenfutter.ch/tag/edoeb/>.

<sup>134</sup> JULIA HUG/KURT PÄRLI, Impfzwang in Gesundheitsbetrieben des Privatrechts, *Pflegerecht*, S. 165–173. Zur Rechtslage im öffentlichen Personalrecht siehe: THOMAS GÄCHTER/MARIANNE KAUFMANN, Impfpflicht für Gesundheitspersonal, Auswirkungen des neuen Epidemiengesetzes, *Pflegerecht* 4/2013, S. 213–217.

<sup>135</sup> Nachweis bei: MAYA SHAHA/STÉPHANIE PERRENOUD/SIMONE ROMAGNOLI, Grippeimpfung – eine moralisch-ethische Verpflichtung für Pflegefachpersonen?, *Pflegerecht* 2017 S. 15 ff., 27.

<sup>136</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 50), Art. 328 N 15b.

<sup>137</sup> So auch SHAHA/PERRENOUD/ROMAGNOLI (Fn 134), S. 28 f.

### 4.3. Pflicht zu Überstunden

[81] Nach Art. 321c Abs. 1 OR sind Arbeitnehmende zum Leisten von Überstunden verpflichtet, soweit dies zumutbar ist. In den Branchen und Betrieben, die wegen der Pandemie mehr zu tun haben als üblich und diese Mehrbelastung zumindest kurzfristig nicht durch die zusätzliche Anstellung von Personal bewältigen können, ist die Anordnung von Überstunden zulässig. Schranke bilden die Arbeitszeitvorschriften des ArG, die auch bei Homeoffice einzuhalten sind.

[82] Von der Anordnung der Überstunden zu unterscheiden ist die Frage der Kompensation und Abgeltung. Art. 321c Abs. 2 OR hält fest, dass geleistete Überstunden im Einverständnis des Arbeitnehmers zu kompensieren sind und Art. 321c Abs. 3 OR sieht vor, dass falls die Kompensation (mit Einverständnis des Arbeitnehmers) nicht möglich ist und nichts anderes verabredet ist, auf den Überstunden ein Zuschlag von 25% geschuldet ist. Für die Kompensation ist eine Einigung über den genauen Zeitpunkt und deren Dauer nötig. Das gilt auch für eine Kompensation von Überstunden im Rahmen einer Quarantäne. Gibt der Arbeitnehmer dafür seine Zustimmung nicht, ist dies nicht rechtsmissbräuchlich. Eine Weigerung, Überstunden während einer Zeit zu kompensieren, in der es ihm unter Strafanordnung verboten ist, sich ausserhalb seiner eigenen vier Wände aufzuhalten, stellt klar keinen Rechtsmissbrauch dar. Die Einwilligung des Arbeitnehmers ist durch die Arbeitgeberin zu beweisen. Zulässig ist es, vertraglich zu vereinbaren, dass eine Pflicht zur Kompensation (durch Freizeit) besteht.<sup>138</sup>

## 5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 5.1. Sachlicher Kündigungsschutz

[83] Der Grundsatz der Kündigungsfreiheit wird durch die Coronavirus-Krise nicht verändert. Dies bedeutet, dass die Arbeitgeberin auch während der Krise Kündigungen aussprechen kann und es in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen für die Gültigkeit einer Kündigung keinen sachlichen Grund braucht. Eine Kündigung ist aber missbräuchlich, wenn sie wegen einem der aufgezählten Missbrauchstatbestände in Art. 336 Abs. 1 und 2 OR ausgesprochen wird. Die Aufzählung ist nicht abschliessend.<sup>139</sup> Trotz der Missbräuchlichkeit ist die Kündigung gültig, geschuldet ist eine Entschädigung in der Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen (Art. 336a Abs. 2 OR). Kommt es zu vielen Kündigungen in kurzer Zeit, sind auch die Vorschriften zur Massentlassung (Art. 335d ff. OR) zu beachten. Auch die Verpflichtung zum Sozialplan (Art. 335h ff. OR) behaltet in Krisenzeiten ihre Geltung. Kommt es zu Umstrukturierungen in Folge der Krise, müssen wie üblich die Bestimmungen zum Betriebsübergang (Art. 333, 333a, 333b OR) eingehalten werden. Nachfolgend soll der Fokus auf die folgenden Fallkonstellationen möglicher missbräuchlicher Kündigungen gelegt werden:

- Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen und Änderungskündigungen;
- Kündigungen im Zusammenhang mit betrieblichen Schutzmassnahmen und mit dem Gesundheitszustand der Mitarbeitenden;
- Kündigungen im Zusammenhang mit Quarantäne und Isolation;

---

<sup>138</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 48), Art. 321c N 13.

<sup>139</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 50), Art. 336 N 3.

[84] Angesichts der gravierenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten vieler Unternehmen als Folge der Corona-Krise werden zahlreiche Kündigungen primär aus wirtschaftlichen Gründen ausgesprochen werden. Allenfalls wird vorgängig eine Anpassung der Arbeitsbedingungen (gegen unten) als Alternative zur Kündigung geprüft, was in den Themenkomplex der Änderungskündigungen gehört. Eine Änderungskündigung ist zulässig, kann aber nach Rechtsprechung und Lehre missbräuchlich sein. Eine Änderungskündigung, mit der Vertragsverschlechterungen ohne Einhaltung der Kündigungsfrist durchgesetzt werden sollen oder bei Änderungen, die gegen zwingende Normen, Art. 27 Abs. 2 ZGB oder eine zwingende GAV-Bestimmung verstossen, ist missbräuchlich.<sup>140</sup> Das Bundesgericht hat in BGE 123 III 246 entschieden, dass eine Änderungskündigung ohne Vorliegen betrieblicher oder wirtschaftlicher Gründe ebenfalls missbräuchlich sei.<sup>141</sup> Diese Schranken gilt es auch in Corona-Krisenzeiten zu beachten.

[85] In der Lehre wird eine ordentliche oder Änderungskündigung *aus wirtschaftlichen Gründen*, die im Zusammenhang mit der Coronakrise stehen, als grundsätzlich nicht missbräuchlich betrachtet.<sup>142</sup> Dem kann nicht vollumfänglich zugestimmt werden. Zu bedenken ist, dass die staatlichen Unterstützungsmassnahmen für die von der Krise betroffenen Unternehmen und die massiven Erleichterungen hinsichtlich der Bezugsberechtigung von Kurzarbeitsentschädigungen die Frage der Missbräuchlichkeit einer Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen in einem neuen Licht erscheinen lassen. Erwähnung verdient etwa das in Art. 6 lit. a Ziff. 1 Covid-19-Härtefallverordnung verankerte dreijährige Dividendenverbot.<sup>143</sup> Damit soll offensichtlich eine angemessene Balance zwischen den Kapitalinteressen und der Erhaltung von Arbeitsplätzen erreicht werden.

[86] Soweit ein Unternehmen Kündigungen ausspricht, ohne es vorerst mit der Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung versucht zu haben, Entlassungen zu vermeiden, ist eine Missbräuchlichkeit einer Kündigung zumindest nicht ausgeschlossen. Falls betriebswirtschaftliche Gründe den Schluss zulassen, die Entlassungen wären trotz Kurzarbeitsentschädigungen unumgänglich, liegt keine Missbräuchlichkeit vor. Auch nicht missbräuchlich ist die Kündigung von Arbeitnehmenden, die ihre Zustimmung zur Kurzarbeitsentschädigung (und der damit verbundenen Lohnreduktion) nicht erteilten (siehe dazu schon oben, Rz. 42 f.). Missbräuchlich könnte das Argument «wirtschaftliche Gründe» dann sein, wenn ein Unternehmen gleichzeitig weiterhin exorbitante Vergütungen an das Management und die Verwaltungsräte/innen ausrichtet. Mit diesen Aussagen soll keineswegs die These in den Raum gestellt werden, dass solche Praktiken in zahlreichen Unternehmen vorkommen würden. Die Missbräuchlichkeit einer Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen sollte von den Gerichten deshalb auch nur, aber dann schon, in stossenden Fällen ausgesprochen werden. Das entspricht auch dem Pönalisierungskonzept von Art. 336 OR.

