

Thomas Pietruszak

Lockdown und Lohnfortzahlung

Aufgrund der raschen Verbreitung des Coronavirus hat der Bundesrat Mitte März 2020 mittels Notrecht schweizweit öffentliche und private Veranstaltungen untersagt, öffentlich zugängliche Einrichtungen geschlossen und den Unterricht an sämtlichen Schulen eingestellt. Zahlreiche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer können aufgrund dieser Massnahmen nicht oder nur beschränkt arbeiten oder sind wegen Kinderbetreuung an der Arbeit verhindert. Der vorliegende Beitrag untersucht, ob der Arbeitgeber für die entsprechenden Ausfallzeiten Lohnfortzahlung schuldet.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Pietruszak, Lockdown und Lohnfortzahlung, in: Jusletter 14. April 2020

Inhaltsübersicht

Einleitung

- 1 Der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» und seine Ausnahmen
- 2 Arbeitsverhinderung durch behördliche Betriebsschliessungen oder -einschränkungen
- 3 Arbeitsverhinderung wegen der Betreuung von Kindern

Einleitung

[1] Die Schweiz befindet sich zurzeit in einer «ausserordentlichen Lage». Um die Verbreitung des Coronavirus in der Schweiz einzudämmen und besonders gefährdete Personen vor einer Erkrankung an COVID-19 zu schützen, hat der Bundesrat mittels Notrecht die Schliessung von öffentlichen Einrichtungen und des öffentlichen Lebens angeordnet, den sogenannten Lockdown¹. Seit dem 17. März 2020 sind schweizweit öffentliche und private Veranstaltungen untersagt und öffentlich zugängliche Einrichtungen geschlossen². Dies betrifft namentlich Einkaufsläden und Märkte, soweit sie nicht Lebensmittel oder Gegenstände des täglichen Bedarfs anbieten, weiter alle Restaurants, Bars sowie Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe, und ferner alle Betriebe, die personenbezogene Dienstleistungen mit Körperkontakt anbieten, wie Coiffeursalons, Massage-, Tattoo- und Kosmetikstudios. Gesundheitseinrichtungen, wie Spitäler und Kliniken, Arztpraxen und Zahnarztpraxen, ist es verboten, nicht dringend angezeigte medizinische Untersuchungen, Behandlungen und Therapien durchzuführen³.

[2] Diese behördlich angeordneten Betriebsschliessungen und -einschränkungen haben drastische wirtschaftliche Folgen für die betroffenen Betriebe und ihre Zulieferer. Auch die angestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind stark betroffen, indem sie während des Lockdowns entweder gar nicht mehr arbeiten können (z.B. Coiffeure, Kosmetikerinnen, Dentalhygienikerinnen) oder nur noch reduziert. Arbeitsrechtlich stellt sich dabei die Frage, ob die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für die Zeit ihres Arbeitsausfalls weiterhin einen Lohnanspruch haben.

[3] Der Lockdown führt aber nicht nur zu betriebsseitigen Arbeitsausfällen. Per 16. März 2020 hat der Bundesrat den Unterricht an sämtlichen Schulen in der Schweiz eingestellt⁴. Spielgruppen sind ebenfalls untersagt⁵. Zahlreiche Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind dadurch faktisch gezwungen, ihre Kinder selbst zu betreuen, und dies mitunter zu Zeiten, in denen sie eigentlich arbeiten müssten, was zu entsprechenden Arbeitsverhinderungen führt. Auch hier stellt sich die arbeitsrechtliche Frage, ob während der Dauer dieser Arbeitsverhinderungen ein Lohnfortzahlungsanspruch besteht.

[4] Diesen Fragen widmet sich der vorliegende Beitrag. THOMAS GEISER, ROLAND MÜLLER und KURT PÄRLI bejahen in ihrem im Jusletter vom 23. März 2020 publizierten Aufsatz in beiden Fäl-

¹ Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19; COVID-19-Verordnung 2, SR 818.101.24).

² Art. 6 COVID-19-Verordnung 2.

³ Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2.

⁴ Art. 5 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2.

