

rechts
ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Sondernummer/Numéro spécial (2020)

Pandemie und Recht:

Beitrag des Rechts zur Bewältigung
einer globalen Krise

Pandémie et Droit:

contribution du droit à la maîtrise
d'une crise globale

Helbing Lichtenhahn Verlag



Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Sondernummer der ZSR/Numéro spécial de la RDS

PANDEMIE UND RECHT:

Beitrag des Rechts zur Bewältigung einer globalen Krise

PANDÉMIE ET DROIT:

contribution du droit à la maîtrise d'une crise globale

Herausgeber:

Prof. Pascal Pichonnaz, Prof. Ruth Arnet, Prof. Samantha Besson,
Dr. Peter Isler, Prof. Vincent Martenet, Dr. Andreas Zünd



Unterstützt durch die Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

ISBN 978-3-7190-4378-0

ISSN 0254-945X

© 2020 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten

ISABELLE WILDHABER*

Schlagwörter: Coronavirus, COVID-19, Katastrophen, Bevölkerungsschutz, ausserordentliche Lage, Epidemien-gesetz, Lohnfortzahlung, Kinderbetreuung, Erwerbsausfall, Fürsorgepflicht, Schutzmassnahmen, besonders gefährdete Personen, Home-Office, Kurzarbeit, Ferien, Überstunden

A. Einleitung

Die Geschichte der Menschheit ist eine Geschichte der Katastrophen¹ und zu diesen Katastrophen gehören auch **übertragbare Infektionskrankheiten**.² Im Mittelalter dominierte die Pest das Leben der Menschen, Napoleon unterlag 1812 im Russlandfeldzug, weil 80% seiner Soldaten vom Fleckfieber dahingerafft wurden, und die Spanische Grippe forderte zwischen 1918 und 1920 unglaubliche 25–50 Millionen Todesopfer weltweit.³ Die Bedrohung durch übertragbare Krankheiten ist in jüngster Zeit weiterhin ungebrochen. Die World Health Organization (WHO) musste schon zwei Mal den Pandemiefall ausrufen, im Juni 2009 anlässlich der Schweinegrippe und im März 2020 anlässlich von COVID-19 (*corona virus disease 2019*).

Aber anders als bei den ebenfalls coronavirenbedingten SARS (2002) und MERS (2012) und anders als bei der Schweinegrippe hat das neue Coronavirus SARS-CoV-2 zum Ausbruch einer Pandemie geführt, welche den **«Lock-down» eines grossen Teils des öffentlichen Lebens** in der Schweiz und vielen

* Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Direktorin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten (FAA-HSG). Dieser Aufsatz ist auf dem Stand vom 20.4.2020. Für Hinweise und Gespräche danke ich THOMAS PIETRUSZAK und ANNE WILDHABER.

- 1 ISABELLE WILDHABER, Von Hochwasserschäden bis zu AKW-Störfällen: Wer ersetzt Katastrophenschäden?, ZSR 2013 I, S. 381 ff.
- 2 MICHAEL KLOEPFER, Einleitung, in: Michael Kloepper (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Baden-Baden 2011, S. 9 ff.
- 3 MANFRED VASOLD, Grippe, Pest und Cholera, Eine Geschichte der Seuchen in Europa, Stuttgart 2008.

Teilen der Welt zur Folge hatte und weiterhin hat. In der Schweiz kam das öffentliche Leben am 16. März 2020 zum Stillstand. Der schweizerische Lockdown beinhaltete Massnahmen wie die Untersagung öffentlicher und privater Veranstaltungen, die Schliessung öffentlich zugänglicher Einrichtungen sowie Schul- und Kindergartenschliessungen.

Die **Auswirkungen staatlicher Lockdowns auf die Arbeitswelt** sind tiefgreifend, weitreichend und beispiellos.⁴ Es handelt sich nicht nur um eine globale Gesundheitskrise, sondern auch um eine Arbeitsmarkt- und Wirtschaftskrise mit enormen Auswirkungen auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die COVID-19-Pandemie betrifft per 7. April 2020 weltweit 2,7 Milliarden Arbeiter bzw. 81% der Erwerbstätigen.⁵ Sie wirft zahlreiche arbeitsrechtliche Probleme auf, die es in dieser Form noch nie gab. Das geltende Arbeitsrecht in der Schweiz sieht keine konkreten Lösungen für einen Pandemiefall vor.

Leider wird nach COVID-19 die **nächste Pandemie nur eine Frage der Zeit** sein. Neuartige Viren werden auch in Zukunft auf nicht-immune Menschen treffen, selbst wenn sich die hygienischen Zustände und medizinischen Behandlungsmöglichkeiten erheblich verbessert haben. Verschiedenste Faktoren tragen zum Auftauchen neuer Krankheiten bei, wie z.B. die Globalisierung von Markt und Transport, Bevölkerungswachstum und Armut, welche zu massivem Städtewachstum führen, politische und ökonomische Instabilität und Krieg sowie Veränderung der Landnutzung, ökologische Degenerierung und klimatische Veränderungen.⁶

Es ist deshalb **Ziel dieses Aufsatzes**, ein paar grundsätzliche Gedanken zum Arbeitsrecht in Pandemiezeiten zu entwickeln. Im Allgemeinen Teil will der Aufsatz aufzeigen, welches die Ziele des Katastrophenschutzes und des Arbeitsrechts sind, wie die beiden zusammenhängen und welche Abwägungen vorgenommen werden müssen (B.). Im Besonderen Teil folgt ein kurzer Überblick über die bereits beschlossenen Massnahmen sowie andere drängende Themen aus der COVID-19-Arbeitsrechtspraxis (C.). Angesichts der Dynamik der aktuellen Situation ist dieser Überblick eine Momentaufnahme per 20. April 2020. Der Aufsatz schliesst mit einem Fazit (D.).

4 International Labor Organization (ILO) 2nd edition: COVID-19 and the world of work, Updated estimates and analysis, Geneva 7.4.2020, <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_740877/lang-en/index.htm>, S. 3.

5 ILO: COVID-19 and the world of work (Fn. 4), S. 1.

6 PATRICK MATHYS, Leiter Sektion Krisenbewältigung BAG, Gastvortrag im Rahmen meiner Vorlesung «Katastrophenrecht», Gesetzliche Grundlagen zur Bewältigung von Krisen im Bereich der öffentlichen Gesundheit, Universität St. Gallen, 18.11.2011.

B. Allgemeiner Teil – Pandemien als Herausforderung für das Arbeitsrecht

I. Ziele des Katastrophenschutzes

Lange Zeit waren Katastrophenrecht und Katastrophenschutz aus der allgemeinen Wahrnehmung der Rechtswissenschaft, aber auch der öffentlichen Meinung nahezu verschwunden; seit dem Jahrtausendwechsel sind sie – aufgrund von Naturkatastrophen, sog. *man-made*-Katastrophen wie Fukushima, oder Terrorakten wie 9/11 – wieder in das allgemeine Bewusstsein gerückt.⁷ Die Bewältigung solcher Katastrophen und Notlagen stellt aus heutiger Sicht die grösste Herausforderung für den **Schutz der Bevölkerung** dar, insbesondere weil sie aufgrund der zunehmenden Vernetzung der modernen Gesellschaft, der steigenden Verletzlichkeit kritischer Infrastrukturen⁸ und der hohen Wertedichte zu immer grösseren Schäden führen.⁹ Der Risikobericht 2015 des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz BABS bezeichnete Pandemien als eines der grössten Risiken.¹⁰ Bevölkerungsschutz ist Grundvoraussetzung für den inneren Frieden einer Gesellschaft, für die innere Sicherheit des Staates und für die Funktionsfähigkeit seiner Behörden und seiner Volkswirtschaft.

Im Bereich der Pandemien verfügt die Schweiz über ein am 1. Januar 2016 totalrevidiertes **Epidemiengesetz** (EpG) und einige dazu gehörige Rechtsverordnungen,¹¹ mit dem Zweck, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen (Art. 2 Abs. 1 EpG). Gemäss Art. 7 EpG kann der Bundesrat für das ganze Land oder für einzelne Landesteile die notwendigen Massnahmen anordnen, wenn es eine sog. ausserordentliche Lage erfordert.¹² Denn in ausserordentlichen Lagen herrscht Zeit- und Entscheidungsdruck; rasches und einheitliches Handeln ist erforderlich und gewünscht.¹³

7 Statt vieler MICHAEL KLOEPFER, Einführung, in: Michael Kloepfer (Hrsg.), *Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven*, Baden-Baden 2008, S. 9 ff., S. 9; WILDHABER (Fn. 1), S. 384.

8 Siehe dazu das Sonderheft EJRR in Zusammenarbeit mit dem BABS: ANNE VAN AAKEN/ISABELLE WILDHABER, *Symposium on Critical Infrastructures: Risk, Responsibility and Liability*, Opening Editorial, EJRR 2015, S. 171 ff.

9 <https://www.babs.admin.ch/de/verbund/auftrag.html>; WILDHABER (Fn. 1), S. 383.

10 BABS, *Risikolandschaft Schweiz*, Zeitschrift Bevölkerungsschutz, Nr. 22, Juli 2015.

11 Bundesgesetz vom 28.9.2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101); Verordnung vom 29.4.2015 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemieverordnung, EpV, SR 818.101.1); Verordnung des EDI vom 1.12.2015 über die Meldung von Beobachtungen übertragbarer Krankheiten des Menschen (SR 818.101.126).