[87] Den Unternehmen wurden in der Corona-Krise zahlreiche Vorschriften zum Gesundheitsschutz auferlegt. In der Pflicht stehen auch die Arbeitnehmenden. Sie müssen sich an die Vor-

---

<sup>140</sup> BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 48), Art. 336, N 30b; THOMAS GEISER, Die Änderungskündigung im schweizerischen Arbeitsrecht, AJP 1999, S. 60.

<sup>141</sup> Das Urteil wird in weiten Teilen der Lehre kritisch aufgenommen, da die Kündigungsfreiheit massiv beeinträchtigt wird, siehe mit Nachweisen der Stimmen in der Lehre: MARINE SCHWIZER, Arbeitsrechtliche Fragen bei der Sanierung des Arbeitgebers, Zürich/St. Gallen 2020, S. 60 f.

<sup>142</sup> BLES/HIRSIGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 66; DUNAND/WYLER (Fn. 57), S. 30.

<sup>143</sup> Ein Dividendenverbot bei Firmen mit Kurzarbeitsentschädigung scheiterte am Willen des Gesetzgebers, siehe <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20203164>.

schriften und entsprechenden Weisungen der Arbeitgeberin halten. Eine Kündigung der Arbeitsverträge von Arbeitnehmenden, die sich nicht an diese Regelungen halten, ist klar nicht missbräuchlich. Anders verhält es sich, wenn Arbeitnehmende die Kündigung erhalten, weil sie (in «anständiger» Art und Weise) auf die Einhaltung von Gesundheitsvorschriften bestanden haben. Diesfalls liegt eine missbräuchliche Rache Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. d OR) vor. Das betrifft selbstverständlich auch, aber nicht nur, besonders gefährdete Arbeitnehmende, die auf die Wahrnehmung der von der Arbeitgeberin geforderten erhöhten Fürsorgepflicht bestehen. Ebenfalls missbräuchlich nach Art. 336 Abs. 1 lit. d OR sind Kündigungen von Arbeitnehmenden wegen deren Forderungen nach Homeoffice (soweit betrieblich möglich). Auch eine Kündigung, nachdem ein Arbeitnehmer das Arbeitsinspektorat über Verfehlungen des Betriebes in Sachen Gesundheitsschutz informiert hat, ist missbräuchlich (sofern die Meldung nach Treu und Glauben vertretbar war).

[88] In der Regel missbräuchlich sind ferner Kündigungen von Arbeitnehmenden, weil sie in Quarantäne oder sich isolieren mussten. Nach der hier vertretenen Position sind solche Kündigungen aber ohnehin nichtig, so dass sich die Missbrauchsfrage nicht stellt.

[89] Die Frage einer missbräuchlichen Kündigung stellt sich schliesslich, wenn ein Arbeitnehmer ein verfassungsmässiges Recht ausübt, es sei denn, die Rechtsausübung verletze eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis oder beeinträchtige wesentlich die Zusammenarbeit im Betrieb (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR). Bekannt wurde der Fall eines Mitarbeiters eines Pharmaunternehmens, der nach der Organisation von Demonstrationen gegen die Corona-Massnahmen entlassen wurde.<sup>144</sup> Eine solche Kündigung aufgrund politischer Aktivitäten ist *vermutungsweise* missbräuchlich, wobei die Arbeitgeberin sich auf die genannten Rechtfertigungsgründe in Art. 336 Abs. 1 lit. b OR berufen kann. Eine erhöhte Treuepflicht besteht dabei für Kaderangehörige sowie Arbeitnehmende, die ein Unternehmen öffentlich repräsentieren.<sup>145</sup> Besondere Treuepflichten treffen auch Mitarbeitende in Tendenzbetrieben (Institutionen mit ideellen Zielsetzungen), insbesondere diejenigen Arbeitnehmenden, die als Tendenzträger/innen zu bezeichnen sind. Ein Unternehmen mit wirtschaftlichen Zielen kann sich jedoch nicht auf die erhöhte Treuepflicht für Tendenzbetriebe berufen.<sup>146</sup>