⁵ Art. 6 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2.

len Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers⁶. Die vorliegende Analyse überprüft dies und kommt zu gegenteiligen Ergebnissen.

[5] Durch das Massnahmenpaket, das der Bundesrat zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen des Lockdowns verabschiedet hat, wird die Frage der Lohnfortzahlungspflicht nicht gegenstandslos. Für die betriebsseitigen Arbeitsausfälle steht die Kurzarbeitsentschädigung zur Verfügung⁷. Diese deckt jedoch nur 80% des Monatssalärs und maximal CHF 9'880 pro Monat⁸. Bei Lohnfortzahlung erhalte der Arbeitnehmer indessen das volle Salär⁹. Bei Arbeitsverhinderungen infolge der Schliessung von Kindergärten, Kindertagesstätten, Schulen und dem Wegfall von betreuenden, besonders gefährdeten Einzelpersonen ist für betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die deswegen einen Erwerbsausfall erleiden, eine Entschädigung in Form eines Taggeldes vorgesehen¹⁰. Das Taggeld ist jedoch bei 80% des vorangegangenen Lohnes und maximal CHF 196 pro Tag plafoniert¹¹. Ein Lohnfortzahlungsanspruch kann sich daher auch in diesem Fall als für den Arbeitnehmer vorteilhafter erweisen. Zudem ist der Taggeldanspruch subsidiär zu Lohnfortzahlungen des Arbeitgebers¹², weshalb sich die Frage nach der Lohnfortzahlungspflicht generell stellt.

1 Der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» und seine Ausnahmen

[6] Der Arbeitsvertrag ist ein synallagmatischer Schuldvertrag, bei dem Arbeit und Lohn in einem Austauschverhältnis stehen. Den Arbeitnehmer trifft dabei eine Vorleistungspflicht (siehe Art. 323 Abs. 4 OR). Für nicht geleistete Arbeit hat der Arbeitnehmer daher grundsätzlich keinen Lohnanspruch (Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn»).

[7] Vom «Grundsatz ohne Arbeit kein Lohn» sieht das Gesetz zwei wichtige Ausnahmen vor, die einen Lohnanspruch trotz fehlender Arbeitsleistung vorsehen:

- Wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbringen kann, weil sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet (Art. 324 OR).
- Wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist (Art. 324a OR).

[8] Daneben gibt es weitere Vorschriften, die diesen Grundsatz ebenfalls durchbrechen, wie beispielsweise Art. 35 Abs. 3 ArG (Gesundheitsschutz bei Mutterschaft) und Art. 110 Abs. 3 BV (bezahlter Bundesfeiertag).

[9] Zu erwähnen ist in diesem Kontext auch der Anspruch auf ausserordentliche Freizeit zur Besorgung dringender persönlicher Angelegenheiten (Art. 329 Abs. 3 OR). Diese Bestimmung

⁶ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter vom 23. März 2020, Kapitel 2.2, 3.1.3 und 3.1.6.

⁷ Art. 31 ff. AVIG.

⁸ Art. 34 Abs. 1 und 2 AVIG.

⁹ Art. 324 Abs. 1 OR.

¹⁰ Art. 2 Abs. 1 lit. a Ziffer 1 der Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall, SR 830.31).

¹¹ Art. 5 Abs. 1 und 3 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall.

¹² Art. 2 Abs. 4 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall.

sieht zwar keinen Lohnanspruch während der ausserordentlichen Freizeit vor¹³, unter Umständen kann sich ein solcher aber aus der Üblichkeit ergeben.

[10] Eine weitere Ausnahmebestimmung hat schliesslich der Bundesrat mit Art. 10c Abs. 3 der COVID-19-Verordnung 2 zum Schutze besonders gefährdeter Arbeitnehmer geschaffen. Gemäss dieser Bestimmung hat der Arbeitgeber besonders gefährdete Arbeitnehmer «unter Lohnfortzahlung zu beurlauben», wenn diese die Arbeit nicht von zu Hause aus verrichten können und der Arbeitgeber nicht durch geeignete organisatorische und technische Massnahmen sicherstellen kann, dass am üblichen Arbeitsort die Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sichergestellt sind. Dogmatisch handelt es sich um einen Fall des Annahmeverzugs nach Art. 324 OR, da der Arbeitgeber nicht imstande ist, die zum Schutze der Gesundheit des betreffenden Arbeitnehmers erforderlichen Massnahmen zu treffen.

