

Der Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise

REBECCA VIONNET*

SCHLAGWÖRTER	Arbeitsrecht – Coronavirus – Schutzmassnahmen – Homeoffice – Kündigung
ZUSAMMENFASSUNG	Die Veränderungen im Arbeits- und Privatumfeld während der Corona-Krise verlangen Anpassungen im Umgang mit Arbeitnehmern. Unter anderem müssen Schutzmassnahmen getroffen werden, gegebenenfalls muss die Arbeit im Homeoffice verrichtet und der Lohn bei coronabedingten Arbeitsverhinderungen fortgezahlt werden.
RÉSUMÉ	Les changements intervenus dans l'environnement professionnel et privé pendant la crise corona nécessitent des ajustements dans la manière de traiter les employés. Entre autres choses, des mesures de protection doivent être prises, dans certains cas le travail doit être effectué dans un bureau à domicile et parfois un maintien du salaire doit être versé si les employés ne peuvent pas travailler.
ABSTRACT	The changes in the working and private environment during the corona crisis require adjustments in dealing with employees. Among other things, protective measures must be taken, in certain cases work must be performed at home and wages may have to be continued in the event of corona-related work prevention.

I. Ausgangslage

Viele Arbeitgeber¹ sowie Arbeitnehmer sehen sich in der Corona-Krise mit betrieblichen bzw. beruflichen und privaten Herausforderungen konfrontiert. Die vom Bund verordneten Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus gehen mit Einschränkungen für beide Seiten einher. Es gilt, diverse Verhaltensregeln zu beachten, um Ansteckungen und die Weiterverbreitung zu vermeiden. Die behördlichen Anordnungen und Empfehlungen bezwecken vor allem eine Reduzierung der sozialen Kontakte. Damit verbunden ist ein sich veränderndes Konsumverhalten der Bevölkerung. Beispielsweise werden Restaurants vermehrt gemieden und zeitweise sogar geschlossen. In der Konsequenz müssen viele Unternehmen ihre bestehenden Betriebsstrategien überdenken und strukturelle Anpassungen treffen, damit ihr Fortbestehen gesichert ist.

Vom Arbeitnehmer wird in der heutigen Zeit vor allem mehr Flexibilität verlangt. Die Arbeit muss im Homeoffice erledigt werden. Krippen- und Schulschliessungen, Home-schooling und die Verhinderung von Betreuungspersonen haben zudem zur Folge, dass die Kinderbetreuung und Arbeit gegebenenfalls zeitgleich erledigt werden müssen.

Die beschriebenen Veränderungen im Arbeits- und Privatumfeld haben eine vermehrte Diskrepanz von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen zur Folge. Die Homeoffice-Arbeit, welche nicht immer im Interesse beider Parteien ist, stellt hierfür ein gutes Anschauungsbeispiel dar: In gewissen Fällen will der Arbeitnehmer seine Arbeit von zu Hause aus erledigen, etwa da er wegen der Schulschliessung die Kinder betreuen möchte. Der Arbeitgeber kann diesem Wunsch ablehnend gegenüberstehen, zum Beispiel, weil er eine Verschlechterung der Arbeitsqualität befürchtet. Umgekehrt kann die Homeoffice-Arbeit auch im Interesse des Arbeitgebers sein, insbesondere seit Einführung der Homeoffice-Pflicht. Der Arbeitnehmer möchte die Arbeit hingegen weiterhin an seinem bisherigen Arbeitsplatz verrichten, um einer sozialen Isolation zu entgehen.

Der vorliegende Beitrag soll Lösungsansätze für mögliche Konflikte liefern. Wichtige Punkte, die es im Umgang mit Arbeitnehmern während der Corona-Krise zu beachten gibt, sollen unter Berücksichtigung der verschiedenen Lehrmeinungen zusammengefasst werden. Aufgrund des begrenzt zur Verfügung stehenden Umfangs wird der Fokus dabei auf Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz, Homeoffice-Arbeit, Arbeitsverhinderungen sowie Arbeitgeberkündigungen während der Corona-Krise gelegt.²

* Anwältin und Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Basel, rebecca.vionnet@unibas.ch.

¹ Der Einfachheit halber wird im folgenden Beitrag die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist als darin enthalten zu betrachten.

² Der Beitrag befasst sich zudem lediglich mit den privatrechtlichen Anstellungsverhältnissen, d.h. die öffentlich-rechtlichen

II. Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz

A. Pflicht zur Ergreifung von Schutzmassnahmen

Der Arbeitgeber ist im Rahmen von Art. 10 Covid-19-Verordnung besondere Lage³, Art. 27a Covid-19-Verordnung⁴, der allgemeinen Fürsorgepflicht gemäss Art. 328 Abs. 2 OR⁵, Art. 6 ArG⁶ und Art. 2 Abs. 1 ArGV⁷ seinen Arbeitnehmern gegenüber verpflichtet, im Betrieb Schutzmassnahmen zur Vermeidung von Ansteckungen mit dem Coronavirus zu ergreifen.⁸ Gemäss Art. 10 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage hat er zu gewährleisten, dass die Arbeitnehmer «die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und Abstand einhalten können».⁹ Die Bandbreite der Massnahmen ist gross. Sie reichen vom einfachen Bereitstellen von

Schutzmasken und Hygieneartikeln hin zur Anordnung von Weisungen gemäss Art. 321d Abs. 1 OR wie bspw. der Verpflichtung zum Einhalten von Mindestabständen zwischen den Arbeitnehmern oder der Maskenpflicht in Innenräumen.

Die Weisungen können sich dabei an die gesamte Arbeitnehmerschaft oder an einzelne Arbeitnehmer richten.¹⁰ Zum Beispiel kann einerseits einem einzelnen Arbeitnehmer, der Kontakt zu einer infizierten Person hatte, die Weisung erteilt werden, dass er sich vom Arbeitsplatz fernhält. Andererseits kann von allen Arbeitnehmern verlangt werden, dass sie gewisse Mindestabstände einhalten.

B. Befolgungspflicht

1. Rechtmässige Weisungen

In Bezug auf rechtmässige Weisungen trifft den Arbeitnehmer gemäss Art. 321d Abs. 2 OR eine Befolgungspflicht.¹¹ Wird diese verletzt, verhält sich der Arbeitnehmer vertrags- bzw. rechtswidrig. Wird in der Folge die Gesundheit anderer Arbeitnehmer oder der Kundschaft gefährdet, ist im Hinblick auf die Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmern, die haftungsrechtlichen Konsequenzen und die vertraglichen Pflichten gegenüber der Kundschaft wiederum ein zügiges Handeln des Arbeitgebers gefordert.¹² Infrage kommt – je nach der Tragweite des Verstosses – ein ernstes Gespräch mit dem Arbeitnehmer oder disziplinarische Massnahmen¹³ wie eine Ab-

Anstellungsverhältnisse werden ausser Acht gelassen. Berücksichtigt sind die Literatur, Rechtsprechung und gesetzlichen Grundlagen bis zum 9. April 2021.