12 DAVID RECHSTEINER, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen*, Unter besonderer Berücksichtigung des Rechts bei Katastrophen, Zürich/St. Gallen 2016, N 885.

13 ISABELLE WILDHABER, *Die Verantwortung von Experten beim Risikomanagement von Naturkatastrophen*, ZSR 2015 I, S. 257 ff., S. 274; DIES., *Rechtliche Grundlagen für einen Katastrophenschutz durch den Bund*, Sicherheit & Recht 2015, S. 170 ff., S. 178; DAVID RECHSTEINER,

Am **16. März 2020** ist in der Schweiz eine solche **ausserordentliche Lage** durch eine Pandemie eingetreten und der Bundesrat hat kurzfristige Verordnungen erlassen und **Lockdown**-Massnahmen ergriffen. Im Mittelpunkt steht dabei die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus («COVID-19-VO 2»)¹⁴. Gemäss dessen Art. 1 Abs. 2 sollen die Massnahmen die Verbreitung des neuen Coronavirus eindämmen, die Gesundheitsversorgung sichern sowie besonders gefährdete Personen schützen.

Wichtig scheint mir, dass es auch in Pandemiezeiten immer um Bevölkerungsschutz- und Katastrophenschutzmassnahmen geht. Aus dem Bevölkerungsschutz und dem Epidemien-gesetz lässt sich im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wenig ableiten (ausser dass besonders gefährdete Personen hoher Sicherheitsmassnahmen und spezieller Fürsorge bedürfen, unten C.II.). Ziel der Massnahmen sind der Schutz der öffentlichen Gesundheit und der inneren Sicherheit, nicht die Abfederung und der finanzielle Ausgleich drohender oder bestehender Arbeitsausfälle zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern.

II. Ziele des Arbeitsrechts

Bis anhin hatten **Bevölkerungsschutz und Katastrophenschutz wenig mit Arbeitsrecht zu tun**. Bei der Schweinegrippe haben Arbeitsrechtler die Schutzpflichten der Arbeitgeber und die Frage, inwiefern Arbeitnehmer sich impfen lassen müssen, diskutiert.¹⁵ Ansonsten gab es aber in den letzten Jahrzehnten keine Pandemien, welche zu einer ausserordentlichen Lage und zu einem Lockdown geführt hätten. Das geltende schweizerische Arbeitsrecht sieht denn auch für ausserordentliche Lagen keine ausserordentlichen Lösungen vor. Es ist unklar, wie eine **«virusfreundliche» Auslegung arbeitsrechtlicher Bestimmungen**¹⁶ aussehen soll. Vielleicht hilft es zur Entwicklung sinnvoller Antworten, sich darauf zurück zu besinnen, was das Ziel des Arbeitsrechts eigentlich ist.

Es war die Schutzbedürftigkeit eines bestimmten Personenkreises, die dem Gesetzgeber des 19. Jahrhunderts Anlass gegeben hat, im Lebensraum, den

Polizeiliche Generalklausel und Notverordnungsrecht des Bundesrates, Sicherheit & Recht 2016, S. 143 ff., S. 148.

14 Verordnung 2 vom 13.3.2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2, SR 818.101.24, Stand 17.4.2020).

15 FRANK EMMEL, Schweinegrippe am Arbeitsplatz, Auswirkungen der Pandemie auf die Arbeitsverhältnisse, ein juristischer Überblick, NZZ vom 30.9.2009, S. 15; SASKIA CRUCHON/UELI SOMMER/DANIEL STAFFELBACH, Schweinegrippe und Arbeitsrecht, HILL 2009 II Nr. 11; ROGER RUDOLPH, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal – Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 («Schweinegrippe»), ARV 2010, S. 1 ff.

16 MICHAEL FUHLROTT/KATHARINA FISCHER, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, S. 345 ff.

man heute unter die Normen des Arbeitsrechts stellt, regelnd einzugreifen.¹⁷ Der **Schutzgedanke** hilft dem Privatrecht bei der Kompensation der strukturellen Ungleichheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Die einfache Verweisung auf den Schutzgedanken genügt aber nicht, man muss diesem Gedanken einen konkreten Inhalt geben, der einer bestimmten Zeit und ihren Bedürfnissen entspricht. Ein **vernünftiger Interessenausgleich** wird deshalb oft durch die Rechtsprechung vorgenommen werden müssen. Die Rechtsprechung hat systembildende Kraft und damit auch eine hohe Verantwortung für das Funktionieren der Arbeitsrechtsordnung.¹⁸

Für das Gleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer spielen **Treu- und Fürsorgepflichten** eine wichtige Rolle. Arbeitgeber müssen höchste Fürsorge gegenüber ihren Arbeitnehmern, insbesondere den besonders gefährdeten Personen, walten lassen und grosse Sorgfalt bezüglich der Sicherheitsmassnahmen am Arbeitsplatz anwenden. Viele Arbeitgeber leiden unter der aktuellen Virus-Situation und müssen finanzielle Einbussen verzeichnen. Arbeitnehmer sind daher wiederum angehalten, ihre Arbeitgeber so gut wie möglich zu unterstützen. Dabei haben sie zunächst einmal verhältnismässige Anordnungen des Arbeitgebers zu befolgen. Sie sollten sich bewusst sein, dass eine Weisung, die sie im Normalfall ablehnen dürften, in der aktuellen Situation angemessen sein kann. Aus der Treuepflicht lässt sich auch eine **Schadensminderungspflicht** ableiten. Sodann können Arbeitnehmer angehalten werden, ihre Rechte schonend auszuüben (bspw. bei der Kompensation von Überstunden). Kulanz und Flexibilität ist von beiden Seiten gefragt.

Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass wir in Pandemiezeiten «**back to basics**» gehen sollten: Prinzipien wie Verhältnismässigkeit und Interessenabwägung sowie die Analyse von Sinn und Zweck anzuwendender Rechtsnormen sind zentral für die Lösung virusbedingter offener arbeitsrechtlicher Fragen.

III. Verknüpfung von Katastrophenschutz und Arbeitsrecht

Für die Überlegung, wie die Ziele des Katastrophenschutzes (oben B.I.) und des Arbeitsrechts (oben B.II.) zusammenhängen, scheinen mir zwei Gedanken interessant:

1. Die **International Labour Organization (ILO)** behält in ihrer Prognose «COVID-19 und die Arbeitswelt: Auswirkungen und Reaktionen» vom 7. April 2020 diese Zusammenhänge vor Augen. Sie sieht **vier Haupt-**

17 Vgl. VASSILI MAVRIDIS, Der Schutzgedanke als Grundlage des Arbeitsrechts, Arbeit und Recht 1956, S. 161 ff.; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, Berner Kommentar VI/2/2/1, Bern 2010, Vorb. Art. 319–330b OR N 3.

18 ULRICH PREIS, Von der Antike zur digitalen Arbeitswelt, Herkunft, Gegenwart und Zukunft des Arbeitsrechts, RdA 2019, S. 75 ff., S. 85.

pfeiler zur Bekämpfung von COVID-19 auf der Grundlage internationaler Arbeitsnormen vor:¹⁹ (1) Stimulierung von Wirtschaft und Beschäftigung, (2) Unterstützung von Unternehmen, Arbeitsplätzen und Einkommen, (3) Schutz der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz, (4) auf den sozialen Dialog setzen für Lösungen. Um den Schutz der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz der dritten Säule zu gewährleisten, hält die ILO es für zentral, Arbeitsschutzmassnahmen zu stärken, Arbeitsvereinbarungen anzupassen (z.B. Telearbeit), Diskriminierung und Ausgrenzung zu verhindern, den Gesundheitszugang für alle vorzusehen und den Zugang zu bezahltem Urlaub auszuweiten. Die Hauptpfeiler der ILO verbinden den Schutz der öffentlichen Gesundheit, den Schutz der Arbeitgeber und den Schutz der Arbeitnehmer und sollten bei einer «virusfreundlichen» Auslegung arbeitsrechtlicher Bestimmungen mitberücksichtigt werden. Die wirtschaftliche Lebensfähigkeit von Unternehmen muss eine zentrale Rolle spielen, um die Voraussetzungen für eine rasche, arbeitsplatzreiche Erholung zu schaffen, sobald die Pandemie unter Kontrolle ist.

2. Aus dem schweizerischen Epidemienengesetz kann bezüglich der Kosten, welche Arbeitgebern und Arbeitnehmern entstehen, wenig abgeleitet werden. Für gewisse staatliche Massnahmen zur Bekämpfung von Epidemien ist aber eine **Haftung für Schäden aus rechtmässiger staatlicher Handlung** vorgesehen. Art. 63 EpG besagt, dass die anordnende Behörde Personen, die wegen einer behördlichen Massnahme gestützt auf Art. 33–38 sowie 41 Abs. 3 EpG Schäden erleiden, entschädigen kann, soweit die Schäden nicht anderweitig gedeckt werden. Diese Haftung ist einerseits nur subsidiär, d.h. soweit der Geschädigte den Schaden nicht anderweitig decken kann, und andererseits ist sie lediglich eine Kann-Vorschrift. Insbesondere im Bund wird rechtmässiges staatliches Handeln, mit wenigen Ausnahmen, grundsätzlich nicht entschädigt, was in der Literatur schon öfters thematisiert worden ist.²⁰ Im Zusammenhang mit der COVID-19-Krise wäre ein Konzept zur Umsetzung von Art. 63 in Bezug auf geschädigte Arbeitgeber hilfreich, welchen nicht durch finanzielle Unterstützungsmassnahmen des Bundesrates geholfen werden kann.²¹ Art. 63 EpG könnte dann angewendet werden, wenn Arbeitgeber eine Lohnfortzahlung trifft, ohne dass ihnen eine Arbeitsleistung zukommt, also z.B. im Rahmen der später diskutierten Art. 10b und 10c der COVID-19-VO 2 bei besonders gefährdeten Personen (C.II. und C.III.), oder in gewissen Quarantäne-Konstellationen (C.I.2.).