## 5.2. Zeitlicher Kündigungsschutz

### 5.2.1. Im Allgemeinen

[90] Das Gesetz sieht für die *Kündigung durch die Arbeitgeberin* vier Sperrzeiten vor (Art. 336c Abs. 1 OR): Leistung von Militär-, Schutz- oder Zivildienst, Dienste für eine behördliche Hilfsaktion im Ausland, unverschuldete Arbeitsverhinderung durch Krankheit oder Unfall und Schwangerschaft der Arbeitnehmerin.

---

<sup>144</sup> <https://www.20min.ch/story/pharma-spezialist-organisiert-anti-corona-demos-und-wird-gefeuert-711439957052>.

<sup>145</sup> STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 50), Art. 366 N 6; nach den Angaben in Fn. 143 arbeitete der Mitarbeiter im Aussendienst und hatte regelmässig Kontakt mit Ärztinnen und Kunden, was grundsätzlich für eine Repräsentationsfunktion spricht.

<sup>146</sup> Siehe zum Thema: KURT PÄRLI/LUCA VECCHI, «Der Tendenzbetrieb: Herkunft, Bedeutung und Zukunft eines Begriffs», in Müller/Rudolph/Schnyder/von Kaenel, Waas (Hrsg.) Festschrift für Wolfgang Portmann; Zürich/Basel/Genf: Schulthess, S. 601–621.

[91] Zweck des zeitlichen Kündigungsschutzes nach Art. 336c OR ist es, dem Arbeitnehmer die Stelle zu erhalten, solange er verhindert ist, nach einem neuen Arbeitsplatz zu suchen.<sup>147</sup> Der zeitliche Kündigungsschutz kommt erst nach Ablauf der Probezeit zur Anwendung. Nicht vorgesehen ist ein zeitlicher Kündigungsschutz beim Arbeitgeberverzug i.S.v. Art. 324 OR. Die Arbeitgeberin kann folglich trotz ihres Annahmeverzuges kündigen, ausser es liege gleichzeitig eine in Art. 336 Abs. 1 OR aufgezählte Arbeitsverhinderung (z.B. Krankheit oder Schwangerschaft) vor.<sup>148</sup>

### 5.2.2. Sperrfrist bei Covid-Erkrankung und bei Quarantäne

[92] Kündigungen, die während der Sperrfristen nach Art. 336c OR ausgesprochen werden, sind nichtig. Somit sind Arbeitnehmende, die an Covid-19 erkrankt und deswegen arbeitsunfähig sind, vor Kündigung für eine beschränkte Zeit geschützt (je nach Anzahl Dienstjahren zwischen 30 und 180 Tagen). Dieser zeitliche Kündigungsschutz gilt erst nach Ablauf der Probezeit (Art. 336c Abs. 1 OR).

[93] Umstritten ist, ob der Kündigungsschutz nach Art. 336c OR auch bei Quarantäne-Fällen gilt. Ein Teil der Lehre bejaht dies mit der Begründung, ein Zusammenhang zwischen dem Gesundheitszustand (tatsächliche oder mögliche Ansteckung) und Arbeitsunfähigkeit (Quarantäne) liege vor.<sup>149</sup> Andere Stimmen vertreten hingegen die Auffassung, ein Sperrfristenschutz sei nicht erforderlich, da die Stellensuche von Arbeitnehmern in Quarantäne nicht beeinträchtigt sei.<sup>150</sup> Ungeachtet dieser Streitfrage gilt: Eine Kündigung wegen Quarantäne ist in der Regel im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a und d OR missbräuchlich.<sup>151</sup>