- 3 Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (Covid-19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26) (Stand am 1. April 2021).
- 4 Verordnung 3 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) vom 19. Juni 2020 (Covid-19-Verordnung 3, SR 818.101.24) (Stand am 2. April 2021).
- 5 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (ZGB, SR 220).
- 6 Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz) vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11).
- 7 Verordnung 3 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsschutz) vom 18. August 1993 (ArGV 3, SR 822.113).
- 8 Vgl. Art. 328 Abs. 2 OR; MATTEO BRUNONE, Il Covid-19 ed alcune conseguenze nel diritto del lavoro svizzero, NF S1/2020, 18 ff., 20 f.; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 2020, 545 ff., 547; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 328 OR N 15.
- 9 Siehe die Vorgaben für Schutzkonzepte im Anhang 1 zur Covid-19-Verordnung besondere Lage. Weitere Informationen zu den Vorgaben zum Schutz von Arbeitnehmern finden sich beim Bundesamt für Gesundheit [im Folgenden: BAG], Coronavirus: Schutzkonzepte, www.bag.admin.ch → Krankheiten → Infektionskrankheiten: Ausbrüche, Epidemien, Pandemien → Aktuelle Ausbrüche und Epidemien → Coronavirus → Massnahmen und Verordnungen → Schutzkonzepte und beim Staatssekretariat für Wirtschaft [im Folgenden: SECO], Merkblatt für Arbeitgeber, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – CORONAVIRUS (COVID-19), www.seco.admin.ch → Publikationen & Dienstleistungen → Publikationen → Arbeit → Arbeitsbedingungen → Merkblätter und Checklisten, beide abgerufen am 9. April 2021.

¹⁰ GABRIELA RIEMER-KAFKA/NICOLE ELISCHA KRENGER, Arbeitsrecht, Kommentierte Tafeln, Bern 2012, 43.

¹¹ RIEMER-KAFKA/KRENGER (Fn. 10), 43.

¹² STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 8), Art. 321d OR N 2; vgl. RÉMY WYLER, La responsabilité civile de l'employeur, y compris en ce que concerne les actes de ses organes et auxiliaires, ARV 2011, 249 ff., 251; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter 23. Mai 2020, N 78; Art. 5 Abs. 2 ArGV 3; SECO, Wegleitung zu Art. 2 ArGV 3, 4, www.seco.admin.ch → Arbeit → Arbeitsbedingungen → Arbeitsgesetz und Verordnungen → Wegleitungen zum Arbeitsgesetz und seinen Verordnungen, abgerufen am 9. April 2021, wonach der Arbeitgeber auch dafür besorgt ist, dass die Arbeitnehmer die persönliche Integrität untereinander wahren.

¹³ Der Arbeitgeber darf gestützt auf die Treue-, Sorgfalts- und Weisungsbefolgungspflicht disziplinarische Massnahmen ergreifen. Vgl. aber Art. 38 ArG, wonach sog. Ordnungsstrafen wie Bussen und Lohnkürzungen bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen über den Gesundheitsschutz und die Unfallverhütung der Betriebsordnung «nur zulässig [sind], wenn sie in der Betriebsordnung angemessen geregelt sind». Siehe demgegenüber die sog. allgemeinen Strafen, die im Arbeits-

mahnung oder Verwarnung mit Androhung einer Sanktion, ordentliche Kündigung oder bei schwerwiegenden Verfehlungen eine fristlose Kündigung.¹⁴

Auch wenn mündliche Weisungen verbindlich sind, empfiehlt es sich zudem, die Weisungen schriftlich (z.B. in Merkblättern, die an die Arbeitnehmer ausgeteilt werden) festzuhalten. Gegebenenfalls muss der Arbeitgeber nämlich in einem späteren Prozess beweisen können, welche Weisungen dem Arbeitnehmer erteilt wurden.¹⁵

2. Unrechtmässige Weisungen

a. Schranken des Weisungsrechts

Weisungen müssen sich grundsätzlich auf berufliche Tätigkeiten bzw. betriebliche Interessen beschränken und sich innerhalb des Zumutbaren, des Vertrages und des Gesetzes bewegen, damit sie rechtmässig sind. Unrechtmässige Weisungen müssen nicht befolgt werden.¹⁶

b. Beispiel der Impfpflicht

Seit Kurzem sind Covid-19-Impfstoffe erhältlich und für die Arbeitgeber stellt sich die Frage, ob sie von ihren Arbeitnehmern verlangen dürfen, dass sie sich impfen lassen. Es sollen daher einige Ausführungen zur Einführung einer Impfpflicht am Arbeitsplatz gemacht werden.

Die Befolgungspflicht wird in gesetzlicher Hinsicht u.a. durch den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB begrenzt.¹⁷ Der Arbeitnehmer muss sich demnach einen Eingriff in seine körperliche Integrität nicht gefallen lassen, ausser der Eingriff ist gerechtfertigt (z.B., wenn sich der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag zur

Impfung verpflichtet¹⁸ hat oder bei überwiegenden Interessen des Arbeitgebers oder Dritter).¹⁹

Mit der Impfung wird in die körperliche Integrität des Arbeitnehmers eingegriffen. Die Anordnung einer Impfpflicht durch den Arbeitgeber ist daher grundsätzlich unzulässig. Eine Ausnahme hiervon könnte aber für Personen bestehen, welche bei der Arbeit in direktem Kontakt zu infizierten Personen (z.B. Angestellte auf Corona-Teststationen) oder Personen aus der Risikogruppe (z.B. das Pflegepersonal in Altersheimen oder auf Krebsstationen) stehen.²⁰ Bei der Arbeit mit Personen aus der Risikogruppe ist zu diskutieren, ob aufgrund der schwerwiegenden Konsequenzen bei einer Infektion bis hin zum Tod die Interessen der Drittpersonen²¹ gegenüber den Arbeitnehmerinteressen überwiegen. Bei Kontakt mit infizierten Personen am Arbeitsplatz kann zudem argumentiert werden, dass der Arbeitsvertrag ohne Impfung nicht erfüllt werden kann. Es ist zu erwarten, dass sich der Arbeitnehmer bei regelmässigem Kontakt ansteckt und er dann seine Arbeit (zumindest zeitweise) nicht verrichten kann.

Fraglich ist zudem, wie sich die Anwendung des beschleunigten Zulassungsverfahrens auf die Interessenabwägung auswirkt. Das beschleunigte Verfahren soll eine rasche Verfügbarkeit gewährleisten. Es müssen allerdings dieselben klinischen Phasen wie im regulären Zulassungsprozess durchlaufen werden und die wissenschaftlichen Kriterien zur Prüfung der Sicherheit, Wirksamkeit und Qualität bleiben unverändert.²² Somit stellt das beschleunigte Verfahren an sich kein Gegenargument dar, welches gegen die Zulässigkeit einer Impfpflicht in den genannten Fällen spricht. Sollte sich aber herausstellen, dass die Impfungen mit erheblichen Nebenwirkungen verbunden sind, dürfte dies gegen die Zulässigkeit einer Impfpflicht am Arbeitsplatz sprechen.

vertrag festgelegt werden können. M.w.H. SECO, Wegleitung zu Art. 38 ArG, www.seco.admin.ch → Arbeit → Arbeitsbedingungen → Arbeitsgesetz und Verordnungen → Wegleitungen zum Arbeitsgesetz und seinen Verordnungen, abgerufen am 9. April 2021.

¹⁴ Siehe auch die Ausführungen unter «V. Arbeitgeberkündigungen während der Coronakrise» zur fristlosen Kündigung wegen der Nichtbefolgung von Weisungen des Arbeitgebers.

¹⁵ Vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 8), Art. 321d OR N 2.

¹⁶ Zum Ganzen RIEMER-KAFKA/KRENGER (Fn. 10), 43.

¹⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 8), Art. 321d OR N 3.

¹⁸ Auch muss infrage gestellt werden, ob sich der Arbeitnehmer im Hinblick auf Art. 27 Abs. 2 ZGB überhaupt vertraglich zur Impfung verpflichten kann. M.w.H. ROGER RUDOLPH, Pandemie und Impfblogatorium für das Gesundheitspersonal – Dargestellt am Beispiel der Pandemischen Grippe H1N1 2009 («Schweinegrippe»), ARV 2010, 1 ff., 5 ff. Im Urteil des St. Galler Verwaltungsgerichts vom 19. Oktober 2006, GVP 2006 Nr. 1, E. 2c) bb), wurde diese Frage (allerdings lediglich für das öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnis) bejaht.