Katastrophenschutz und Arbeitsrecht treffen in verschiedenen **wichtigen Fragestellungen** zusammen. Die Fragen, welche Risiken zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers gemäss Art. 324 OR gehören sollen oder ob die Kinderbetreu-

19 ILO: COVID-19 and the world of work (Fn. 4), S. 7.

20 RECHSTEINER (Fn. 12), S. 381 m.w.H.; MICHAEL FAJNOR, Staatliche Haftung für rechtmässig verursachten Schaden, Diss. Zürich 1987, S. 164; HARDY LANDOLT, Grundlagen des Impfrechts, AJP 2004, S. 280 ff., S. 288.

21 So auch THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter 23.3.2020, N 18.

ungspflicht als gesetzliche Pflicht im Sinne von Art. 324a OR gelten soll, sind nicht COVID-19-spezifisch, sondern stellen sich bei allen Pandemien und anderen Katastrophen ähnlich. Die Antworten darauf lassen sich dem OR generell-abstrakt entnehmen. Der Übersichtlichkeit halber und weil sie mit den spezifisch für COVID-19 erlassenen Verordnungen Hand in Hand gehen, werden sie trotzdem im Besonderen Teil behandelt (unten C.I.).

C. Besonderer Teil – Arbeitsrechtliche Knackpunkte in COVID-19-Zeiten

Kaum ein Tag vergeht ohne **Hiobsbotschaften** über gestiegene Infiziertenzahlen und Todesfälle. Zunehmend stehen neben den gesundheitlichen Aspekten auch die wirtschaftlichen Folgen eines virusbedingten Wegbrechens von Absatzmärkten und der Verlust von Arbeitsplätzen im Blick der Diskussion.

Der schweizerische Bundesrat hat den Handlungsbedarf erkannt: Er hat eine ausserordentliche Lage deklariert und zahlreiche Verordnungen in Kraft gesetzt, u.a. die Verordnung zur Bekämpfung des Coronavirus (die schon erwähnte «COVID-19-VO 2»). Der **kurze Überblick**, der folgt, erläutert einige ausgewählte arbeitsrechtliche Knackpunkte, welche sich bei der Nutzung der Handlungsoptionen nach «herkömmlichem» Arbeitsrecht in Kombination mit den jüngst vom Bundesrat beschlossenen Anpassungen ergeben.

I. Lohnfortzahlung und Erwerbsausfall

Im Zusammenhang mit den Lockdown-Massnahmen sind **zahlreiche Konstellationen denkbar**, in denen Arbeitnehmer nicht oder nur beschränkt arbeiten können und bei denen sich die Frage stellt, inwiefern der Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist. Diese Frage dürfte Arbeitgeber am meisten beschäftigen. Es ist unter Arbeitsrechtlern derzeit umstritten, ob in gewissen Konstellationen eine **Lohnfortzahlung** durch den Arbeitgeber geschuldet wird. Der synallagmatische Arbeitsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass Arbeit gegen Lohn geleistet wird. Wenn keine Arbeit geleistet wird, ist grundsätzlich auch der Lohn nicht geschuldet («ohne Arbeit kein Lohn»). Der Gesetzgeber hat hier jedoch punktuell eingegriffen und der Arbeitnehmer hat in gewissen Ausnahmefällen trotzdem Anspruch auf Lohn(fort)zahlung (bei unverschuldeter Verhinderung der Arbeitsleistung, die in der Person des Arbeitnehmers liegt: Art. 324a OR; bei Annahmeverzug des Arbeitgebers: Art. 324 OR; bei besonders gefährdeten Personen: Art. 10c COVID-19-VO 2, unten II.).

Arbeitgeber und Arbeitnehmer suchen derzeit verzweifelt nach Möglichkeiten, drohende oder bestehende Arbeitsausfälle abzufedern und finanziell auszugleichen. Wenn Arbeitgeber Löhne bezahlen, ohne dafür eine Gegenleistung des Arbeitnehmers zu erhalten, ist es zentral, dass sie dafür entschädigt werden

können. Möglichkeiten für eine solche Entschädigung bestehen neben einer Staatshaftung aufgrund von Art. 63 EpG (oben B.III.) in der Kurzarbeit (unten IV.) und in **Erwerbsausfall-Entschädigungen** (sog. EO-Entschädigungen). Der Bundesrat hat denn auch am 20. März 2020 in einer speziellen Verordnung («COVID-19-VO Erwerbsausfall»²²) EO-Entschädigungen eingeführt, und zwar für Quarantäne-Konstellationen (nachfolgend 2.), für Kinderbetreuungs-pflichten (nachfolgend 3.) und für Selbständige bei Betriebsschliessungen und behördlichen Veranstaltungsverböten (nachfolgend 4.). Diese EO-Leistungen sind **subsidiär** zu sämtlichen Leistungen von Sozialversicherungen (insb. auch der Kurzarbeitsentschädigung, sog. KAE) und Versicherungen nach VVG sowie zu Lohnfortzahlungen des Arbeitgebers. Die EO-Entschädigung wird vom Leistungsberechtigten geltend gemacht, bei Lohnfortzahlung des Arbeitgebers aber vom Arbeitgeber selber.

1. *Erkrankte Arbeitnehmer*

Falls ein Arbeitnehmer am COVID-19-Virus erkrankt, ist der Arbeitgeber gemäss **Art. 324a OR zur Lohnfortzahlung verpflichtet**, wenn die Krankheit zu einer Arbeitsunfähigkeit führt. Unter Umständen kann trotz einer COVID-19-Erkrankung Arbeitsfähigkeit im Home-Office gegeben sein. Der Anspruch auf Lohnfortzahlung setzt voraus, dass die Arbeitsunfähigkeit **unverschuldet** ist. Im Fall von COVID-19 hat die Schweiz eine der höchsten Infiziertenraten pro Million Einwohner weltweit,²³ sodass kein anspruchsausschliessendes Verschulden des Arbeitnehmers angenommen werden kann.²⁴

2. *Arbeitnehmer in Quarantäne*

Befindet sich der Arbeitnehmer in Quarantäne und ist ein Arbeiten im Home-Office nicht möglich, so stellt sich auch hier die Frage der Lohnfortzahlung. Der Fall einer aufgrund von Art. 35 Abs. 1 lit. a oder lit. b EpG behördlich angeordneten Quarantäne (bzw. Absonderung) ist **unter Art. 324a OR zu subsidiieren**. Der Grund der Quarantäne liegt in einer möglichen oder festgestellten Infektion mit dem neuen Coronavirus, und dieser Grund liegt ohne Verschulden in der Person des Arbeitnehmers.²⁵ Im Fall einer Selbstisolation und Selbstquarantäne²⁶, einer vorübergehenden Untersagung einer bestimmten Tätigkeit

22 Verordnung vom 20.3.2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall, SR 830.31, Stand 17.4.2020).

23 <www.worldometers.info/coronavirus/>.

24 GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 21), N 34; JEAN CHRISTOPH SCHWAAB, Le travailleur en quarantaine, Jusletter 23.3.2020, N 23 ff.

25 Ebenso SCHWAAB (Fn. 24), N 10 ff.

26 Siehe die Merkblätter «Selbstisolation bei Fieber und Husten» und «Selbstquarantäne» des BAG vom 14.3.2020, abrufbar unter <www.bag.admin.ch>.

oder eines Berufs aufgrund von Art. 38 EpG oder aber einer Quarantäne aufgrund von Art. 40 Abs. 2 lit. c EpG kann m.E. ebenfalls Art. 324a OR zur Anwendung kommen,²⁷ solange der Grund in der Person des Arbeitnehmers liegt. Das wäre z.B. der Fall, wenn das Verlassen einer Wohnung eingeschränkt wird, nicht aber, wenn eine ganze Stadt unter Quarantäne gestellt wird. Ein Teil der Lehre sieht in diesen Fällen hingegen einen Anwendungsfall von Art. 324 OR, weil der Arbeitgeber in Annahmeverzug sei.²⁸

Personen, die sich in ärztlich oder behördlich angeordneter Quarantäne aufgrund von Art. 35 oder 40 EpG befinden (Absonderung gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. b EpG ist inkludiert) und ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen, haben Anspruch auf eine **EO-Entschädigung**, wenn sie im Zeitpunkt des Erwerbsunterbruchs obligatorisch bei der AHV versichert sind und einer unselbständigen oder selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehen (Art. 2 Abs. 1^{bis} COVID-19-VO Erwerbsausfall). Der Anspruch endet mit Aufhebung der ärztlichen Quarantäne, spätestens aber, wenn zehn Taggelder ausgerichtet wurden (Art. 3 COVID-19-VO Erwerbsausfall). Das BAG empfiehlt Selbstisolation und Selbstquarantäne, weshalb m.E. der Begriff der Quarantäne diese hier je nach Einzelfall und Beweislage ebenfalls umfassen sollte.²⁹

3. Arbeitnehmer mit Kinderbetreuungspflichten

Praktisch relevant ist die Frage, ob ein Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR besteht, wenn Arbeitnehmer an der Arbeit verhindert sind, weil sie ihre Kinder zu Hause betreuen. Denn Kindergärten und Schulen sind in der Schweiz auf behördliche Anordnung hin seit dem 16. März 2020 geschlossen. **Art. 324a Abs. 1 OR** sieht eine **zeitlich beschränkte Lohnfortzahlungspflicht** des Arbeitgebers vor, wenn Arbeitnehmer aus Gründen, die «in der Person des Arbeitnehmers» liegen, ohne Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert sind.