[11] Greift keine dieser Ausnahmen, so gilt der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn». Das ist namentlich der Fall

- wenn der Arbeitnehmer selbstverschuldet an der Arbeit verhindert ist;
- wenn der Arbeitnehmer unverschuldet an der Arbeit verhindert ist aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, aber seiner Risikosphäre zuzuordnen sind (Beispiel: Verkehrszusammenbruch, so dass der Arbeitnehmer nicht an den Arbeitsort gelangen kann¹⁴); oder
- wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annimmt, ohne dass er sich damit in Annahmeverzug befindet.

[12] Im Lichte dieser Grundsätze ist nun zu untersuchen, ob bei behördlich angeordneten Betriebsschliessungen oder -einschränkungen und bei Arbeitsverhinderungen wegen der Betreuung von Kindern Lohnfortzahlung geschuldet ist oder nicht.

2 Arbeitsverhinderung durch behördliche Betriebsschliessungen oder -einschränkungen

[13] Betriebe, die gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-Verordnung 2 geschlossen wurden oder deren Tätigkeit gemäss Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 stark eingeschränkt wurde, sind unter Umständen nicht mehr in der Lage, die vereinbarte Arbeitsleistung ihrer Arbeitnehmer entgegen zu nehmen. Es stellt sich damit die Frage, ob sie gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern nach Art. 324 Abs. 1 OR lohnfortzahlungspflichtig sind.

[14] Art. 324 OR verpflichtet den Arbeitgeber zur Lohnfortzahlung, wenn die Arbeit infolge seines Verschuldens nicht geleistet werden kann oder wenn er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät.

[15] GEISER/MÜLLER/PÄRLI bejahen in den fraglichen Fällen eine Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324 OR. Sie begründen dies damit, dass die Folgen einer Pandemie zum Betriebsrisiko ge-

¹³ BGer, Urteil 4C.298/2005 vom 3. Januar 2006, E. 5.2.2.

¹⁴ THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Fragen bei Umweltkatastrophen, ZBJV 2006, 174, 176.

hörten, weil es sich bei der Corona-Epidemie um eine vorhersehbare Entwicklung handle und die Betriebe gestützt auf das Epidemienengesetz verpflichtet seien, sich auf Epidemien vorzubereiten¹⁵.

[16] Diese Argumentation überzeugt nicht. Erstens ist es haltlos, den Arbeitgebern zu unterstellen, die Corona-Pandemie sei für sie vorhersehbar gewesen. Noch anfangs Februar 2020 betrachtete die gesamte Welt COVID-19 als lokales Problem in China. Dow Jones (am 12. Februar 2020) und SMI (am 20. Februar 2020) verzeichneten historische Höchststände, der Internationale Währungsfonds prognostizierte der Weltwirtschaft für 2020 ein Wachstum von 3.3%¹⁶, die Experten-Gruppe des Bundes erwartete für die Schweiz für 2020 ein Wachstum des Bruttoinlandprodukts um 1.7%¹⁷. In den Prognosen für den Schweizer Tourismus der KOF Konjunkturforschungsstelle der ETH Zürich vom Oktober 2019 ist das Risiko einer Epidemie oder gar Pandemie mit keinem Wort erwähnt¹⁸. Die Corona-Pandemie kam plötzlich und unerwartet.

[17] Zweitens trifft es nicht zu, dass das Epidemienengesetz Betriebe verpflichtet, sich auf Epidemien vorzubereiten. Betriebe sind gemäss Art. 6 Abs. 4 des Arbeitsgesetzes und der Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen¹⁹ verpflichtet, Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beim Umgang mit Mikroorganismen und bei der Exposition gegenüber Mikroorganismen zu treffen. Daraus kann nicht hergeleitet werden, dass eine weltweite Pandemie zum Betriebsrisiko gehört.