¹⁹ RIEMER-KAFKA/KRENGER (Fn. 10), 43.

²⁰ Vgl. BRUNONE (Fn. 8), 21, allerdings zur Grippeimpfung.

²¹ Bzw. die betrieblichen Interessen, Drittpersonen vor Ansteckungen zu schützen.

²² Vgl. Schweizerisches Heilmittelinstitut (Swissmedic), Impfstoffe: Die Entwicklungsschritte bis zur Zulassung kurz erklärt, www.swissmedic.ch → Aktuell → Coronavirus-Krankheit (COVID-19) Pandemie, abgerufen am 9. April 2021.

III. Homeoffice-Arbeit

A. Entwicklungen

Der Bundesrat hielt im März 2020 in Art. 10c Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2²³ zunächst ausdrücklich fest, dass der Arbeitgeber bei «besonders gefährdeten Arbeitnehmern» Homeoffice-Arbeit grundsätzlich ermöglichen muss. Hiervon konnte nur abgewichen werden, wenn der Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen vor Ort sein musste.²⁴ Die COVID-19-Verordnung 2 und damit verbunden die besagte Bestimmung wurde später aufgehoben und der Bundesrat erliess die allgemeine Empfehlung, dass die Arbeit, wenn möglich, im Homeoffice erledigt werden soll.²⁵

Zuletzt änderte der Bundesrat Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage per 18. Januar 2021 dahingehend, dass der Arbeitgeber, wo «dies aufgrund der Art der Aktivität möglich und mit verhältnismässigem Aufwand umsetzbar ist», dafür zu sorgen hat, dass die «Arbeitnehmer ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus erfüllen und er dazu «die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen» trifft. Weiter führte er Art. 27a Abs. 1 Covid-19-Verordnung 3 ein (mit ähnlichem Wortlaut), der sich auf besonders gefährdete Arbeitnehmer bezieht.²⁶

B. Vereinbarung, Anordnung und Genehmigung von Homeoffice-Arbeit

Eine Änderung des Arbeitsortes bedarf grundsätzlich der Zustimmung beider Vertragsparteien.²⁷ Aus diesem Grund ist die Anordnung von Homeoffice-Arbeit eigentlich nicht vom Weisungsrecht des Arbeitgebers (II. B.) erfasst.²⁸ Gestützt auf die Treupflicht gem. Art. 321a OR

und die damit einhergehende Schadenminderungspflicht ist der Arbeitnehmer jedoch im Rahmen der Zumutbarkeit²⁹ gehalten, der Anordnung von Homeoffice-Arbeit nachzukommen, wenn es die betrieblichen Interessen des Arbeitgebers erfordern.³⁰

Umgekehrt muss der Arbeitgeber unter Umständen aufgrund seiner Sorgfaltspflicht, worunter insbesondere die Pflicht, Schutzmassnahmen zu treffen, fällt (II. A.), die Homeoffice-Arbeit auf Wunsch des Arbeitnehmers zulassen.³¹ So stellt die räumliche Distanzierung während der Corona-Krise eines der wichtigsten Instrumente zur Eindämmung des Coronavirus dar.

Der unbestimmte Wortlaut von Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage «sorgen die Arbeitgeber», anstatt z.B. «müssen die Arbeitgeber dafür sorgen» oder «sind die Arbeitgeber dazu verpflichtet» spricht ferner dafür, dass es sich bei der Bestimmung lediglich um eine Konkretisierung der erwähnten Treue- und Sorgfaltspflichten handelt und sich daraus keine unmittelbare Verpflichtung des Arbeitgebers sowie des Arbeitnehmers zur Homeoffice-Arbeit entnehmen lässt.³²

C. Entschädigungspflicht

1. Art. 10 Abs. 3 Satz 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage

Gemäss der derzeit geltenden Fassung von Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage sind Arbeitnehmern «keine Auslagenentschädigungen geschuldet», wenn sie ihre Arbeitsverpflichtungen während der Coro-

²³ Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 (COVID-19-Verordnung 2, AS 2020 773) (nicht mehr in Kraft).

²⁴ Art. 10c Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2.

²⁵ Vgl. BAG, Coronavirus: Einschränkungen für private Veranstaltungen, keine öffentlichen Versammlungen von mehr als 15 Personen, ausgeweitete Maskenpflicht und Homeoffice, Medienmitteilung vom 18. Oktober 2020, www.bag.admin.ch → Das BAG → Aktuell → Medienmitteilungen, abgerufen am 9. April 2021.

²⁶ Aus Platzgründen wird nicht näher auf diese Bestimmung eingegangen.

²⁷ RIEMER-KAFKA/KRENGER (Fn. 10), 43; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 53.

²⁸ Vgl. ROLAND MÜLLER/CÉLINE HOFER/MANUEL STENGEL, Arbeitsort und Arbeitsweg, AJP 2015, 563 ff., 568 f.

²⁹ REBECCA VIONNET, Die Angehörigenbetreuung aus arbeitsrechtlicher Sicht, Jusletter 7. September 2020, N 45 m.w.H. zur Zumutbarkeit der Homeoffice-Arbeit, wenn der Arbeitnehmer gleichzeitig Kinder zu betreuen hat.

³⁰ VIONNET (Fn. 29), N 45; ALFRED BLES/RENÉ HIRSIGER/THOMAS PIETRUSZAK, Arbeitsrecht, in: Helbling Lichtenhahn Verlag (Hrsg.), COVID-19: Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, Basel 2020, 40 ff., § 2 N 62 f.; GEISER (Fn. 8), 547; vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 53; JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Le travailleur en quarantaine, Jusletter 23. März 2020, N 29 (zit. Quarantaine).

³¹ Vgl. auch VIONNET (Fn. 29), N 52, wo der Fall genannt wird, dass das Kind krank, der Lohnfortzahlungsanspruch ausgeschöpft und der Arbeitnehmer ohne Ermöglichung von Homeoffice-Arbeit in finanzielle Schwierigkeiten geraten würde.

³² Siehe demgegenüber KURT PÄRLI/JONAS EGGMANN, Ausgewählte Rechtsfragen des Homeoffice, Jusletter 22. Februar 2021, N 1: «Seit genau fünf Wochen gilt die vom Bundesrat vorläufig bis Ende Februar verordnete Homeoffice-Pflicht [...]»

na-Krise von zu Hause aus erfüllen. Damit sind die Auslagen i.S.v. Art. 327a OR gemeint.³³

Es stellt sich wie bei der «Homeoffice-Pflicht» (III. B.) die Frage, ob mit Art. 10 Abs. 3 Satz 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage die Auslagenentschädigung für eine gewisse Zeit verbindlich geregelt werden sollte.