Arbeitnehmer dürfen grundsätzlich gestützt auf Art. 36 Abs. 2 ArG zur **Betreuung kranker Kinder** bis zu drei Tage von der Arbeit fernbleiben. Wäh-

27 SCHWAAB (Fn. 24), N 13 ff. (bei Quarantäne nach Art. 40 EpG); EMANUEL GEORG TSCHANNEN, Das Corona-Massnahmenpaket des Bundesrats, Eine Würdigung aus arbeitsrechtlicher Perspektive, Jusletter 14.4.2020, N 31 (bei Quarantäne nach Art. 35 EpG und bei vom Arbeitgeber angeordneter Selbstquarantäne); JEAN-PHILIPPE DUNANT/RÉMY WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter «www.DroitDuTravail.ch», Université de Neuchâtel, 9.4.2020, S. 8 (nur bei der Selbstisolation, nicht bei der Selbstquarantäne, zu Art. 40 EpG äussern sie sich nicht).

28 THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 2020, S. 545 ff., S. 547 f.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 21), N 37.

29 Ebenso DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 7; dies, obwohl das BSV explizit sagt, Selbstisolation genüge nicht, siehe Kreisschreiben über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus – Corona-Erwerbsersatz (KS CE), Stand vom 17.3.2020, N 1036.

rend dieser Zeit gilt ein Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a Abs. 1 OR.³⁰ Denn einerseits ist die Arbeitsverhinderung zwecks Betreuung des kranken Kindes nicht weniger zwingend als die eigene Erkrankung des Arbeitnehmers, andererseits scheint in den ersten Tagen der Betreuung eines kranken Kindes die Gleichstellung mit einer höchstpersönlichen Pflicht gerechtfertigt. Diese Regelung gilt auch jetzt während der COVID-19-Pandemie. Nach drei Tagen muss dann aber eine andere Betreuungslösung organisiert werden. Da die Grosseltern meistens besonders gefährdete Personen sein werden, d.h. Personen ab 65 Jahren oder mit bestehender Vorerkrankung, und ausserdem der Kontakt mit anderen Menschen zu vermeiden ist, wird es schwierig sein, eine Lösung zu organisieren. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass Gerichte im Streitfall grosszügig sein werden und auch ein paar Tage mehr als angemessen erachten würden.

Die Frage der **Lohnfortzahlung bei Betreuung eines gesunden Kindes** über diese Zeit hinaus ist **sehr umstritten**. Das Arbeitsgericht Zürich hat zu Zeiten der Schweinegrippe entschieden, dass Eltern während der Kinderbetreuung wegen einer geschlossenen Kinderkrippe keinen Lohnfortzahlungsanspruch haben, weil die Arbeitsverhinderung nicht in den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers lag (das eigene Kind war nicht krank), sondern in der Seuchengefahr der Schweinegrippe.³¹ Diese stelle ein objektives Leistungshindernis dar, welches gleichermassen alle berufstätigen Eltern, deren Kinder in der Krippe betreut wurden, betraf.

Ein Teil der Lehre **bejaht die Anwendung von Art. 324a OR** und findet, dass allein entscheidend sei, dass es sich bei der Betreuung des eigenen Kindes um eine gesetzliche Pflicht handle (Art. 276 ZGB) und der Arbeitnehmer in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht an der Arbeit verhindert sei;³² die Unterscheidung, ob der Verhinderungsgrund in der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers liegt oder ob ein objektives Ereignis vorliegt, sei demnach nicht massgebend.³³

Ein anderer Teil der Lehre **verneint zu Recht die Anwendung von Art. 324a OR**. THOMAS PIETRUSZAK argumentiert überzeugend, warum Art. 276 ZGB nicht als gesetzliche Pflicht im Sinne von Art. 324a OR verstanden werden kann: Nicht alle gesetzlichen Pflichten in der schweizerischen Rechtsordnung fallen

30 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324a/b OR N 20 m.w.H.; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, Bern 2019, S. 296.

31 Arbeitsgericht ZH, 16.8.2010, JAR 2011, S. 628 ff., S. 629. Vgl. auch GUY LONGCHAMP, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (Hrsg.), *Commentaire du contrat de travail*, Stämpflis Handkommentar, Bern 2013, Art. 324a OR N 6, wonach Epidemien nicht unter Art. 324a OR fallen.

32 GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 21), N 20, 51 f.; SCHWAAB (Fn. 24), N 14.

33 GEISER (Fn. 28), S. 545 ff., S. 548, wobei auch er auf S. 546 zugesteht: «Objektive Leistungshindernisse, d.h. Ereignisse, die in der Regel einen grösseren Personenkreis betreffen, fallen demgegenüber in die Risikosphäre des Arbeitnehmers».

unter Art. 324a OR, das Privatleben des Arbeitnehmers findet nur restriktiv Eingang in das Arbeitsverhältnis und die gesetzliche Pflicht zur Kinderbetreuung ist keine höchstpersönliche Pflicht, welche den Arbeitnehmer im Wortlaut von Art. 324a Abs. 1 OR «in seiner Person» trifft.³⁴ Eine historische Auslegung von Art. 324a Abs. 1 OR unterstützt das Verständnis, dass nur höchstpersönliche Pflichten, die der Arbeitnehmer in eigener Person erfüllen muss, unter Art. 324a Abs. 1 OR fallen.³⁵ Wird Art. 324a OR abgelehnt, so besteht keine Lohnfortzahlungspflicht und Art. 119 Abs. 2 OR kommt zur Anwendung.

Weil die **Frage umstritten bleibt**, versuchen viele Arbeitgeber, eigene Lösungen zu schaffen, indem sie zusätzliche Ferientage zur Kinderbetreuung gewähren (z.B. UBS) oder indem sie z.B. Care-Verpflichtungen als Arbeitszeit anrechnen (z.B. ETH Zürich und Université de Lausanne).

Es bleibt die Möglichkeit einer EO-Entschädigung **bei Care-Verpflichtungen**, welche in der neuen COVID-19-Verordnung zum **Erwerbsausfall** geregelt ist. Sie ist vorgesehen für Eltern mit Kindern unter 12 Jahren, Eltern mit Minderjährigen, die einen Intensivpflegezuschlag nach Art. 42^{ter} Abs. 3 IVG erhalten, und Eltern mit Kindern bis zum vollendeten 20. Altersjahr, wenn diese eine Sonderschule besuchen (Art. 2 Abs. 1), und wenn diese ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen, weil die Fremdbetreuung der Kinder nicht mehr gewährleistet ist (Art. 2 Abs. 1^{bis} lit. a). Voraussetzung hierfür ist, dass das Eltern teil obligatorisch bei der AHV versichert ist (wohnhaft in der Schweiz oder in der Schweiz erwerbstätig) und einer unselbstständigen oder selbstständigen Erwerbstätigkeit nachgeht (Art. 2 Abs. 1^{bis} lit. b und c). Zudem darf keine Lohnfortzahlung des Arbeitgebers gegeben sein und keine andere (Sozial-)Versicherung darf Leistungen erbringen (Art. 2 Abs. 4). Der Anspruch besteht jedoch nur, wenn der Betreuungsbedarf auf behördliche Massnahmen gemäss Art. 35 und 40 EpG zur Bekämpfung des COVID-19 zurückzuführen ist (Art. 2 Abs. 1^{bis} lit. a). Mithin müssen die Kindergärten, Kindertagesstätten, Schulen, Institutionen nach Art. 27 IVG auf behördliche Anordnung hin geschlossen werden, oder die bisherige Betreuung durch eine Einzelperson ist nicht mehr möglich, weil diese Person besonders gefährdet ist (Art. 2 Abs. 5). Die EO-Entschädigung beträgt 80% des durchschnittlichen Bruttoeinkommens, höchstens aber CHF 196 pro Tag (Art. 5).

4. *Behördliche Betriebsschliessungen und -einschränkungen*

Eine weitere **Ausnahme zum Grundsatz «ohne Arbeit keine Lohn»** bildet **Art. 324 Abs. 1 OR**: Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer durch sein Verschulden oder aus einem anderen Grund, der in seiner Risikosphäre liegt, keine

34 Detaillierte Argumentation bei THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, Jusletter 14.4.2020, N 34 ff.

35 BBl 1967 II 333; Votum Hofstetter, AmtlBull NR 1969 452. Siehe dazu PIETRUSZAK (Fn. 34), N 37 ff.

Arbeit mehr anbieten kann, ist der Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung befreit, erhält aber trotzdem seinen Lohn. Zur Bestimmung der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers muss stets geklärt werden, ob das entsprechende Ereignis in die **Risikosphäre des Arbeitgebers** (sog. Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko) fällt oder ein Fall von objektiver Unmöglichkeit im Sinne von Art. 119 OR ist.³⁶ In casu ist diese entscheidende Frage für die behördlich angeordnete Schliessung von Betrieben (Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-VO 2) und die behördlich angeordnete Einschränkung von Betrieben (Art. 10a Abs. 2 COVID-19-VO 2) zu beantworten.