[94] Nach hier vertretener Ansicht ist ein Kündigungsschutz bei Quarantäne *im Interesse der öffentlichen Gesundheit* zu bejahen. Es ist deshalb von grösster Bedeutung, dass sich Arbeitnehmer ohne Furcht vor einer Kündigung bei geringster Indikation testen lassen und sich bei Bedarf isolieren bzw. in Quarantäne begeben. Auch die Benutzung der Covid-19-App muss möglichst erleichtert werden. Der zeitliche Kündigungsschutz ist zumindest während der unverschuldeten Quarantäne sinnvoll. Im Interesse der Rechtssicherheit ist der Gesetzgeber aufgerufen, im Rahmen der im Nachgang zur Corona-Pandemie notwendigen Diskussion über die Tauglichkeit des bestehenden rechtlichen Instrumentariums folgende Ergänzung in Art. 336c OR vorzunehmen:

Art. 336c

2. Kündigung zur Unzeit

a. durch den Arbeitgeber

1 Nach Ablauf der Probezeit darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis nicht kündigen:

a. während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;

---

<sup>147</sup> BGE 124 III 346 E. 1; 115 V 437, E. 3b; 109 II 330, E. 2b.

<sup>148</sup> GEISER (Fn. 52), S. 551.

<sup>149</sup> GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 1), Rz. 72; GEISER (Fn. 52), S. 548.

<sup>150</sup> BLESİ/HIRSIGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 73; DUNAND/WYLER (Fn. 57), S. 31 f.

<sup>151</sup> So auch DUNAND/WYLER (Fn. 57), S. 31 f.

*a*<sup>bis</sup> (neu). Während einer auf das Epidemien-gesetz gestützten behördlichen individuellen Massnahme.

b. (...)

c. (...)

d. (...).

### 5.2.3. Für besonders gefährdete Arbeitnehmer

[95] Ebenfalls umstritten ist, ob für besonders gefährdete Arbeitnehmer ein zeitlicher Kündigungsschutz i.S.v. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR besteht. Nach der einen Meinung besteht kein solcher, weil im Unterschied zu einer Arbeitsverhinderung infolge einer Krankheit oder eines Unfalls die präventive Arbeitsverhinderung gerade nicht mit den klassischen Unsicherheiten über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit behaftet ist.<sup>152</sup> Ein neuer Arbeitgeber hat eine arbeitsfähige Person vor sich und kann offenen Auges entscheiden, ob er sie unter den bekannten Auflagen einstellen will oder nicht. Ein Sperrfristenschutz ist deshalb, ähnlich wie bei der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit, abzulehnen.<sup>153</sup> Nach anderer Meinung muss im Fall, dass ein besonders gefährdeter Arbeitnehmer von seinem Ablehnungsrecht nach Art. 27a Abs. 7 Covid-19-Verordnung 3 Gebrauch macht.<sup>154</sup> Es muss diesfalls differenziert werden, ob sich die besonderen Gründe für eine zu hohe Gefahr einer Ansteckung nur auf das bestehende Arbeitsverhältnis beziehen oder eine generelle Arbeitsverhinderung bewirken. Im ersten Fall ist nach den Regeln bezüglich einer arbeitsplatzbezogenen Arbeitsplatzunfähigkeit ein Sperrfristenschutz zu verneinen, im zweiten Fall ist er zu bejahen.<sup>155</sup>

[96] Nach der anderen Meinung besteht für alle besonders gefährdeten Arbeitnehmer ein Sperrfristenschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.<sup>156</sup> Ratio legis der Sperrfristenregelung ist erstens der Schutz des Arbeitnehmers vor dem Verlust seines Arbeitsplatzes in Zeiten, in denen er regelmässig keine Chance bei der Stellensuche hat, weil er von einer Arbeitgeberin in Kenntnis der Arbeitsverhinderung nach der Kündigungsfrist wohl nicht angestellt würde.<sup>157</sup> Dies trifft auf besonders gefährdete Arbeitnehmer bei der Stellensuche während der Corona-Pandemie zweifellos zu.<sup>158</sup> Zweitens ist es im Interesse der grösstmöglichen Wirksamkeit der Corona-Schutzmassnahmen, dass Arbeitnehmer gegenüber ihrer Arbeitgeberin ihre besondere Gefährdung offenbaren. Das werden sie vor allem dann tun, wenn sie damit ihren Arbeitsplatz nicht gefährden. Ein Sperrfristenschutz ist damit ein Beitrag zur Verwirklichung der Ziele der Covid-19-Verordnung, d.h. des individuellen und öffentlichen Gesundheitsschutzes.<sup>159</sup> Für eine solche Betrachtungsweise wird überdies mit der Parallelität zum Mutterschutz argumentiert, der ebenfalls einen zeitlichen Kün-

---

<sup>152</sup> LIENHART (Fn. 8), Rz. 13.