Die Massnahmen der Covid-19-Verordnung besondere Lage stützen sich auf Art. 6 Abs. 2 lit. a und b EpG.³⁴ Demnach ist der Bundesrat dazu ermächtigt, bei besonderer Lage und nach Anhörung der Kantone gegenüber einzelnen Personen sowie gegenüber der Bevölkerung Massnahmen anzuordnen. Eine besondere Lage liegt vor, wenn «die ordentlichen Vollzugsorgane nicht in der Lage sind, den Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen», «eine erhöhte Ansteckungs- und Ausbreitungsgefahr», «eine besondere Gefährdung der öffentlichen Gesundheit» oder «schwerwiegende Auswirkungen auf die Wirtschaft oder auf andere Lebensbereiche» besteht und «die Weltgesundheitsorganisation (WHO) festgestellt hat, dass eine gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite besteht und durch diese in der Schweiz eine Gefährdung der öffentlichen Gesundheit droht».³⁵

Da sich die Covid-19-Verordnung besondere Lage auf eine Ermächtigung durch ein Gesetz stützt, handelt es sich um eine gesetzesvertretende Verordnung, welche die Grenzen der Gesetzesdelegation zu beachten hat.³⁶ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss sich die Gesetzesdelegation u.a. auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken und die Grundzüge der delegierten Materie müssen im Gesetz umschrieben sein.³⁷

Da bei Ausbruch einer Epidemie eine grosse Flexibilität bezüglich der möglichen Massnahmen bestehen muss, ist nachvollziehbar, weshalb Art. 6 EpG keine genaue Umschreibung der zu treffenden Massnahmen enthält. Die Materie wird aber durch den Zweck der Gesetzesdelegation, der sich vor allem aus den Ausführungen zum Begriff

«besondere Lage» ergibt, sowie durch den Zweck des EpG begrenzt.³⁸ Der Begriff der «besonderen Lage» wurde bereits weiter oben ausgeführt. Gemäss Art. 2 Abs. 1 EpG beabsichtigt das EpG ferner den «Ausbruch und die Verbreitung übertragbarer Krankheiten zu verhüten und zu bekämpfen». Der Zweck des EpG sowie der Gesetzesdelegation erschöpft sich somit im Gesundheitsschutz.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Entschädigungspflicht dem Gesundheitsschutz dienen soll. Ein Grund für die verbindliche Regelung der Auslagenentschädigung könnte höchstens darin gesehen werden, dass man durch den Ausschluss einer Entschädigung das Verständnis der Arbeitgeber für die Homeoffice-Pflicht fördern und die Arbeitgeber dazu motivieren will, die Homeoffice-Arbeit umzusetzen.

Neben den Grenzen der Gesetzesdelegation, die verletzt würden, spricht auch der Umstand, dass es sich bei Art. 327a Abs. 1 OR um eine relativ zwingende Bestimmung handelt, von der nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden darf, dagegen, dass es sich bei Art. 10 Abs. 3 Satz 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage um eine verbindliche Massnahme des Bundesrates handelt. So kann, wie nachfolgend noch ausgeführt wird, nicht in jeglichen Fällen davon ausgegangen werden, dass die Entschädigungspflicht für Auslagen während Corona-bedingter Homeoffice-Arbeit entfällt. Auch würde in unzulässiger Weise in die Privatautonomie eingegriffen, insbesondere wenn die Parteien die Auslagenentschädigung während Corona-bedingter Homeoffice-Arbeit bereits vertraglich geregelt haben.³⁹

2. Geräte und Material (Art. 327 OR)

Nach Art. 327 Abs. 1 OR muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit den notwendigen Geräten und Materialien ausrüsten. Stellt der Arbeitnehmer seine eigenen Geräte und Materialien zur Verfügung, hat er gemäss Art. 327 Abs. 2 OR Anspruch auf eine Entschädigung. Ausnahmen

³³ Siehe den Wortlaut der Bestimmung («Auslagenentschädigung»). PÄRLI/EGGMANN (Fn. 32), N 55; vgl. SECO, FAQ Homeofficepflicht und Kinderbetreuung, www.seco.admin.ch → Arbeit → Arbeitsbedingungen → Arbeitnehmerschutz → COVID-19 → FAQ, abgerufen am 29. März 2021.

³⁴ Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz) vom 28. September 2012 (EpG, SR 818.101).

³⁵ Art. 6 Abs. 1 EpG.

³⁶ Vgl. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, N 96 f.

³⁷ Vgl. zum Ganzen statt vieler BVGer A-1211/2018 (11. März 2019), E. 2.5.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (Fn. 36), N 368 m.w.H. zur Rechtsprechung.

³⁸ Vgl. BGE 144 II 276, 379, E. 7.2.

³⁹ Mit derselben Begründung wie bei der Gesetzesdelegation: Der Gesundheitsschutz würde zwar ein öffentliches Interesse darstellen, das einen Eingriff in ein Grundrecht (die Privatautonomie leitet sich insb. aus dem Grundrecht der persönlichen Freiheit gem. Art. 10. Abs. 2 BV ab; m.w.H. Vgl. SANDRA HOTZ, Selbstbestimmung im Vertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Verträgen zu «Liebe», Sex und Fortpflanzung. Dogmatische, vergleichende und theoretische Perspektiven zu den Grenzen der Autonomie, Habil. Zürich, Bern/Baden-Baden 2017, 45) zu rechtfertigen mag. Wie bereits unter III. B. ausgeführt wurde, dient die Regelung der Entschädigungspflicht aber höchstens mittelbar dem Gesundheitsschutz.

hiervon können sich gestützt auf den Vertrag oder aus der Übung ergeben.⁴⁰

Somit muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch im Homeoffice mit einem Computer, Drucker, Druckerpapier etc. ausrüsten. In der Corona-Krise könnte sich aber eine Übung der entschädigungslosen Verwendung etabliert haben, wenn die Geräte und Materialien beim Arbeitnehmer bereits vorhanden sind.⁴¹

3. Auslagen (Art. 327a OR)

Weder das Arbeitszimmer noch der Internetanschluss stellen Geräte oder Material i.S.v. Art. 327 Abs. 1 OR dar.⁴² Die damit verbundenen Kosten können allerdings als notwendige Auslagen gemäss Art. 327a Abs. 1 OR qualifiziert werden.⁴³ Von der Entschädigungspflicht nach Art. 327a Abs. 1 OR kann vertraglich nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden.⁴⁴

Das Bundesgericht hat ferner in einem neueren Urteil entschieden, dass eine Entschädigungspflicht für das Arbeitszimmer zu Hause besteht, wenn beim Arbeitgeber kein geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung steht.⁴⁵

Nun könnte man das Urteil so verstehen, dass immer, wenn kein geeigneter Arbeitsplatz beim Arbeitgeber zur Verfügung steht, das Arbeitszimmer eine notwendige Auslage i.S.v. Art. 327a Abs. 1 OR darstellt. Im Unterschied zum Fall im besagten Entscheid, wo kein Arbeitsplatz beim Arbeitgeber vorgesehen war, ist während der Corona-Krise meist ein Arbeitsplatz beim Arbeitgeber vorhanden, womit in der Folge die Entschädigungspflicht entfallen würde.

Während der Corona-Krise basiert die Homeoffice-Arbeit allerdings oftmals nicht auf Freiwilligkeit. Beispiels-

weise darf der Arbeitnehmer das Haus nicht verlassen, weil er sich in Quarantäne befindet, oder der Arbeitnehmer muss im Homeoffice arbeiten, da er zu den besonders gefährdeten Personen gehört. In solchen Fällen ist beim Arbeitgeber zwar ein geeigneter Arbeitsplatz vorhanden, der Arbeitsplatz beim Arbeitnehmer zu Hause ist dann aber ebenfalls «notwendig».

Das Bundesgericht konkretisierte im besagten Entscheid somit lediglich, wann ein Arbeitszimmer notwendig ist. Indem es im konkreten Fall darauf abstützte, ob beim Arbeitgeber bereits ein geeigneter Arbeitsplatz zur Verfügung stand, machte es die Entschädigungspflicht davon abhängig, ob die Arbeit im Homeoffice freiwillig war.⁴⁶

Daraus folgt, dass wenn der Arbeitnehmer gezwungen ist, die Arbeit von zu Hause aus zu verrichten, er Anspruch auf eine Entschädigung für die Auslagen hat, die ihm dadurch entstehen.