Das **Betriebsrisiko** des Arbeitgebers bei behördlich angeordneten Betriebschliessungen und -einschränkungen wird teilweise **bejaht**;³⁷ Hauptargument dafür ist, dass die Folgen von Pandemien zum Betriebsrisiko gehören, weil sich Betriebe gestützt auf das Epidemiegesezt darauf vorbereiten müssen. Eine solche Pflicht ist aber im EpG nicht vorgesehen³⁸ und ergibt sich auch aus dem Pandemieplan nicht: Die Unternehmen sollen sich lediglich mit Massnahmen beschäftigen, um im Pandemiefall die Mitarbeitenden vor Ansteckungen zu schützen und den Betrieb aufrecht zu erhalten.³⁹ Es gibt überzeugende Gründe, die Frage nach der Annahme eines Betriebsrisikos und somit einer Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers im Fall von behördlichen Betriebsschliessungen und -einschränkungen zu **verneinen**,⁴⁰ dies aus den folgenden Gründen:

Wir befinden uns heute in einer ausserordentlichen Lage. Die wirtschaftlichen Einschränkungen wurden für die gesamte Bevölkerung derart rasch und einschneidend wirksam, dass Arbeitgeber die Folgen der Pandemie nicht vorhersehen und sicherlich nicht vermeiden konnten.⁴¹ Es fehlt also für eine Anwendung von Art. 324 OR schon an der **Kausalität**, da es nicht möglich war, sich als Arbeitgeber auf die Pandemie so vorzubereiten, dass die Annahme der Arbeitsleistung der Arbeitnehmer möglich wäre.

Betriebsrisiken sind Risiken, die den wirtschaftlichen Aktivitäten des Arbeitgebers inhärent sind und die er betriebswirtschaftlich einkalkulieren kann. Ihnen ist grundsätzlich gemein, dass sie marktbedingt oder von Dritten verschuldet oder verursacht sind, für welche der Arbeitgeber einzustehen hat (z.B.

36 BGer 4A_291/2008 vom 2.12.2008, E. 3.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 30), Art. 324 OR N 5; DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 4.

37 GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 21), N 22, 40, 92; SCHWAAB (Fn. 24), N 5.

38 Auch aus Art. 19 Abs. 2 lit. b und d EpG und Art. 42 EpG ergibt sich keine solche allgemeine Pflicht.

39 BAG, Pandemieplan, Handbuch für die betriebliche Vorbereitung, 3. Aufl., Bern 2019.

40 Gleicher Meinung: PIETRUSZAK (Fn. 34), mit überzeugender und detaillierter Argumentation; UELI SOMMER/NATHALIE MÖRI, Coronavirus: Ansteckungsherd Arbeitsplatz – wie geht das Arbeitsrecht mit COVID-19 um?, Walder Wyss Employment News Nr. 43, Zürich 2020; IRÈNE SUTER-SIEBER/SARAH EICHENBERGER, Was, wenn der Arbeitnehmer der Kurzarbeit nicht zustimmt?, Walder Wyss Employment News Nr. 46, Zürich 2020; DUNAND/WYLER (Fn. 27), S. 4.

41 Das bedeutet nicht, dass Experten sie nicht vorhersehen konnten, siehe z.B. YI FAN/KAI ZHAO/ZHENG-LI SHI/PENG ZHOU, Bat Coronaviruses in China, *Viruses* 2019, 11(3), 210, <https://doi.org/10.3390/v11030210>.

Hilfspersonen, Arbeitnehmer). Nicht jedes beliebige Risiko, welches nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt, kann automatisch dem Arbeitgeber auf-erlegt werden. Der jetzige COVID-19-Lockdown fällt **weder in die Risikosphäre des Arbeitnehmers noch in jene des Arbeitgebers**; er ist vom Gesetz gar nicht geregelt oder vorgesehen.

Eine Argumentation mit Art. 91 OR (zum Gläubigerverzug im OR AT, der eine ungerechtfertigte Verweigerung des Gläubigers verlangt) spricht ebenfalls für dieses Resultat. Während gemäss Art. 91 OR ein persönlicher Grund auf Seiten des Gläubigers zum Gläubigerverzug führt, tut dies ein objektiver Grund nicht. Zum Gläubigerverzug des Arbeitgebers führen also Umstände, die in die Risikosphäre des Arbeitgebers fallen und die **keine objektiven (d.h. jeden treffenden) Gründe im Sinne von Art. 91 OR** sind.⁴² Die behördlichen Betriebsschliessungen und -einschränkungen sind aber als objektive Gründe im Sinne von Art. 91 OR zu qualifizieren; sie betreffen eine Vielzahl von Arbeitgebern gleichermaßen. Die Arbeitgeber haben keinen Einfluss auf die behördlichen Anordnungen, sodass die Verweigerung der Arbeitsannahme aus objektiver Sicht und somit der Gläubigerverzug im Sinne von Art. 91 OR gerechtfertigt ist.⁴³ Deshalb geht die Anwendung der Ausnahmeregelung von Art. 324 OR auf behördliche Betriebsschliessungen und -einschränkungen zu weit und ist nicht gerechtfertigt.

Wenn nun aber der Lockdown weder in die Risikosphäre des Arbeitgebers noch in jene des Arbeitnehmers fällt, stellt sich die Frage, was dann gilt. Wenden wir in dieser schwierigen Situation das **Obligationenrecht Allgemeiner Teil** an, so sieht es folgendermassen aus: Es gilt wieder der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn». Bei einer objektiven Unmöglichkeit der Leistungserbringung sind die **allgemeinen Regeln gemäss Art. 119 Abs. 2 OR** anzuwenden, sodass beide Parteien von der Leistungspflicht befreit sind.⁴⁴ Der Arbeitnehmer muss nicht zur Arbeit erscheinen und der Arbeitgeber keinen Lohn zahlen; der Vertrag ist ausgesetzt. Art. 119 OR regelt nur das Schicksal von Forderung und Gegenforderung, lässt aber das Schuldverhältnis insgesamt unberührt.⁴⁵ Das Arbeitsverhältnis besteht daher weiter, nur sind während des Lockdowns weder Arbeitsleistung noch Lohn geschuldet. Der Arbeitgeber kann den Betrieb temporär schliessen und während dieser Zeit Kurzarbeit (unten IV.) beantragen.

Anders als Arbeitnehmer haben Selbständigerwerbende einen Anspruch auf **EO-Entschädigung**, wenn sie aufgrund einer Massnahme nach Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-VO 2 einen Erwerbsausfall erleiden und AHV-versichert sind (Art. 2 Abs. 3 COVID-19-VO Erwerbsausfall). Eine EO-Entschädigung

42 So die Argumentation von PIETRUSZAK (Fn. 34), N 23.

43 PIETRUSZAK (Fn. 34), N 20 ff.

44 DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 4.

45 VIKTOR AEPLI, Zürcher Kommentar zu Art. 114–126 OR, Das Erlöschen der Obligationen, 3. Aufl., Zürich 1991, Art. 119 N 8.

erhalten mit Beschluss vom 16. April 2020 neu auch Selbständigerwerbende, die nur indirekt von den behördlichen Massnahmen betroffen sind, weil sie zwar weiterarbeiten dürfen, aber wegen den Massnahmen einen Erwerbsausfall erleiden, wenn ihr für die Bemessung der AHV-Beiträge massgebendes Einkommen zwischen CHF 10 000 und 90 000 liegt (Art. 2 Abs. 3^{bis} COVID-19-VO Erwerbsausfall).

II. Sicherheitsmassnahmen am Arbeitsplatz

Gemäss Art. 328 OR und Art. 6 ArG ist der Arbeitgeber verpflichtet, seine Arbeitnehmer vor Gefahren für deren Gesundheit zu schützen. Arbeitgeber haben alle Massnahmen zu treffen, die den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind, die also für den Betrieb angesichts der technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse zumutbar sind. Die Sicherstellung aller erforderlichen und geeigneten Massnahmen der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes sollte während dieser Pandemie allen Arbeitgebern ein **Riesenthema** sein. Aktuell geht die Fürsorgepflicht sicherlich weiter als sonst, gegenüber besonders gefährdeten Personen ist sie besonders gross. Auf die gesundheitlichen Anliegen der Arbeitnehmer sollte möglichst Rücksicht genommen werden.

Die **Verantwortung** für die Umsetzung eines angemessenen Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz liegt beim Arbeitgeber. Dogmatisch gesehen ist die Verletzung der Sicherheitsmassnahmen durch den Arbeitgeber ein Fall des Annahmeverzugs gemäss Art. 324 OR, d.h. der Arbeitnehmer darf seine Arbeit verweigern und es besteht trotzdem eine Lohnzahlungspflicht. Ausserdem kommt eine Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers wegen Verletzung der Fürsorgepflicht in Frage, sodass auch aus diesem Blickwinkel eine strenge Befolgung der behördlichen Vorschriften und Leitlinien zu empfehlen ist.