[18] Abgesehen davon vermag die Begründung von GEISER/MÜLLER/PÄRLI aber auch dogmatisch nicht zu überzeugen. Ihre Beurteilung erfolgt nach Kriterien, die nach Art. 33 AVIG massgebend sind für die Frage, ob ein anrechenbarer Arbeitsausfall vorliegt, der zur Kurzarbeitsentschädigung berechtigt, oder ob der Arbeitsausfall zum normalen Betriebsrisiko gehört²⁰. Die Frage, ob eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324 OR besteht, ist hingegen nach den Bestimmungen und Regeln des OR zu beantworten und nicht nach den Kriterien des AVIG.

[19] Aber selbst im Kontext der Kurzarbeitsentschädigung hat das SECO festgehalten, dass es «das unerwartete Auftreten des neuen Coronavirus und dessen Auswirkungen als nicht zum normalen Betriebsrisiko gehörend» erachtet²¹.

[20] Der Tatbestand von Art. 324 Abs. 1 OR verlangt das Vorliegen des Gläubigerverzugs nach Art. 91 OR, wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergibt²². Die beiden Tatbestandsalternativen in Art. 324 Abs. 1 OR («wenn die Arbeit infolge seines Verschuldens nicht geleistet werden kann oder wenn er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät») sollen lediglich zum Ausdruck bringen, dass es auf das Verschulden des Arbeitgebers nicht ankommt

¹⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O., Rz. 22, 40 und 92.

¹⁶ World Economic Outlook, <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/01/20/weo-update-january2020>.

¹⁷ Konjunkturaufhellung erst im Jahr 2021 erwartet, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news.msg-id-77487.html>.

¹⁸ Prévisions pour le tourisme suisse, <https://www.research-collection.ethz.ch/handle/20.500.11850/373598>.

¹⁹ Verordnung über den Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV; SR 832.321).

²⁰ Siehe AVIG-Praxis KAE, D 2.

²¹ S. FAQ: Arbeitsausfälle und Kurzarbeit im Zusammenhang mit dem Coronavirus, abrufbar unter www.arbeit.swiss.ch.

²² BBl 1967 II 330; 1909 III 747.

(was auch für Art. 91 OR gilt²³). Für eine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324 OR muss somit der Tatbestand von Art. 91 OR erfüllt sein.

[21] Nach Art. 91 OR kommt der Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung in Verzug, wenn er ungerechtfertigt

- die vom Arbeitnehmer gehörig angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt (z.B. durch Zutrittsverweigerung, Nicht- oder Unterbeschäftigung oder Betriebsschliessung), oder
- die ihm obliegenden Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt (z.B. indem er Arbeitsgeräte und Material nicht bereitstellt oder die erforderlichen Massnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers nicht trifft), so dass der Arbeitnehmer die angebotene Arbeitsleistung nicht oder nicht zumutbar erbringen kann.

[22] Annahmeverweigerung bzw. das Unterlassen von Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen führt nach Art. 91 OR nicht per se zum Annahmeverzug des Arbeitgebers, sondern nur, wenn es nicht gerechtfertigt ist. An einer Rechtfertigung fehlt es, wenn kein objektiver, d.h. jedermann treffender Grund gegeben ist²⁴. Ein objektiver Grund, der den Gläubigerverzug ausschliesst, wurde beispielsweise bejaht, als der Gläubiger wegen Kriegswirren und kriegswirtschaftlicher Massnahmen gewisse Vorbereitungshandlungen nicht treffen konnte²⁵. Ferner durfte ein Gläubiger die angebotene Leistung zurückweisen, da sie an seinem Wohnort zu erfüllen war und dort ein Einfuhrverbot bestand²⁶. Ein objektiver Grund wird auch bejaht, wenn sich der Gläubiger mit der Annahme der Leistung unzumutbarer rechtlicher Risiken aussetzen würde²⁷. Keine Rechtfertigung im Sinne von Art. 91 OR sind demgegenüber persönliche Gründe aufseiten des Gläubigers²⁸.