Teilweise wird versucht, aus dem Umstand, dass es sich nur um einen vorübergehenden Zustand handelt, eine Entschädigungslosigkeit abzuleiten.⁴⁷ Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass vor der Corona-Krise auch vorübergehend anfallende Auslagen, wie z.B. Spesen für eine auswärtige Arbeitstätigkeit wie die Kosten für das Mittagessen oder das Zugticket, unbestrittenermassen unter die notwendigen Auslagen gem. Art. 327a OR fielen. Lässt sich aufgrund der besonderen Situation eine Entschädigungslosigkeit im Hinblick auf die Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber in kurzen Phasen der Homeoffice-Arbeit begründen, fällt dies ferner schwer bei einem Zustand, der bereits über ein Jahr andauern kann. Hinzu kommt, dass im umgekehrten Fall, wenn die Arbeitgeber während der Corona-Krise ihren Arbeitnehmern z.B. ein Mobiltelefon zur Verfügung stellen, das auch privat genutzt werden darf, die Arbeitgeber regelmässig eine Kostenbeteiligung für die Abo- und Verbindungskosten verlangen.

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass es gemäss dem eingangs erwähnten Entscheid keine Rolle spielen soll, ob «Arbeitsauslagen direkt oder indirekt» entstehen.⁴⁸

⁴⁰ Art. 347 Abs. 1 und 2 OR. Aufgrund des klaren Wortlauts («sofern nichts anderes verabredet oder üblich ist») kann der Ansicht von ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR 2020 II Sondernummer «Pandemie und Recht», 157. ff., 175, wonach sich die entschädigungslose Zurverfügungstellung alleine aus der Treuepflicht ergibt, nicht gefolgt werden.

⁴¹ VIONNET (Fn. 29), N 68; vgl. BLESI/HIRSIGER/PIETRUSZAK (Fn. 30), § 2 N 73 f. Gewisse Autoren sind ferner der Meinung, dass ein Vergütungsanspruch für Geräte und Material allgemein entfallen soll, wenn dem Arbeitnehmer ein Arbeitsplatz zur Verfügung steht (RAHEL A. NEDI, Besprechung des Urteils des Bundesgerichts, I. zivilrechtliche Abteilung, 4A_533/2018 vom 23. April 2019, ARV 2020, 125 ff., 127; ROMINA CARCAGNI ROESLER, Home Office, ArbR, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, 2014, 71 ff., 88).

⁴² Vgl. BGer 4A_533/2018 (23. April 2019), E. 6.2.

⁴³ Vgl. BGer 4A_533/2018 (23. April 2019), E. 6.2.

⁴⁴ Art. 327a Abs. 3 OR.

⁴⁵ BGer 4A_533/2018 (23. April 2019), E. 6.2.

⁴⁶ Vgl. VIONNET (Fn. 29), N 47.

⁴⁷ Siehe bspw. WILDHABER (Fn. 40), 175, die davon ausgeht, dass der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer «aufgrund dessen Treuepflicht in dieser Ausnahmesituation erwarten [darf], dass er einen vorhandenen Internetanschluss [...] entschädigungslos für die Arbeit im Home-Office vorübergehend zur Verfügung stellt», und das SECO, FAQ Homeofficepflicht und Kinderbetreuung, www.seco.admin.ch → Arbeit → Arbeitsbedingungen → Arbeitnehmerschutz → COVID-19 → FAQ, abgerufen am 9. April 2021.

⁴⁸ BGer 4A_533/2018 (23. April 2019), E. 6.2.

4. Fazit

Die Probleme im Zusammenhang mit den Grenzen der Gesetzesdelegation, der Einschränkung der Privatautonomie und der Umstand, dass es sich bei Art. 327a Abs. 1 OR um eine relativ zwingende Bestimmung handelt, spricht dagegen, dass mit Art. 10 Abs. 3 Satz 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage die Auslagenentschädigung bei Corona-bedingter Homeoffice-Arbeit verbindlich geregelt wurde. Aus den genannten Gründen handelt es sich m.E. wie bei der «Homeoffice-Pflicht» lediglich um eine Konkretisierung der Treuepflicht des Arbeitnehmers. Demnach sind Auslagen bei vorübergehender Homeoffice-Arbeit, d.h. in kurzen Phasen, entschädigungslos. Auslagen, die während längerer Phasen von Homeoffice-Arbeit entstehen, sind nach der hier vertretenen Ansicht jedoch (zumindest anteilmässig) zu entschädigen. Ebenso hat der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Entschädigungsanspruch, wenn er seine eigenen Geräte und Materialien zur Verfügung stellt (Art. 327 Abs. 1 OR).

IV. Arbeitsverhinderungen

A. Lohnfortzahlungsansprüche nach Art. 324 und 324a OR

1. Allgemeines

Mit dem Arbeitsvertrag wird ein schuldrechtliches Austauschverhältnis begründet. In der Folge ist der Lohn grundsätzlich nur geschuldet, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung erbringt.⁴⁹

Art. 324 und Art. 324a OR stellen Ausnahmen von diesem Grundsatz dar. So ist nach Art. 324 Abs. 1 OR der Lohn auch geschuldet, wenn «die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden kann» oder «er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug» kommt (sog. Annahmeverzug). Ein Verschulden des Arbeitgebers wird nicht vorausgesetzt, womit auch Fälle des sog. Betriebsrisikos erfasst sind.⁵⁰ Ferner hat der Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 1 OR einen Anspruch auf Lohnfortzahlung, wenn er an der Arbeitsleistung verhindert ist. Der Grund der Arbeitsverhinderung muss hierfür in der Person des Arbeitnehmers liegen und unverschuldet sein, die Anstellung muss mehr als drei Monate gedauert haben oder für mehr als drei Monate eingegangen worden

sein und der Anspruch für das vorliegende Dienstjahr⁵¹ darf noch nicht ausgeschöpft worden sein.

Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie sind verschiedene Gründe denkbar, weshalb ein Arbeitnehmer nicht zur Arbeit erscheint. So ist es bspw. möglich, dass er der Arbeit fernbleibt, weil er sich vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus fürchtet (IV. A. 2.), am Coronavirus erkrankt ist (IV. A. 3.), er aus einem Risikoland zurückkehrt und sich daher in Quarantäne befindet (IV. A. 4.), seinen Betreuungspflichten nachkommt (IV. A. 5.) oder der Betrieb vorübergehend geschlossen wurde (IV. A. 6.). Wie nachfolgend aufgezeigt wird, handelt es sich nicht bei allen der genannten Gründe um Arbeitsverhinderungen, die einen Lohnfortzahlungsanspruch zu begründen vermögen.

2. Angst vor einer Ansteckung

Erscheint der Arbeitnehmer nicht an seinem Arbeitsplatz, weil er sich vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus fürchtet, verletzt er damit grundsätzlich seine vertraglichen Pflichten.

Wie in III. Homeoffice-Arbeit ausgeführt wurde, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Rahmen von Art. 10 Abs. 3 Covid-19-Verordnung besondere Lage und Art. 27a Abs. 1 Covid-19-Verordnung 3 allerdings Homeoffice-Arbeit ermöglichen. Ist Homeoffice-Arbeit oder eine Ersatzarbeit nicht möglich, müssen besonders gefährdete Arbeitnehmer ferner unter Lohnfortzahlung von der Arbeit befreit werden.⁵² Handelt es sich nicht um einen besonders gefährdeten Arbeitnehmer, aber werden die Fürsorgepflichten gegenüber dem Arbeitnehmer verletzt, bspw. weil keine Schutzmassnahmen⁵³ getroffen werden und das Arbeitsumfeld Ansteckungen fördert,

⁴⁹ Zum Ganzen GEISER (Fn. 8), 546.

⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 8), Art. 324 OR N 5.

⁵¹ Nach Art. 324a Abs. 2 OR «[...] hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.» Die Berner, Basler oder Zürcher Skala können dabei als Richtlinien herangezogen werden, wobei die Verhinderungstage im laufenden Dienstjahr zusammengezählt werden (m.w.H. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324a N 13 ff.). Siehe auch die Ausführungen zur Abweichung von den Skalen durch die Gerichte in VIONNET (Fn. 29), Fn. 23.