Arbeitgeber müssen aufgrund ihrer Fürsorgepflicht die Gesundheit der Arbeitnehmer schützen, indem sie Weisungen gemäss Art. 321d OR und aufgrund von Art. 6 Abs. 3 ArG sowie Art. 10 ArGV 3 erlassen. Es gilt, die aktuelle Lage international sowie schweizweit aufmerksam zu verfolgen und täglich die **Vorgaben des Bundesamtes für Gesundheit BAG, des Bundesrates und der kantonalen Stellen** zu konsultieren. Es ist fortlaufend zu entscheiden, ob Weisungen angebracht bzw. weitergehende Massnahmen anzuordnen sind. Zunächst ist an Weisungen betreffend die Hygiene und soziale Distanz am Arbeitsplatz zu denken (Abstand von 2 Metern in Arbeits-, Pausen- und Ruheräumen, Umkleidekabinen und Kantinen, Händewaschen mit Seife, Mund, Nase und Augen möglichst nicht berühren, Arbeitsplatz desinfizieren und vermehrt reinigen, kein Händeschütteln, Schutzausrüstung wie Masken, Brillen, Handschuhe etc.⁴⁶). Dienstreisen und Präsenzveranstaltungen sollten auf das

46 BAG Merkblatt, COVID-19: Informationen und Empfehlungen für die Arbeitswelt, Stand 13.3.2020; BAG Website, Neues Coronavirus: Empfehlungen für die Arbeitswelt; SECO und

absolute Minimum reduziert bzw. nach Möglichkeit durch Telefon- oder Video-Konferenzen ersetzt werden. Selbst Arbeitnehmer, die keiner Risikogruppe angehören, sollten angehalten werden, im Home-Office zu arbeiten, wo dies möglich ist. Ist dies nicht möglich, sollte durch die Einsatzplanung darauf geachtet werden, dass Arbeitnehmer nicht zu Stosszeiten im öffentlichen Verkehr pendeln müssen. Die Arbeitgeber sollen ihre Arbeitnehmer über persönliche und arbeitsplatzbezogene Schutzmassnahmen laufend informieren.

In Arbeitssituationen, in denen die Arbeitnehmer mit infizierten Personen in Berührung kommen, wie z.B. im **Gesundheitssektor**, können strengere und aufwändigere Massnahmen erforderlich sein. So ist es m.E. einer am COVID-19-infizierten Patienten arbeitenden Person nicht zumutbar, ohne adäquate Schutzausrüstung arbeiten zu müssen, auch wenn diese Mangelware ist.

Der **Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer**⁴⁷ war in den letzten Wochen umstritten und Art. 10c COVID-19-VO 2 wurde mehrfach geändert, zuletzt am 16. April 2020. Bei der schrittweisen Öffnung gewisser Dienstleistungen und Betriebe sollen besonders gefährdete Arbeitnehmer umfassend geschützt und für sie ggf. besondere Vorkehrungen nach Art. 10c getroffen werden.

Im Sinne einer **Kaskadenordnung** werden die detaillierten Möglichkeiten, die zur Verfügung stehen, aufgeführt. Für Arbeitnehmer, die einer Risikogruppe angehören, muss der Arbeitgeber Home-Office anordnen und dafür geeignete organisatorische und technische Massnahmen treffen (Abs. 1). Kann die angestammte Arbeitsverpflichtung nicht im Home-Office erfüllt werden, so weist der Arbeitgeber bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit zu (Abs. 2). Ist aus betrieblichen Gründen die Präsenz besonders gefährdeter Arbeitnehmer vor Ort unabdingbar, so müssen gewisse Voraussetzungen des Social Distancing und Schutzmassnahmen nach dem STOP-Prinzip ergriffen werden (Abs. 3)⁴⁸. Dabei sei anzustreben, «dass die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Ort so gut geschützt werden, dass sie keinem grösseren Risiko ausgesetzt sind als wenn sie von zu Hause aus arbeiten würden»,⁴⁹ was mir reichlich ehrgeizig scheint. Ist schliesslich auch diese

BAG Merkblatt, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Coronavirus (COVID-19), Merkblatt für Arbeitgeber, Stand 16.4.2020; siehe auch Art. 10c Abs. 2 COVID-19-VO 2.

47 Als besonders gefährdete Personen gelten (1) alle Personen ab 65 Jahren und (2) Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs (Art. 10b COVID-19-VO 2). Diese Kategorien werden neu durch einen Anhang medizinischer Kriterien präzisiert, der vom BAG dauernd nachgeführt wird.

48 STOP: Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung. Siehe dazu Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13.3.2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2), Fassung vom 16.4.2020, Stand 17.4.2020, S. 33.

49 Erläuterungen zur COVID-19-VO 2 (Fn. 47), S. 32.

dritte Stufe nicht möglich, kann der Arbeitgeber bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit vor Ort zuweisen, wenn die Voraussetzungen des Social Distancing und STOP-Prinzips erfüllt sind (Abs. 4).

Der neue Absatz 6 geht sehr weit und erlaubt es dem Arbeitnehmer, die zugewiesene Ersatzarbeit **abzulehnen**, wenn die Voraussetzungen der Abs. 1–4 nicht erfüllt sind oder er die Ansteckungsgefahr aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachtet. Nicht besonders gefährdete Arbeitnehmer geraten hingegen in Verzug, wenn sie die Arbeit aus Furcht vor Ansteckung verweigern, solange die Schutzmassnahmen durch den Arbeitgeber gewährleistet werden. Absatz 6 kann finanzielle Konsequenzen haben, denn wenn es nicht möglich ist, die betroffenen Arbeitnehmer nach dieser Kaskadenordnung zu beschäftigen, oder wenn diese die zugewiesene Arbeit ablehnen, so sind sie unter Lohnfortzahlungspflicht (nach Art. 324 OR) freizustellen (Abs. 7). Diese **Lohnfortzahlungspflicht sui generis** kennt das Arbeitsrecht bis anhin nicht und sie ist eine Sondernorm aufgrund der COVID-19-Krise. Das SECO bejaht aber in solchen Fällen u.U. einen Anspruch auf KAE,⁵⁰ was die praktische Bedeutung von Abs. 6 und 7 entschärft. Alternativ wäre ein Ersatz der Lohnkosten nach Art. 63 EpG zu überlegen (oben B.III.) oder der Bundesrat könnte eine Übernahme der Lohnkosten durch eine Bestimmung in der COVID-19-VO Erwerbsausfall vorsehen, was er aber bis anhin nicht getan hat. Arbeitnehmer machen ihre besondere Gefährdung durch eine **persönliche Erklärung** geltend; der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen (Abs. 8). Im Fall der Ablehnung aus besonderen Gründen kann der Arbeitgeber ein ärztliches Attest verlangen, das die besonderen Gründe bestätigt. Die Verordnung verpflichtet die Arbeitnehmer nicht, die Arbeitgeber auf ihre besondere Gefährdung hinzuweisen, was zwar aus Gründen des Persönlichkeits- und Datenschutzes zu begrüssen ist, was aber dazu führen kann, dass ein uninformierter Arbeitgeber seinen Pflichten nach Art. 10c COVID-19-VO 2 nicht nachkommen kann. Eine wichtige Frage ist hier deshalb, zu welchen Bedingungen Arbeitgeber von ihren Arbeitnehmern Informationen über deren Gesundheitszustand verlangen können.⁵¹

Offen bleibt, wie mit Arbeitnehmern zu verfahren ist, welche in **Hausgemeinschaft mit einer besonders gefährdeten Person** leben. Diese Arbeitnehmer sollten aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ebenfalls prioritär im Home-Office arbeiten dürfen (z.B. bei Split Operations), und wenn dies nicht möglich ist, müssen erhöhte organisatorische und technische Massnahmen getroffen werden, um die Einhaltung der Schutzmassnahmen betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen.

50 SECO, Website, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Coronavirus, <www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/neues_coronavirus/gesundheitschutz_arbeitsplatzcoronavirus.html>.

51 Vgl. auch ISABELLE WILDHABER, Genetische und medizinische Informationen in der Arbeitswelt, SZG 2011, S. 251 ff.

Insgesamt hat der Arbeitgeber am Arbeitsplatz alle ihm zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die Ansteckungsgefahr zu minimieren. Am 16. April 2020 hat der Bundesrat eine **schrittweise Lockerung des Lockdowns** beschlossen. Ab dem 27. April wird somit ein langsames Hochfahren der Betriebe ermöglicht. Ein solches Hochfahren wird die Unternehmen erneut vor eine Vielzahl von Herausforderungen stellen, und zwar auch arbeitsrechtlicher Natur. Die Lockerungen werden durch **Schutzkonzepte** begleitet, welche die Betreiber von Einrichtungen und Organisatoren von Veranstaltungen gewährleisten müssen (Art. 6a COVID-19-VO 2 zu den Schutzkonzepten wird am 27. April 2020 in Kraft treten). Das BAG wird in Zusammenarbeit mit dem SECO die gesundheits- und arbeitsrechtlichen Vorgaben festlegen und die Branchen- und Berufsverbände werden branchenbezogene Grobkonzepte erarbeiten und dabei die Sozialpartner anhören. Mit derartigen Schutzkonzepten können die Sicherheit und der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz beim Hochfahren der Wirtschaft in Zeiten der Pandemie gewährleistet und gleichzeitig ein exponentieller (Wieder-)Anstieg der Infektionszahlen verhindert werden. Ein Vorgehen mit Schutzkonzepten gibt m.E. eine gute Möglichkeit, Massnahmen des Gesundheitsschutzes dort zu ergreifen, wo dies noch nicht geschehen ist, und bereits bestehende Massnahmen zu aktualisieren, um Compliance-Risiken zu minimieren.