<sup>153</sup> LIENHART (Fn. 8), Rz. 13.

<sup>154</sup> BLESİ/HIRSİGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 73.

<sup>155</sup> BLESİ/HIRSİGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 73.

<sup>156</sup> PÄRLI (Fn. 8), Rz. 31 ff.

<sup>157</sup> So auch CIRIGLIANO/SCHAUB (Fn. 8), Rz. 22, wonach der Grund für den Sperrfristenschutz nicht darin liegt, dass es dem Arbeitnehmer aufgrund einer Krankheit nicht möglich ist, eine neue Stelle zu suchen, sondern besonders schwierig, eine neue Stelle zu finden.

<sup>158</sup> PÄRLI (Fn. 8), Rz. 31 ff.

<sup>159</sup> PÄRLI (Fn. 8), Rz. 31 ff.; CIRIGLIANO/SCHAUB (Fn. 8), Rz. 22

digungsschutz bei gleichzeitigem Beschäftigungsverbot kennt.<sup>160</sup> In beiden Fällen gründet die Arbeitsverhinderung unverschuldet in den gesundheitlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin.

### 5.3. Fristlose Kündigung

[97] Die Kasuistik zu Gründen für eine fristlose Kündigung gemäss Art. 337 OR ist äusserst reichhaltig und kann im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie ohne Weiteres angewendet werden. Zu beachten ist Art. 337 Abs. 3 OR, wonach das Gericht in keinem Fall die unverschuldete Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung als wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung anerkennen darf. Dazu zählen alle oben aufgezählten Gründe wie Krankheit, Isolation, Quarantäne, Kinderbetreuung oder Befreiung von der Arbeitspflicht unter Lohnfortzahlung bei (nachgewiesener) besonderer Gefährdung. Vertreten wird, dass die (vorsätzliche) Täuschung, ein besonders gefährdeter Arbeitnehmer zu sein und sich deswegen zu Unrecht unter Lohnfortzahlung von der Arbeitspflicht zu befreien, ein wichtiger Grund i.S.v. Art. 337 Abs. 1 OR darstellen könne;<sup>161</sup> es kommt dabei auf die Umstände des Einzelfalls an.

[98] Kein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung stellt die Verweigerung des Einverständnisses mit der Einführung von Kurzarbeit dar.<sup>162</sup> Dasselbe gilt für eine fristlose Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen, sie ist ebenso ungerechtfertigt.<sup>163</sup>

## 6. Fazit und rechtspolitische Reflexionen

[99] Die berühmten englischen Arbeitsrechtswissenschaftler EWING und HENDY kommen in einem aktuellen Beitrag im renommierten Industrial Law Journal zu einem vernichtenden Ergebnis, was die Rolle der neoliberalen Politik der letzten Jahrzehnte für das in weiten Teilen liberalisierte englische Arbeitsrecht anbelangt. Die Sozialpartnerschaft würde nur eine marginale Rolle spielen. Die Regelungen zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall seien unzureichend und ein besonderes Problem würde die Absicherung der immer grösser werdenden Gruppe der «Selbstständigen» darstellen. In ihrer Analyse führen die Autoren aus, dass die Untauglichkeit des Systems für die Krisenbewältigung vorhersehbar gewesen sei, denn der vorherrschende Diskurs der letzten Jahre hätte dazu geführt, dass «Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz» als «Bürokratie» verunglimpft wurde, «Arbeitsrechte der Beschäftigten» als «Belastung für Unternehmen» gesehen wurde. «Soziale Sicherheit» wäre zudem als schädliche «Kultur der Abhängigkeit» gebrandmarkt worden.<sup>164</sup>

[100] Lassen sich diese Analyse und vor allem deren Ergebnisse auch auf die Schweiz übertragen? Die Frage kann verneint werden. Zwar zeigt sich auch im schweizerischen System der sozialen Sicherung und im Arbeitsrecht Schwächen und es gibt punktuellen Verbesserungsbedarf.