⁵² Art. 27a Abs. 7 Covid-19-Verordnung 3. Zudem besteht gem. Art. 2 Abs. 3^{quater} Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall, SR 830.31) (Stand am 1. April 2021) ein Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigung.

⁵³ Zur Pflicht, Schutzmassnahmen zu ergreifen, siehe II. A.

darf der Arbeitnehmer seine Arbeit verweigern.⁵⁴ Der Arbeitgeber befindet sich dann im Annahmeverzug, da die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden kann (Art. 324 Abs. 1 OR).⁵⁵ In diesem Fall ist der Lohn weiterhin geschuldet.

Verweigert der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in unzulässiger Weise, sollte er zunächst (am besten in einem eingeschriebenen Brief) dazu aufgefordert werden, zur Arbeit zu erscheinen bzw. es ist ihm gegenüber eine Verwarnung auszusprechen. Ferner kann darauf hingewiesen werden, dass ohne Arbeit auch kein Lohn geschuldet ist⁵⁶ und disziplinarische Massnahmen⁵⁷ getroffen werden, sollte er seine Arbeitsleistung weiterhin verweigern⁵⁸.

3. Krankheit des Arbeitnehmers

Erkrankt der Arbeitnehmer am Coronavirus und kann er aufgrund seines schlechten Gesundheitszustands seine Arbeit nicht verrichten, richtet sich der Lohnfortzahlungsanspruch, wie auch in anderen Fällen von Krankheit, nach Art. 324a Abs. 1 OR.

Bei einem milden Krankheitsverlauf muss sich der Arbeitnehmer ferner trotzdem in Isolation begeben. Wenn ihm die Homeoffice-Arbeit möglich und zumutbar ist (III. Homeoffice-Arbeit), kann er nicht als «an der Arbeitsleistung verhindert» gelten. Insofern muss er seine Arbeitsleistung von zu Hause aus erbringen, damit er einen Lohnanspruch hat.⁵⁹

Weiter stellt sich die Frage, ob Art. 324 Abs. 1 oder Art. 324a Abs. 1 OR anwendbar ist, wenn sich der infizierte Arbeitnehmer in Isolation befindet, Homeoffice-Arbeit aufgrund des ausgeübten Berufs⁶⁰ aber nicht möglich bzw. unzumutbar ist. Die Unterscheidung ist von Bedeutung, da der Anspruch gemäss Art. 324a Abs. 1 OR im Gegensatz zu Art. 324 Abs. 1 OR zeitlich begrenzt ist («für eine beschränkte Zeit»⁶¹).⁶²

Es gibt Autoren, die der Ansicht sind, dass sich der Arbeitgeber in dieser Konstellation im Annahmeverzug

befindet.⁶³ GEISER begründet dies damit, dass «der Arbeitnehmer aus rechtlichen Gründen die Arbeit nur zu Hause verrichten kann, die Arbeitgeberin ihm aber keine zu Hause zu verrichtende Arbeit zuweisen kann».⁶⁴ Hiergegen ist einzuwenden, dass die Homeoffice-Arbeit grundsätzlich der Zustimmung beider Parteien unterliegt. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz besteht in Fällen, in denen es die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bzw. Treuepflicht des Arbeitnehmers gebieten.⁶⁵ Ist es dem Arbeitnehmer allerdings gar nicht erst möglich, die Arbeit im Homeoffice zu erledigen, steht die Zuweisung von Arbeit, die von zu Hause aus erledigt werden soll, gar nicht zur Diskussion. Die Homeoffice-Arbeit und damit verbunden die Arbeitszuweisung ist im Vorhinein ausgeschlossen. Deshalb und weil sich der Arbeitnehmer in Isolation befindet, da er am Coronavirus erkrankt ist, d.h. aus einem Grund, der in seiner Person liegt, fällt der Verhinderungsgrund in seine Risikosphäre.

Aus den genannten Gründen ist Art. 324a Abs. 1 OR nicht nur Anspruchsgrundlage in Fällen, in denen sich der infizierte Arbeitnehmer in Isolation befindet und er aufgrund seines schlechten Gesundheitszustandes an der Arbeit verhindert ist, sondern auch, wenn die Homeoffice-Arbeit mit seinem Beruf nicht vereinbar ist bzw. die Homeoffice-Arbeit im konkreten Fall unzumutbar ist.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass bei absichtlich herbeigeführten Ansteckungen, etwa wenn der Arbeitnehmer den Kontakt mit infizierten Personen bewusst sucht, um eine Erkrankung und anschliessende Immunisierung herbeizuführen, ein Selbstverschulden vorliegt.⁶⁶ In der Konsequenz entfällt der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a Abs. 1 OR.

4. Quarantäne bei Rückkehr aus einem Risikoland

Kehrt der Arbeitnehmer aus einem Risikoland⁶⁷ zurück, ist er verpflichtet, sich in Quarantäne zu begeben.⁶⁸

⁵⁴ Vgl. GEISER (Fn. 8), 549; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 69; WILDHABER (Fn. 40), 170.

⁵⁵ Vgl. BRUNONE (Fn. 8), 20 f.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 44 und N 69; GEISER (Fn. 8), 546; WILDHABER (Fn. 40), 170.

⁵⁶ Vgl. Art. 82 OR.

⁵⁷ Zum Begriff siehe Fn. 13.

⁵⁸ Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 78.

⁵⁹ Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 37; SCHWAAB, Quarantäne (Fn. 30), N 28.

⁶⁰ Homeoffice-Arbeit ist bspw. bei einem Maler, der Anstricharbeiten bei Kunden im Innen und Aussenraum ausführt, nicht möglich.

⁶¹ Siehe Fn. 50.

⁶² GEISER (Fn. 8), 546.

⁶³ GEISER (Fn. 8), 547; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 37.

⁶⁴ GEISER (Fn. 8), 547.

⁶⁵ Siehe die Ausführungen in III. Homeoffice-Arbeit.

⁶⁶ Vgl. VIONNET (Fn. 29), N 10, wo auf das Verschulden hingewiesen wird, wenn Eltern ihre Kinder zu sog. Masernpartys bringen.

⁶⁷ Die aktuelle Liste der Risikoländer ist abrufbar unter www.bag.admin.ch → Krankheiten → Infektionskrankheiten: Ausbrüche, Epidemien, Pandemien → Aktuelle Ausbrüche und Epidemien → Coronavirus → Reisen → Coronavirus: BAG-Liste der Risikoländer, abgerufen am 9. April 2021.

⁶⁸ Art. 35 Abs. 1 lit. a EpG; Art. 7 Abs. 2 Verordnung über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) im Bereich des internationalen Personenverkehrs vom 27. Januar 2021 (Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des

Reist der Arbeitnehmer freiwillig in ein Risikoland (bspw. in die Ferien), beruht die Quarantäne auf seinem Entscheid. Die Arbeitsverhinderung ist dann selbstverschuldet und der Lohnfortzahlungsanspruch nach Art. 324a Abs. 1 OR entfällt.⁶⁹ Eine Ausnahme hiervon dürfte bestehen, wenn das Land nach der Einreise des Arbeitnehmers in die Quarantäneliste des Bundes aufgenommen wird. Musste jedoch mit der Aufnahme in die Risikoliste gerechnet werden, etwa bei Bekanntsein der hohen Zahl an Neuinfektionen im betreffenden Land vor Reiseantritt, spricht dies wiederum für ein Selbstverschulden des Arbeitnehmers.

Begibt sich der Arbeitnehmer auf Weisung des Arbeitgebers auf eine Geschäftsreise in das Risikoland, ist die Arbeitsverhinderung ferner nicht vom Arbeitnehmer, sondern vom Arbeitgeber verschuldet, womit der Lohn gemäss Art. 324 Abs. 1 OR weiterhin entrichtet werden muss.