Dabei ist es sinnvoll, Sozialpartner und Branchen- und Berufsverbände zu involvieren, aber auch die Arbeitnehmer und Arbeitnehmervertretungen direkt. Denn bei Fragen des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz haben letztere **Informations- und Konsultationsrechte** (Art. 48 Abs. 1 ArG und Art. 6 Abs. 1 ArGV 3). Der Austausch zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ist bezüglich der in einem Betrieb zu treffenden Sicherheitsmassnahmen sehr wichtig, ganz besonders in den nächsten Wochen der Lockerungen des Lockdowns im Rahmen der Schutzkonzepte. Es ist Arbeitgebern zu empfehlen, mit den Arbeitnehmervertretungen Regelungen zu erarbeiten, wie mit Home-Office, kurzfristigen Anpassungen von Arbeitszeitregelungen, Abklärungen bei COVID-19-Verdachtsfällen und mit Schutzkonzepten zu verfahren ist. Art. 10c Abs. 5 COVID-19-VO 2 sieht zudem ein individuelles Recht auf Anhörung der betroffenen besonders gefährdeten Arbeitnehmer vor.

Folgende **Schutzmassnahmen**, die selbstverständlich weder diskriminieren noch das Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer oder den Datenschutz verletzen dürfen, kommen in Frage:

- Schutzvorrichtungen bei Publikumsverkehr, in Empfangsbereichen, Schalterbereichen;
- Umsetzung der sozialen Distanz (Ausdünnung von Schichten, Änderung von Schichtzeiten, Einführung von Schichtarbeit, alternierendes [mobiles] Arbeiten, versetzte Arbeits- und Pausenzeiten, Umsetzung von Schreibtischen, Arbeitstischen, Anbringung von Abstandshaltern/-hinweisen etc.);
- Ausschluss oder Beschränkung von Meetings, Konferenzen, Fortbildungen vor Ort;

- Anweisung zu Hygienemassnahmen und Verhaltensregeln, Maskenpflicht bei unvermeidbarem Kontakt zu anderen Personen oder nicht einhaltbaren Schutzabständen, personenbezogene Verwendung von Werkzeugen und Arbeitsmitteln bzw. Reinigung, besondere Schutzausrüstung des Gesundheitspersonals;
- Umwidmung von Räumen, um weitere Arbeitsplätze zu schaffen;
- Soziale Distanz in Sozialbereichen (Zulassung begrenzter Mitarbeiterzahlen, Schliessung von Sozialeinrichtungen, Änderung der Öffnungs-/Nutzungszeiten);
- Besondere Reinigungsaufgaben, Lüftung und Desinfizierung;
- Einlasskontrollen und Gesundheitsprüfungen (Umsetzung von Quarantäne-Auflagen und -zeiten, generelle Pflicht zur Messung der Körpertemperatur bei Betreten des Betriebsgeländes,⁵² Installation thermographischer Kameras, Prüfen von Infektionsketten, Aufstellen von Regelungen zur raschen Aufklärung von Verdachtsfällen auf COVID-19, Informationspflicht auch bei privaten Reisen in Risikogebiete und -länder, da solche zu Quarantäne und zur Anwendung von Art. 324a OR führen können, in Zukunft evtl. Impfzwang für bestimmte Berufsgruppen⁵³, sowie mit Zurückhaltung Tracking Apps).

III. Home-Office

Home-Office ist in der COVID-19-Arbeitswelt der Begriff der Stunde. In vielen Branchen war Home-Office bislang wenig verbreitet, in anderen ist es praktisch nicht möglich. Es gibt auch in COVID-19-Zeiten **keine allgemeine Pflicht der Arbeitgeber**, Arbeitnehmern das Home-Office zu ermöglichen, und **keinen Rechtsanspruch** der Arbeitnehmer auf Home-Office. Im Rahmen der Fürsorgepflicht von Art. 328 OR muss der Arbeitgeber aber alles Notwendige und ihm Zumutbare unternehmen, um die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen. Daraus kann sich die Obliegenheit ergeben, den Arbeitnehmern Home-Office zu ermöglichen. Gleichzeitig darf der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer gestützt auf dessen Treuepflicht erwarten, dass dieser mindestens vorübergehend im Home-Office arbeitet, selbst wenn dies vertraglich nicht vorgesehen ist. Aufgrund der ausserordentlichen Lage dürften sämtliche Arbeitnehmer derzeit verpflichtet sein, der Anweisung zur Arbeit im Home-Office nachzukommen, wenn keine besonderen Umstände dagegen sprechen.

Ein Rechtsanspruch der Arbeitnehmer auf Home-Office besteht gemäss Art. 10c COVID-19-VO 2 **für besonders gefährdete Personen**, denen erlaubt werden muss, im Home-Office zu arbeiten, wenn nötig mit einer angemessenen

52 Zu Recht bejahend MICHAEL FUHLROTT, Arbeitsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang der Coronavirus-Epidemie, GWR 2020, S. 107 ff.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 21), N 70; kritisch im Hinblick auf den Datenschutz DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 20 f.

53 RUDOLPH (Fn. 15), S. 1 ff.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 21), N 58.

Ersatzarbeit (siehe zur detaillierten Kaskadenordnung vom 16. April 2020 oben C.II.).

Der Arbeitgeber muss die **Kosten** für eine angemessene Entschädigung für vom Arbeitnehmer zur Verfügung gestellte Geräte und Material (Art. 327 Abs. 2 OR) und die effektiven Auslagen (Art. 327a OR) im Home-Office übernehmen, nicht aber, wenn das Home-Office freiwillig gemacht wird, d.h. dem Arbeitnehmer ein Büro am Arbeitsplatz zur Verfügung steht.⁵⁴ In der aktuellen COVID-19-Lage erscheint fraglich, ob Home-Office in diesem Sinn als freiwillig gelten kann; denn das Home-Office soll wenn immer möglich angeordnet und durchgeführt werden. Der Arbeitgeber darf vom Arbeitnehmer aufgrund dessen Treuepflicht in dieser Ausnahmesituation erwarten, dass er einen vorhandenen Internetanschluss und vorhandene private Geräte (wenn sie nicht für Home Schooling gebraucht werden) entschädigungslos für die Arbeit im Home-Office vorübergehend zur Verfügung stellt. Im Übrigen hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den nötigen Geräten auszustatten (Art. 327 Abs. 1 OR).

Auch im Home-Office zu COVID-19-Zeiten gelten grundsätzlich sämtliche **üblichen Bestimmungen** zur Geheimhaltungspflicht, zum Datenschutz, die Vorschriften des Arbeitsgesetzes (Ruhezeiten, Verbot von Nacht- und Sonntagsarbeit, Gesundheitsschutz) und zur Arbeitszeiterfassung.⁵⁵ Allerdings wird die Implementierung einer Zeiterfassungsmethode sowie die Kontrolle des Gesundheitsschutzes am Home-Office-Arbeitsplatz mit zusätzlichen Schwierigkeiten verbunden sein, die es pragmatisch zu lösen gilt.

IV. Kurzarbeit

Eine wichtige Möglichkeit zur Gewährleistung der Kontinuität des Unternehmens ist die **Einführung von Kurzarbeit** (Art. 31 ff. AVIG). Sie dient dem Erhalt von Arbeitsplätzen und dem Ausgleich von Beschäftigungseinbrüchen, indem versicherten Arbeitnehmern – deren reguläre Arbeitszeit verkürzt oder ganz eingestellt wird – ein angemessener Ersatz für Erwerbsausfälle garantiert wird.⁵⁶ Zudem wird während der Dauer der Kurzarbeit der sozialversicherungsrechtliche Schutz der Arbeitnehmer sowie die Vermeidung von Beitragslücken mit Blick auf die berufliche Vorsorge gewährleistet. Dazu kann dem kantonalen Arbeitsamt die Kurzarbeit angemeldet werden. Bei gegebenen Voraussetzungen erteilt das kantonale Arbeitsamt seine Zustimmung und das Unternehmen kann einen Antrag auf KAE bei der Arbeitslosenkasse einreichen. Die KAE deckt jedoch nur 80% des Monatssalärs und maximal CHF 9 880 pro Monat (Art. 34 Abs. 1 und 2 AVIG).

54 PHILIPPE NORDMANN/FABIAN LOOSER, Anordnung von Homeoffice durch den Arbeitgeber aufgrund des Coronavirus, Walder Wyss Employment News Nr. 45, Basel 2020.

55 DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 27.

56 BGE 121 V 375 E. 3a.

Seit dem 9. April 2020 gelten, teilweise rückwirkend ab 1. März 2020, gewisse **Vereinfachungen bei der KAE**. Von der aktuellen wirtschaftlichen Ausnahmesituation sind auch Personen, welche befristet, temporär oder in arbeitgeberähnlichen Anstellungen arbeiten, sowie Personen, die in einem Lehrverhältnis stehen, stark betroffen. Deshalb werden die Ansprüche auf KAE in der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit COVID-19 («COVID-19-VO Arbeitslosenversicherung»)⁵⁷ ausgeweitet und die Beantragung vereinfacht. Kurzarbeit wird bewilligt, wenn das Unternehmen als Folge der Coronavirus-Krise einen Auftragseinbruch oder Betriebsunterbruch erleidet, der zu einem vorübergehenden Arbeitsausfall von mindestens 10% führt.