[23] Im arbeitsrechtlichen Kontext ist im Zusammenhang mit dem Annahmeverzug des Arbeitgebers häufig vom Betriebsrisiko die Rede. Unbestrittenermassen gilt der Grundsatz, dass der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hat²⁹. Der Begriff des Betriebsrisikos ist indessen gesetzlich nicht definiert und wird in Lehre und Rechtsprechung uneinheitlich umschrieben und abgegrenzt³⁰. In der Regel sind damit Umstände gemeint, die in die Risikosphäre des Arbeitgebers und nicht des Arbeitnehmers fallen und – diese Präzisierung geht zuweilen unter – die keine objektiven Gründe im Sinne von Art. 91 OR sind. Ob ein Umstand in das Betriebsrisiko des Arbeitgebers fällt, muss jeweils im Einzelfall bestimmt werden. Insbesondere ist danach zu fragen, ob es sich – in der Terminologie des Art. 91 OR – um einen persönlichen Grund auf Seiten

²³ ROLF H. WEBER, Berner Kommentar, Band VI/1/4: Die Erfüllung der Obligation, Art. 68-96 OR, 2. Aufl., Bern 2005 (zit. BK-WEBER), Art. 91 N 155 m.w.Nw.

²⁴ MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, Band V/1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl., Zürich 2000 (zit. ZK-SCHRANER), Art. 91 N 128; STEFAN LEIMGRUBER, in: Widmer Lüchinger/Oser (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. BSK OR I-LEIMGRUBER), Art. 91 N 13; BK-WEBER, Art. 91 N 155 ff.

²⁵ ZK-SCHRANER, Art. 91 N 128; BSK OR I-LEIMGRUBER, Art. 91 N 15; BK-WEBER, Art. 91 N 160 je m.w.Nw.

²⁶ BGE 44 II 407 E. 1.

²⁷ BSK OR I-LEIMGRUBER, Art. 91 N 13; BALZ GROSS, in: Honsell (Hrsg.), Kurzkomentar OR, Basel 2014, Art. 91 N 13.

²⁸ BSK OR I-LEIMGRUBER, Art. 91 N 13.

²⁹ BGE 124 III 346 E. 2.a.

³⁰ Dazu eingehend RENÉ HIRSIGER, Die Zielvereinbarung im Einzelarbeitsverhältnis, Bern 2011, Rz. 264 ff.

des Arbeitgebers oder um einen objektiven Grund handelt. Ersterer fällt in das Betriebsrisiko des Arbeitgebers, letzterer nicht.

[24] Die Verbote und Einschränkungen gemäss den Art. 6 Abs. 1 und 2 und Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 sind als objektive Gründe im Sinne von Art. 91 OR zu qualifizieren. Sie treffen jedermann und sind vergleichbar mit den vorstehend erwähnten Umständen, bei denen ein objektiver Grund bejaht wird. Insbesondere würde sich ein Arbeitgeber unzumutbarer rechtlicher Risiken aussetzen, wenn er seinen Betrieb in Verletzung von Art. 6 Abs. 1 und 2 und Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 aufrechterhalten würde.

[25] Arbeitgeber, die aufgrund der Art. 6 Abs. 1 und 2 und Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 ihren Betrieb einstellen oder einschränken mussten, befinden sich gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern somit nicht im Annahmeverzug. Folglich ist der Tatbestand von Art. 324 Abs. 1 OR nicht erfüllt und keine Lohnfortzahlung geschuldet.

[26] Angemerkt sei, dass die Bedeutung von Art. 324 OR nicht im Tatbestand liegt (da die Bestimmung wie gesagt auf Art. 91 OR zurückgreift), sondern in der Rechtsfolge. Während Art. 95 OR dem Schuldner im Falle des Gläubigerverzugs lediglich das Recht einräumt, nach den Bestimmungen über den Verzug vom Vertrag zurückzutreten, gewährt Art. 324 OR dem Arbeitnehmer für die ganze Dauer des Annahmeverzugs einen Lohnanspruch, wie wenn die Arbeitsleistung erfolgt wäre. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, die ausgefallene Arbeit nachzuleisten, muss sich auf den Lohn aber anrechnen lassen, was er wegen der Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR). Art. 324 OR ist mit anderen Worten nicht im Tatbestand eine *lex specialis* zu den allgemeinen Bestimmungen (Art. 91 OR), sondern nur in der Rechtsfolge (zu Art. 95 OR).