5. Betreuungspflichten

a. Pflege eines an Corona erkrankten Kindes

Der Arbeitnehmer ist gestützt auf Art. 276 ZGB verpflichtet, für die Betreuung seines Kindes zu sorgen. Art. 276 ZGB stellt sodann eine gesetzliche Pflicht i.S.v. Art. 324a OR dar.⁷⁰ Die Begründung und Dauer des Lohnfortzahlungsanspruchs richten sich nach der Zumutbarkeit der Arbeitsleistung.⁷¹

Eine Arbeitsverhinderung kann insbesondere⁷² nur dann bestehen, wenn die Betreuung des Kindes nicht gesichert ist bzw. nur solange andauern, als die Betreuung nicht anderweitig organisiert werden kann.⁷³ Für die Or-

ganisation gelten drei Tage als Richtlinie.⁷⁴ In diesem Zusammenhang ist aber hervorzuheben, dass sich die Suche nach externen Betreuungsmöglichkeiten während einer Pandemie schwieriger gestalten kann, als dies sonst der Fall ist. So fallen Grosseltern, die in der Regel die Notfallbetreuung übernehmen, oftmals ausser Betracht, da sie zur Risikogruppe gehören.⁷⁵

b. Ausfall der Betreuungsperson

Der Fall, dass die Betreuungsperson erkrankt, ist gleich zu behandeln wie jener bei Erkrankung des Kindes. Der Arbeitnehmer ist auch hier gesetzlich verpflichtet, sich um das Kind zu kümmern. Er hat im Rahmen der allgemeinen Voraussetzungen von Art. 324a Abs. 1 OR («IV. A. 1.») und der Zumutbarkeit («IV. A. 5. a.») Anspruch auf Lohnfortzahlung.⁷⁶

c. Corona-bedingte Schliessung von Krippen und Schulen

Fraglich ist, wie es sich mit dem Lohnfortzahlungsanspruch verhält, wenn Krippen oder Schulen aufgrund des Coronavirus geschlossen werden müssen.

Das Arbeitsgericht Zürich hatte in einem Fall, in dem die Krippe wegen Schweinegrippe geschlossen wurde, einen Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers abgelehnt.⁷⁷ Dieser Entscheid ist in der Literatur jedoch sehr umstritten.⁷⁸

Gemäss Art. 324a Abs. 1 OR muss der Grund der Arbeitshinderung in der Person des Arbeitnehmers lie-

internationalen Personenverkehrs, SR 818.101.27) (Stand am 8. April 2021).

⁶⁹ Vgl. GEISER (Fn. 8), 545 ff., 547: Er geht bei behördlich angeordneter Quarantäne zwar in allgemeiner Weise von einem Annahmeverzug des Arbeitgebers aus. Der Arbeitnehmer müsse aber die wirtschaftlichen Konsequenzen tragen, wenn er sich «freiwillig» in Quarantäne begibt (ohne behördliche Anordnung). Vgl. MARIANA GRABER/CHRISTA KALBERMATEN, Corona und Arbeitsrecht, EF 2020, 487 ff., 491.

⁷⁰ M.w.H. zur Lehre und Rechtsprechung VIONNET (Fn. 29), N 13 ff.

⁷¹ VIONNET (Fn. 29), N 9 und 35 ff.

⁷² VIONNET (Fn. 29), N 36 ff., m.w.H. zu den Zumutbarkeitskriterien (konkrete Möglichkeit der externen Betreuung, Schweregrad der Erkrankung, Alter des Kindes, Ersetzbarkeit des Arbeitnehmers).

⁷³ Bundesgericht, Urteil vom 7. April 1988, JAR 1999, 232 ff., E. 4; Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 2. Juli 1987, JAR 1988, 197 ff., E. 4.

⁷⁴ Art. 36 Abs. 2 ArG; VIONNET (Fn. 29), N 24 und N 87; GEISER (Fn. 8), 549; ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, elektronischer Update-Service zum Praxiskommentar, Art. 324a/b OR N 20; ROGER RUDOLPH, Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Aufschub der Mutterschaftsentschädigung infolge Spitalaufenthalt des neugeborenen Kindes (Art. 324a OR, Art. 16c EOG, Art. 24 EOV), Besprechung des Entscheids des Regionalgerichts Bern-Mittelland vom 24. Januar 2013 (CIV 12 6727 BAK), 235 ff., 238.

⁷⁵ VIONNET (Fn. 29), N 66.

⁷⁶ VIONNET (Fn. 29), N 53.

⁷⁷ Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 16. August 2010, JAR 2011, 628 f.

⁷⁸ Den Lohnfortzahlungsanspruch bejahend: VIONNET (Fn. 29), N 63 ff.; DAVID RÜETSCHI, Die Rechte des Arbeitnehmers bei der Betreuung kranker Kinder und anderer Angehöriger, in: Büchler/Müller-Chen (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Schwenzer, Bern 2011, 1449 ff., 1463; GEISER (Fn. 8), 548 f.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 52; BRUNONE (Fn. 8), 20. Den Lohnfortzahlungsanspruch verneinend: THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, Jusletter 14. April 2020, N 27 ff.; BLES/HIRSIGER/PIETRUSZAK (Fn. 30), § 2 N 29.

gen. Somit wird ein subjektives Leistungshindernis vorausgesetzt. Das Arbeitsgericht Zürich hatte im besagten Fall argumentiert, dass ein objektives Leistungshindernis vorliegt, da alle Eltern gleichermaßen von der Kripenschliessung betroffen wären. Aus diesem Grund müsse der Lohnfortzahlungsanspruch entfallen.

Hiergegen kann angeführt werden, dass die Pandemie an sich zwar ein objektives Leistungshindernis darstellt, sie aber zum subjektiven Leistungshindernis wird, wenn die Kinderbetreuung nicht anderweitig organisiert werden kann.⁷⁹ Ähnlich hatte das Arbeitsgericht in einem anderen Fall⁸⁰ argumentiert. Es sah ein Erdbeben in Süditalien als objektives Leistungshindernis an, betrachtete den Umstand, dass der Arbeitnehmer der Arbeit fernblieb, weil er in Italien nach Angehörigen suchte, dann aber als subjektives Leistungshindernis.⁸¹

6. Betriebsschliessung

Um den steigenden Coronavirus-Fallzahlen entgegenzuwirken, werden gewisse Betriebe auf behördliche Anordnung hin (zeitweise) geschlossen. Können die Arbeitnehmer in der Folge ihre Arbeitsleistung nicht erbringen, ist in der Lehre umstritten, ob die Arbeitsverhinderung in die Risikosphäre des Arbeitgebers fällt. Der wohl überwiegende Teil der Lehre geht aber davon aus, dass der Lohn gestützt auf Art. 324 OR unbefristet weiter geschuldet ist.⁸²

B. Erwerbsausfallentschädigung nach Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall

Die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall gewährt unter bestimmten Voraussetzungen⁸³ einen Anspruch auf Taggeld, wenn der Arbeitnehmer einen Erwerbsausfall erleidet, weil über ihn, sein Kind oder die Betreuungsperson eine Quarantäne verhängt wurde, die Kinderbetreuungseinrichtung (bspw. Schule, Kindergarten oder Kin-

dertagesstätte) behördlich geschlossen wurde oder wenn er zu den besonders gefährdeten Personen zählt und Homeoffice-Arbeit bzw. Ersatzarbeit nicht möglich sind.⁸⁴ Ausgenommen sind Fälle, in denen eine Quarantäne für einreisende Personen nach der Covid-19-Verordnung Massnahmen im Bereich des internationalen Personenverkehrs verhängt wurde.⁸⁵

Die Entschädigung beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens und höchstens CHF 196 pro Tag.⁸⁶ Der Anspruch kann entweder vom Arbeitnehmer oder Arbeitgeber, wenn dieser den Lohn fortgezahlt hat, geltend gemacht werden.⁸⁷ Bei behördlich angeordneter Quarantäne über den Arbeitnehmer oder sein Kind entsteht der Anspruch mit Beginn der Quarantäne.⁸⁸ Bei behördlicher Schliessung der Betreuungseinrichtung oder wenn sich die Betreuungsperson in Quarantäne befindet, beginnt der Anspruch am vierten Tag nach Anordnung der Massnahme.⁸⁹

V. Arbeitgeberkündigungen während der Corona-Krise

A. Zeitlicher Kündigungsschutz während der Quarantäne

Ist der Arbeitnehmer unverschuldet am Coronavirus erkrankt, darf der Arbeitgeber, nach Ablauf der Probezeit, das Arbeitsverhältnis im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab dem zweiten bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab dem sechsten Dienstjahr während 180 Tagen nicht kündigen.