Damit ein Betrieb von diesen staatlichen Unterstützungsleistungen profitieren kann, müssen die betroffenen Arbeitnehmer der **Massnahme der Kurzarbeit zustimmen**. In der Praxis stellt sich regelmässig die Frage, was es bedeutet, wenn ein Arbeitnehmer nicht in die Kurzarbeit einwilligt. Dass die Lohnfortzahlungspflicht bei COVID-19-Konstellationen schwierig ist, wurde bereits diskutiert (oben C.I.). Wenn eine **Lohnfortzahlungspflicht besteht** und der Arbeitgeber bei fehlender Zustimmung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit in Arbeitgeberverzug kommen würde, so bedeutet dies, dass der Arbeitgeber weiterhin den vollen bisherigen Lohn nach Arbeitsvertrag leisten muss, ohne aber dafür vom Arbeitsamt entschädigt zu werden. Der Arbeitnehmer nimmt so das Risiko der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers respektive seiner Kündigung in Kauf. Wenn **keine Lohnfortzahlungspflicht besteht**, also nach der hier vertretenen Ansicht z.B. bei einer behördlich angeordneten Betriebsschliessung, so ist es im Interesse des Arbeitnehmers, der Kurzarbeit zuzustimmen, weil er dadurch immerhin die KAE (anstatt nichts) erhält. In der Praxis werden grösstenteils Arbeitnehmer im Hochlohnsegment die Verweigerung der Zustimmung zur Kurzarbeit in Betracht ziehen. In diesen Fällen macht es also durchaus Sinn, die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324 OR abzulehnen, denn es wäre stossend, wenn diese Arbeitnehmer den Arbeitgeber mit der Verweigerung der Zustimmung in den finanziellen Ruin treiben könnten.⁵⁸ Dies würde zur Schädigung sämtlicher, auch der weniger gut bezahlten, Arbeitnehmer führen und liefe dem Ziel der KAE zuwider.

Selbständigerwerbende haben **keinen Anspruch** auf KAE. Etwas anderes gilt nur für Gesellschafter einer GmbH oder AG, die im Betrieb mitarbeiten und einen Lohn beziehen (Art. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung).

57 Verordnung vom 20. 3. 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033).

58 IRÈNE SUTER-SIEBER/SARAH EICHENBERGER, Was, wenn der Arbeitnehmer der Kurzarbeit nicht zustimmt?, Walder Wyss Employment News Nr. 46, Zürich 2020.

V. Geänderte Auftragslage: Handlungsoptionen

Die Massnahmen des Bundesrates haben viele Aktivitäten des Dienstleistungssektors (Beherbergungs- und Gaststättengewerbe, Einzelhandel usw.) stark beeinträchtigt, während die Produktionsindustrie Störungen entlang der Lieferketten und einen starken Rückgang der Nachfrage nach Gütern zu verzeichnen hat. Darauf müssen die Unternehmen reagieren und **Einsparungsmassnahmen** in Erwägung ziehen. Folgende **arbeitsrechtliche Instrumente** kommen in Frage:

- Betriebsschliessungen;
- Bezug von **Ferien**: Grundsätzlich kann der Arbeitgeber Ferien anordnen, wenn ansonsten das Unternehmen in ernsthafte Schwierigkeiten geraten würde. Die ungeklärte Frage ist, welche Vorlaufzeit es braucht. Obwohl seit dem Lockdown ein dringliches betriebliches Bedürfnis bestehen mag, muss auch für Zwangsferien eine gewisse Ankündigungsfrist berücksichtigt werden. Wie lange diese angesichts der ausserordentlichen Lage sein muss, ist unklar.⁵⁹ Dass Arbeitnehmer derzeit nicht verreisen und selbst in der Schweiz die Ferien nicht mit den üblichen Freizeitaktivitäten verbringen können, dürfte die Anordnung von Ferien mit Blick auf deren Erholungszweck nicht hindern.⁶⁰ Auch Ferien auf Balkonien können grundsätzlich Ferien sein. Anstatt die Arbeitnehmer zu kurzfristig in die Zwangsferien zu schicken, ist den Arbeitgebern zu empfehlen, vorrangig Kurzarbeit anzumelden.
- Abbau von **Überstunden**: Grundsätzlich ist es so, dass die Kompensation von Überstunden die Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer voraussetzt, und zwar sowohl zum Grundsatz der Kompensation sowie zu deren Zeitpunkt und zu deren Dauer. Sollte jedoch nicht genügend Arbeit vorhanden sein, bin ich der Meinung, dass der Arbeitgeber ausnahmsweise und je nach Umständen die Kompensation der Überstunden einseitig anordnen kann,⁶¹ dies aufgrund der Treuepflicht der Arbeitnehmer und aufgrund von Art. 2 ZGB.
- Arbeitszeitverkürzungen, im Einverständnis mit den betroffenen Arbeitnehmern;
- Kurzarbeit (oben unter IV.);
- Vereinbarung von unbezahltem Urlaub;
- Kündigungen und Massenentlassungen.

59 DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 35; ISABELLE WILDHABER, Interview in der Handelszeitung und Blick vom 5.4.2020, Wegen der Coronakrise: Dürfen Chefs jetzt Ferien anordnen?, <<https://www.blick.ch/news/wirtschaft/wegen-der-coronakrise-duerfen-chefs-jetzt-ferien-anordnen-id-15830186.html>>.

60 Ebenso GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 21), N 65. A.M. DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 24 f. (siehe vergleichen die heutige Situation mit allen Einschränkungen mit der Lage von in den Ferien erkrankten Arbeitnehmenden).

61 DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 22.

In bestimmten Branchen ist hingegen ein Auftrags- bzw. Arbeitszuwachs zu verzeichnen, welcher eine **Ausweitung** der Produktion (z.B. Pharmaunternehmen, Hersteller von Berufsbekleidungen) oder der Arbeit (z.B. Spitäler) nötig macht. Dazu könnten folgende **arbeitsrechtliche Massnahmen** dienen:

- Anordnung von Überstunden;⁶²
- personelle Verstärkung von Arbeitsschichten oder Wechsel auf Vollschticht;
- Einholen von Bewilligungen für Nacht-, Sonntags- und Feiertagsarbeit (mit Ausnahme von Spitalabteilungen gemäss Art. 10a Abs. 5 COVID-19-VO 2, bei denen die Arbeits- und Ruhezeiten nach ArG sistiert werden);
- Einsatz von Leiharbeitskräften;
- Erhöhung der vertraglichen Arbeitszeit im Einverständnis mit den betroffenen Arbeitnehmern;
- Neueinstellungen mit befristeten Arbeitsverträgen.

D. Fazit

Eine vergleichbare Situation mit ähnlichen Auswirkungen auf das öffentliche Leben hat es so in den letzten Jahrzehnten nicht gegeben, weshalb sowohl praktische Erfahrungen als auch einschlägige, insbesondere bundesgerichtliche Urteile fehlen. Die arbeitsrechtlichen Aspekte einer Pandemie bleiben zu einem nicht unerheblichen Teil schwierig fassbar. Basisprinzipien wie Verhältnismässigkeit und Interessenabwägung sind zentral. Die Lösung der arbeitsrechtlichen Fragestellungen bei Pandemien (z.B. die Einordnung des Lockdowns in die Risikosphären des Arbeitgebers und Arbeitnehmers) erfordert eine gewisse juristische Kreativität und ein interdisziplinäres Denken, oder mit FRANCIS PICABIA gesprochen: «Unser Kopf ist rund, damit das Denken die Richtung wechseln kann.»

Zusammenfassung

Die Auswirkungen des seit dem 16. März 2020 bestehenden Lockdowns sind tiefgreifend, weitreichend und beispiellos. Eine vergleichbare Situation mit ähnlichen Auswirkungen auf das öffentliche Leben hat es so in den letzten Jahrzehnten nicht gegeben, weshalb aus arbeitsrechtlicher Sicht sowohl praktische Erfahrungen als auch einschlägige, insbesondere bundesgerichtliche Urteile fehlen. Die arbeitsrechtlichen Aspekte einer Pandemie bleiben zu einem nicht unerheblichen Teil schwierig fassbar. Der Aufsatz setzt sich in einem allgemeinen Teil mit grundsätzlichen Gedanken zum Arbeitsrecht in

62 DUNANT/WYLER (Fn. 27), S. 21, mit Hinweis auf Art. 10a Abs. 5 COVID-19-VO 2.

Pandemiezeiten und dem Zusammenspiel von Katastrophenschutz und Arbeitsrecht auseinander. In einem besonderen Teil behandelt der Aufsatz einige ausgewählte arbeitsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der aktuellen COVID-19-Pandemie; dazu gehören die Lohnfortzahlung und Erwerbsausfall, Sicherheitsmassnahmen am Arbeitsplatz, der Schutz besonders gefährdeter Personen, Home-Office, Kurzarbeit und die arbeitsrechtlichen Handlungsoptionen bei geänderter Auftragslage.

Résumé

Les effets du quasi-confinement en place depuis le 16 mars 2020 sont profonds, de grande ampleur et sans précédents. Il n'y a pas eu de situation comparable au cours des dernières décennies ayant eu des effets similaires sur la vie publique. Cela explique aussi le manque d'expérience pratique et de décisions pertinentes, notamment fédérales, en matière de droit du travail. Les aspects de droit du travail d'une pandémie restent dans une mesure non négligeable difficiles à appréhender. Dans sa partie générale, l'article traite de réflexions fondamentales sur le droit du travail en temps de pandémie et de l'interaction entre protection contre les catastrophes et droit du travail. Dans une partie spéciale, il aborde alors certaines questions de droit du travail liées à la pandémie actuelle de COVID-19. Il s'agit notamment du maintien du paiement des salaires et de la perte de gains, des mesures de sécurité sur le lieu de travail, de la protection des personnes particulièrement vulnérables, du travail à domicile, du chômage partiel et des options à disposition en vertu du droit du travail en cas de modification du nombre des commandes.