3 Arbeitsverhinderung wegen der Betreuung von Kindern

[27] Sind Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an der Arbeit verhindert, weil sie infolge der Schliessung von Schulen oder anderen Einrichtungen ihre Kinder betreuen müssen, stellt sich die Frage, ob ein Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR besteht.

[28] Art. 324a Abs. 1 OR sieht eine zeitlich beschränkte Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers vor, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, ohne sein Verschulden am Erbringen der Arbeitsleistung verhindert ist. Die Bestimmung nennt beispielhaft Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten, Ausübung eines öffentlichen Amtes und Schwangerschaft als Verhinderungsgründe. Entscheidend ist, dass die Arbeitsverhinderung «in der Person des Arbeitnehmers» begründet ist. Objektive Ereignisse, die den Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung hindern, begründen keinen Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a OR.

[29] Müssen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihr erkranktes Kind pflegen, so hat ihnen der Arbeitgeber gegen Vorlage eines ärztlichen Zeugnisses die zur Betreuung erforderliche Zeit im Umfang bis zu drei Tagen freizugeben (Art. 36 Abs. 3 ArG). Nach Lehre und Rechtsprechung besteht während dieser Zeit ein Lohnfortzahlungsanspruch gemäss Art. 324a OR³¹. Begründet wird dieser Lohnfortzahlungsanspruch damit, die Verhinderung zwecks Betreuung des kranken

³¹ ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, Art. 324a/b N 20 m.w.Nw.

Kindes sei nicht weniger zwingend als die eigene Erkrankung des Arbeitnehmers und erfolge in der Regel auch aufgrund einer gesetzlichen Pflicht (Art. 276 ZGB).

[30] Es stellt sich nun aber die Frage, ob auch dann eine Lohnfortzahlungspflicht besteht, wenn die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ein gesundes Kind betreuen müssen, weil alternative Betreuungsmöglichkeiten (wie z.B. Krippen, Schulen, Kindergärten, etc.) entfallen. Das Arbeitsgericht Zürich verneinte dies, als es um die Betreuung eines gesunden Kindes ging, die notwendig wurde, weil die Kinderkrippe wegen Seuchengefahr (Schweinegrippe) vorübergehend geschlossen wurde. Nach Ansicht des Arbeitsgerichts lagen die Gründe für die Arbeitsverhinderung nicht in den persönlichen Verhältnissen der Arbeitnehmerin, sondern stellten ein objektives (allgemeines) Leistungshindernis dar, weil nicht nur die klagende Arbeitnehmerin von der Schliessung der Kinderkrippe betroffen war, sondern gleichermassen alle berufstätigen Eltern, deren Kinder in der fraglichen Krippe betreut wurden³².

[31] Dieser Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich ist sachlich richtig. Die Schliessung einer Krippe ist kein «in der Person des Arbeitnehmers» liegender Grund, sondern ein objektives Ereignis.

[32] GEISER/MÜLLER/PÄRLI erachten diese Unterscheidung, ob der Verhinderungsgrund in der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers liegt oder ob ein objektives Ereignis vorliegt, jedoch für nicht massgebend. Entscheidend sei, dass es sich bei der Betreuung des eigenen Kindes um eine gesetzliche Pflicht handle (Art. 276 ZGB) und der Arbeitnehmer somit in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht an der Arbeit verhindert sei.³³ Mit dieser Argumentation löst das objektive Ereignis gleichsam eine subjektive Pflicht aus, die dann ein Verhinderungsgrund im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR sein soll.

[33] Fraglich ist, ob Art. 276 ZGB eine gesetzliche Pflicht im Sinne von Art. 324a OR ist.