---

<sup>160</sup> CIRIGLIANO/SCHAUB (Fn. 8), Rz. 22.

<sup>161</sup> BLESİ/HIRSİGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 74.

<sup>162</sup> BLESİ/HIRSİGER/PIETRUSZAK (Fn. 59), S. 74; DUNAND/WYLER (Fn. 57), S. 30.

<sup>163</sup> DUNAND/WYLER (Fn. 57), S. 30.

<sup>164</sup> KEITH EWING/JOHN (LORD) HENDY QC, Covid-19 and the Failure of Labour Law: Part 1, Industrial Law Journal, <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwaa026>.

Insgesamt ist es vor allem dank dem Instrument der Kurzarbeitsentschädigung gelungen, eine Massenentlassungswelle zumindest vorderhand zu verhindern. Positiv hervorzuheben ist auch, dass der Bundesrat und seit seiner «Wiederauferstehung» auch das Parlament (Covid-19-Gesetz und weitere Parlamentsbeschlüsse) im Grundsatz erkannt haben, dass in der gegenwärtigen Krise insbesondere die finanzielle Absicherung von Menschen in prekären Beschäftigungsverhältnissen (befristete und oder temporäre Anstellungen) unerlässlich ist. Der Beschluss des Parlaments vom 18. Dezember 2020, die Kurzarbeitsentschädigung kleiner Einkommen auf 100% aufzustoßen, ist hierzu ein gutes Beispiel. Auch die zumindest vorübergehende Öffnung der Kurzarbeitsentschädigungen für bislang ausgeschlossene Beschäftigte war und ist ein wichtiges Element der Vermeidung einer Prekarisierung eines beachtlichen Teils der Bevölkerung.

[101] Im Nachgang zur Covid-19-Krise ist kritisch zu fragen, wieweit das Arbeitsrecht solche prekären Beschäftigungsformen künftig überhaupt noch zulassen soll. Dabei ist klar: Der Arbeitsmarkt und globale Wettbewerb erfordert von den Beschäftigten Flexibilität und (ein neues Trendwort:) Agilität. Solche Fähigkeiten sind zu fördern und zu fordern. Dies muss und darf aber nicht zwangsläufig mit fehlender oder nur schwacher sozialer Sicherheit einhergehen.

[102] Aufgezeigt wurde in diesem Beitrag, dass die arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen einen epidemiologischen Bezug haben. Hier gilt es auch von der Erfahrung in der Bekämpfung der HIV-Infektion zu lernen. Zwar lässt sich die HIV/Aids-Epidemie mit der Situation hinsichtlich Corona-Virus/Covid-19-Erkrankung nicht in allen Teilen vergleichen. Beim «Kampf gegen Aids» hat sich gezeigt, dass die Respektierung der Grundrechte und eine wirksame soziale Absicherung wesentlicher Bestandteil eines sich und anderen gegenüber verantwortlichen Verhaltens sind.

[103] Besondere Bedeutung kommt den neu geschaffenen Sozialversicherungsleistungen im Rahmen der Erwerbsausfallentschädigung zu. Die Notwendigkeit, bei Einkommensausfall auch *selbstständigwerbende Personen* in ein System sozialer Sicherung zu integrieren, zeigt sich bereits während der ersten Welle im Frühling 2020. Noch viel deutlicher wird dies seit Herbst 2020. Besonders in der Event- und Kulturbranche «tummeln» sich viele ganz oder partiell Selbstständigerwerbende, die angesichts der Veranstaltungsverbote Teile von ihrem oder ihr ganzes Einkommen verloren haben. Ohne die Öffnung des Sozialversicherungssystems für diese Personengruppen wäre der Anteil derjenigen Personen, die auf Sozialhilfe angewiesen sind bzw. sein werden, noch wesentlich höher.