[34] Einen Arbeitnehmer kann eine Vielzahl von gesetzlichen Pflichten treffen, beispielsweise die Leistung von obligatorischem Militär-, Zivilschutz oder Feuerwehrdienst, der Besuch obligatorischer Fortbildungsschulen, die Befolgung amtlicher Vorladungen als Zeuge (Art. 160 Abs. 1 lit. a und Art. 167 ZPO), die elterliche Unterhaltspflicht nach Art. 276 ZGB, die Betreuungspflicht als Tierhalter (Art. 6 Abs. 1 TSchG), die Pflicht, Bäume und Sträucher unter der Schere zu halten (Art. 684 ZGB), die Pflicht zu periodischen Nachprüfungen des Fahrzeugs (Art. 33 ff. Verordnung über die technischen Anforderungen an Strassenfahrzeuge), usw. Die Erfüllung solcher Pflichten erfordert Zeit und kann unter Umständen mit der Arbeitspflicht kollidieren bzw. zu einer Arbeitsverhinderung führen. Nach der Argumentation von GEISER/MÜLLER/PÄRLI müssten alle gesetzlichen Pflichten unter Art. 324a OR fallen und somit eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers auslösen, sofern den Arbeitnehmer kein Verschulden trifft. Eine solche Auslegung ist abzulehnen.

[35] Zum einen nehmen die Bestimmungen des OR über den Einzelarbeitsvertrag (Art. 319 ff.) eine relativ scharfe Trennung zwischen Arbeitsbereich und Privatsphäre des Arbeitnehmers vor. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers grundsätzlich auf das dienstliche Verhalten beschränkt ist (Art. 321d Abs. 1 OR), der Arbeitgeber Personendaten des Arbeitnehmers nur im arbeitsrelevanten Bereich bearbeiten darf (Art. 328b OR) und Kündigungen wegen persönlicher Eigenschaften missbräuchlich sind, wenn diese nicht mit dem Ar-

³² Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 16. August 2010, in: Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich 2010 Nr. 7 = JAR 2011, 628 f.

³³ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O., Rz. 52.

beitsverhältnis zusammenhängen und nicht das Betriebsklima stören (Art. 336 Abs. 1 lit. a OR). Diese Trennung indiziert, dass Umstände aus dem Privatbereich des Arbeitnehmers, der den Arbeitgeber grundsätzlich nichts angeht, nur restriktiv Eingang in das Arbeitsverhältnis und namentlich in den Leistungsaustausch von Arbeit gegen Entgelt finden sollten.

[36] Zum andern verlangt der Wortlaut von Art. 324a Abs. 1 OR, dass die gesetzliche Pflicht den Arbeitnehmer «in seiner Person» («inhérente[s] à sa personne», «inerenti alla sua persona») an der Arbeitsleistung hindert. Das trifft nur zu auf gesetzliche Pflichten, die der Arbeitnehmer von Gesetzes wegen in eigener Person erfüllen muss, die also höchstpersönlich sind. Darunter fallen beispielsweise öffentlich-rechtliche Dienstpflichten und die Pflicht zur Befolgung amtlicher Vorladungen als Zeuge. Im Gegensatz dazu stehen gesetzliche Pflichten, die der Arbeitnehmer nicht in eigener Person erfüllen muss, sondern Dritte dazu beiziehen kann. Dazu gehören unter anderem die Pflicht zur Betreuung von Kindern (Art. 276 ZGB), die Pflicht, für sein Haustier zu sorgen usw. Diese nicht höchstpersönlichen Pflichten sind im Verantwortungsbereich des Arbeitnehmers und nach der hier vertretenen Auffassung nicht von Art. 324a Abs. 1 OR erfasst.

[37] Dass Art. 324a Abs. 1 OR in diesem Sinne auszulegen ist, wird auch durch die Gesetzesmaterialien gestützt. In der Vorlage des Bundesrates lautete der Tatbestand von Art. 324a Abs. 1 OR: «Wird der Arbeitnehmer ohne sein Verschulden durch Krankheit, Unfall oder andere Gründe an der Arbeitsleistung verhindert». Unter «andere Gründe» sollten gemäss der bundesrätlichen Botschaft zum Beispiel öffentliche Dienstleistungen, wie Feuerwehrdienst, unbesoldeter schweizerischer Militärdienst oder die Erfüllung von Bürgerpflichten als Mitglied einer Behörde, als Geschworener oder Zeuge, sowie Familienereignisse, wie Heirat des Arbeitnehmers, Krankheit und Tod eines nahen Verwandten fallen.³⁴ In der beratenden Kommission des Nationalrats stiess dieser weitgehende Vorschlag des Bundesrates auf Ablehnung. Die Kommission schlug dem Parlament den Wortlaut vor, wie er sich heute in Art. 324a Abs. 1 OR findet. Berichterstatter HOFSTETTER führte dazu im Nationalrat Folgendes aus:

«Einer lebhaften Diskussion rief der Sammelbegriff nach Entwurf des Bundesrates andere Gründe. Gemeint sind damit Gründe, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. In der Kommission wurde auf eine nähere Umschreibung dieser sogenannten anderen Gründe im Gesetzestext gedrängt. Wir haben verschiedene Formulierungen diskutiert, und das, was Sie nun vor sich haben, ist der Entwurf, den Ihnen die Kommissionsmehrheit nach längerer Diskussion und textlicher Bereinigung vorschlägt. Von den Verhinderungsgründen sind vielleicht doch noch zu nennen: Erfüllung gesetzlicher Pflichten wie Feuerwehrdienst, Einvernahme als Zeuge, Inspektion, Bekleiden eines öffentlichen Amtes, also Erfüllung einer Bürgerpflicht; Mitglied einer Behörde, zum Beispiel als Geschworener.»³⁵

[38] Die genannten Beispiele sind allesamt öffentlich-rechtliche, höchstpersönliche Pflichten. In den folgenden Debatten im National- und Ständerat wurde dieser Tatbestand nicht weiter konkretisiert und der Gesetzestext in dieser Form verabschiedet. Das lässt darauf schliessen, dass es der historische Wille des Gesetzgebers war, dass nur gesetzliche Pflichten, die der Arbeitneh-

³⁴ BBl 1967 II 333.

³⁵ Votum HOFSTETTER, AmtlBull NR 1969 452.

mer in eigener Person erfüllen muss, unter Art. 324a Abs. 1 OR fallen. Es gibt keine Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber auch andere Pflichten, insbesondere aus dem privaten Umfeld des Arbeitnehmers, miteinfassen wollte.

[39] Dieses Auslegungsergebnis schliesst es nicht aus, die Betreuung des kranken Kindes unter Art. 324a Abs. 1 OR zu subsumieren. Zum einen ist die Wertung richtig, dass die Verhinderung zwecks Betreuung des kranken Kindes nicht weniger zwingend ist als die eigene Erkrankung des Arbeitnehmers. Zum andern ist evident und vom Gesetzgeber mit Art. 36 Abs. 3 ArG bestätigt, dass das kranke Kind zumindest in den ersten Tagen der Erkrankung der elterlichen Fürsorge und Betreuung bedarf, so dass insoweit eine Gleichstellung mit einer höchstpersönlichen Pflicht gerechtfertigt erscheint.

[40] Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass keine Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR geschuldet ist, wenn Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an der Arbeit verhindert sind, weil sie infolge der Schliessung von Schulen oder anderen Einrichtungen ihre Kinder betreuen müssen. Gleiches würde auch bezüglich der Betreuung von Haustieren gelten, falls Tierpensionen behördlich geschlossen würden.

[41] Gegebenenfalls können betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für die Betreuung ausserordentliche Freizeit zur Besorgung dringender persönlicher Angelegenheiten im Sinne von Art. 329 Abs. 3 OR in Anspruch nehmen. Diese Freizeit ist indessen nur bezahlt, soweit es üblich ist.

THOMAS PIETRUSZAK, lic. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Partner bei Blesi & Papa, Zürich.