[104] Die Problematik der sozialen Sicherheit für Selbstständigwerbende zeigt(e) sich auch im Zusammenhang mit dem Auftauchen neuer Geschäftsmodelle über Internetplattformen. Die Erfahrungen mit der Absicherung Selbstständigerwerbender während der Covid-19-Krise können und sollen in der notwendigen politischen Diskussion über selbständige Erwerbstätigkeit und soziale Sicherheit fruchtbar gemacht werden. Hier ist aber noch einiges an konzeptioneller Arbeit erforderlich.

[105] Keine Notwendigkeit besteht hingegen, an arbeitsrechtlich-dogmatischen Grundlagen wie dem Betriebsrisiko zu rütteln. Wie dargestellt geht mit diesem immer die Gewinnchance des Unternehmens einher. Mit der über die Arbeitslosenversicherung finanzierten KAE ist zudem eine Sozialversicherungsleistung verfügbar, die das Betriebsrisiko für die Arbeitgeberin finanziell absichert. Diese finanzielle Absicherungsmöglichkeit wurde denn auch in der Krise richtigerweise ausgeweitet.

[106] Einen zentralen Beitrag an die bislang einigermassen erfolgreiche Bewältigung der wirtschaftlichen Folgen der Covid-19-Krise durch ein funktionierendes Arbeits- und Sozialversiche-



rungssystem leiste(te)n die Sozialpartner. Völlig zu Recht findet deren Rolle deshalb auch Ausdruck im Covid-19-Gesetz. Gerade wenn Verordnungen und Verordnungsänderungen angesichts veränderter epidemiologischer Lage (z.B. Auftauchen der hoch ansteckenden Virusmutation) unter sehr grossem Zeitdruck erlassen werden müssen, ist die Abstützung auf die Expertise der Sozialpartner unumgänglich. Dies dient nicht nur einer besseren Gesetzgebung, sondern unterstützt auch die Akzeptanz in der Praxis.

[107] Die eher positive Einschätzung der Tauglichkeit des bestehenden Systems und der bislang von den politisch Verantwortlichen mit Unterstützung der Sozialpartner beschlossenen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Massnahmen wird allerdings durch einige unschöne Ausreisser getrübt. Die Auferlegung der Auslagen an die Arbeitnehmenden in Anpassung der Covid-19-Verordnung vom 13. Januar 2021 ist in rechtlicher Hinsicht wenig überzeugend. Der Bundesrat sollte nicht ohne Not zwingende Schutzbestimmungen des Arbeitsvertragsrechts ausser Kraft setzen.<sup>165</sup> Auch der Gesundheitsschutz der Ärztinnen und Ärzte sowie des Pflege- und Betreuungspersonals in Spitälern und Heimen ist unbefriedigend. Hier ist nicht erst im Nachgang zur Krise, sondern wo immer möglich sofortige Unterstützung erforderlich. Die betreffenden Personen haben weit mehr verdient<sup>166</sup> als Applaus von den Balkonen.

---

Prof. Dr. iur. KURT PÄRLI, Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel, Basel.

JONAS EGGMANN, MLaw.

---

<sup>165</sup> Solange diese «Arbeitgeberberuhigungsnorm» vernünftig ausgelegt wird, wird dies in der Praxis allerdings kaum Probleme bereiten. Viele Arbeitnehmende wären ohnehin nicht auf die Idee gekommen, bei vorübergehendem Homeoffice einen Anteil der Stromrechnung o.ä. der Arbeitgeberin in Rechnung zu stellen. Anders verhält es sich, wenn gänzlich oder teilweises Homeoffice zum Normalfall wird. Für diese künftige wohl weit verbreitete Arbeitsform kann aber für die Frage der Kostenübernahme auf die bewährten Bestimmungen in Art. 327 und 327a verwiesen werden.

<sup>166</sup> Damit ist durchaus auch «Verdienst» im monetären Sinne zu verstehen.