Gewisse Autoren sind zudem der Ansicht, dass dieser sog. zeitliche Kündigungsschutz auch während der Quarantäne, wenn die Arbeitnehmer nicht krank sind, greifen soll.⁹⁰ Zur Begründung führen sie an, dass eine Ungleichbehandlung bei Quarantäne oder Krankheit wenig Sinn

⁷⁹ VIONNET (Fn. 29), N 63.

⁸⁰ Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 20. März 1981, SJZ 77 (1981), 234 ff.

⁸¹ M.w.H. zur Schliessung von Schulen und Kinderkrippen infolge Pandemie VIONNET (Fn. 29), N 61 ff.

⁸² GEISER (Fn. 8), 551; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 72; BRUNONE (Fn. 8), 20; SCHWAAB, Quarantäne (Fn. 30), N 5 ff. A.M. WILDHABER (Fn. 40), 168 ff.; PIETRUSZAK (Fn. 78), N 13 ff.

⁸³ Siehe insb. Art. 2 Abs. 1 lit. a Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall, wonach der Anspruch grundsätzlich nur für Eltern mit Kindern unter 12 Jahren besteht. Siehe auch die Einschränkungen in Art. 2 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall bei der Betreuung während der Schulferien.

⁸⁴ Art. 2 Abs. 1bis lit. a. Ziff. 1 und 2, Abs. 3^{quater} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall.

⁸⁵ Art. 2 Abs. 2^{bis} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall.

⁸⁶ Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall.

⁸⁷ Art. 7 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall.

⁸⁸ Art. 3 Abs. 2 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall. Zudem ist der Anspruch auf höchstens sieben Tagelder pro Quarantänefall beschränkt.

⁸⁹ Art. 3 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall.

⁹⁰ JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Der Arbeitnehmer in Quarantäne, ARV online 2020 Nr. 174; GEISER (Fn. 8), 548; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 72.

ergeben würde. Der Arbeitnehmer könne sich «nicht ungehindert um eine neue Stelle bewerben».⁹¹

Die Aufzählung in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ist abschliessend und der Wortlaut klar.⁹² Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist ein Abweichen vom Wortlaut nur dann zulässig, wenn dieser nicht dem Zweck der Norm entspricht.⁹³ Daher ist vorliegend zu prüfen, ob der Zweck von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auch die Quarantäne umfassen soll.

Die Botschaft führt zum Zweck des Kündigungsschutzes aus, dass dieser nicht bestehe, «weil der Arbeitnehmer infolge der Arbeitsverhinderung keine Stelle suchen kann, sondern weil eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich erscheint».⁹⁴ Es ist folglich nicht von Relevanz, wenn der Arbeitnehmer bei der Stellensuche behindert ist. Über die Dauer der Quarantäne – zehn Tage⁹⁵ – besteht ferner Gewissheit.

Lässt man die Behinderung bei der Stellensuche als Argument für die Vergleichbarkeit von Krankheit und Quarantäne trotz des angeführten Einwandes zu, muss berücksichtigt werden, dass die Bewerbungsprozesse während der Corona-Krise vielerorts angepasst wurden. Oftmals werden Telefon- und Videointerviews angeboten, womit vom potenziellen Arbeitgeber sowieso keine physische Präsenz verlangt wird. Aus diesem Grund sind mit der Quarantäne keine bedeutenden Einschränkungen für die Stellensuche verbunden.

Somit kann festgehalten werden, dass die Quarantäne nicht vom Zweck und folglich nicht vom Anwendungsbereich von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR erfasst ist. Aufgrund angepasster Bewerbungsprozesse wären ferner auch die Behinderungen bei der Stellensuche nicht von Bedeutung. In der Konsequenz kann dem Arbeitnehmer m.E. auch während der Quarantäne gekündigt werden.

Da, wie bereits aufgezeigt wurde, die Meinungen in Bezug auf dieses Thema auseinandergehen, ist der Arbeitgeber allerdings gut beraten, wenn er nach Ablauf

der hypothetischen Sperrfrist vorsorglich ein zweites Mal kündigt. Auf diese Weise kann vermieden werden, dass das Arbeitsverhältnis immer noch besteht, sollte ein Gericht, trotz der genannten Einwände, zur Annahme gelangen, dass der zeitliche Kündigungsschutz auch bei einer Quarantäne greift.

Es bleibt anzumerken, dass aufgrund der Ausführungen in der Botschaft zum Zweck von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR auch infrage gestellt werden muss, ob bei milden Krankheitsverläufen überhaupt ein zeitlicher Kündigungsschutz bestehen soll. In solchen Fällen kann argumentiert werden, dass wenn der infizierte Arbeitnehmer in der Lage ist, die Arbeitsleistung von zu Hause aus zu erbringen, gar keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

B. Fristlose Kündigung

1. Allgemeines

Bei besonders schweren Verfehlungen⁹⁶ kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gemäss Art. 337 Abs. 1 OR fristlos auflösen.⁹⁷ Vorausgesetzt wird dabei ein wichtiger Grund, der dem Kündigenden «nach Treu und Glauben» die Fortführung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar macht.⁹⁸ Die zur Begründung einer fristlosen Kündigung angeführten Tatsachen müssen objektiv geeignet sein, «die für das Arbeitsverhältnis wesentliche Vertrauensgrundlage zu zerstören» oder «tief greifend zu erschüttern» und dies auch effektiv bewirkt haben.⁹⁹ Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung sind ferner nicht nur das Vorkommnis selbst, sondern sämtliche Umstände, wie die Natur und Dauer des Anstellungsverhältnisses, mitzubeherrschenden.¹⁰⁰

Die Gerichte sind sehr zurückhaltend bei der Annahme der Zulässigkeit von fristlosen Kündigungen.¹⁰¹

⁹¹ GEISER (Fn. 8), 548.

⁹² Vgl. GEISER (Fn. 8), 548.

⁹³ BGer 4C.216/2005 (12. Juli 2006), E. 2.1; BGE 131 III 314, 315 f., E. 2.2.

⁹⁴ Botschaft zur Volksinitiative betreffend «Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht vom 9. Mai 1984, BBl 1984 II 551 ff., 605.

⁹⁵ Vgl. aber die Hinweise des BAG zur vorzeitigen Beendigung der Quarantäne, www.bag.admin.ch → Krankheiten → Coronavirus → Isolation und Quarantäne, abgerufen am 15. Dezember 2020.

⁹⁶ Sind die Verfehlungen weniger schwerwiegend, ist eine fristlose Kündigung zulässig, wenn sie trotz Verwarnung wiederholt vorgekommen sind (BGE 142 III 579, 579, E. 4.2; BGer 8C_541/2010 [20. Juni 2011], E. 4; BGE 130 III 28, 31, E. 4.1; BGE 129 III 380, 382, E. 2.1; BGE 127 III 310, 313, E. 3).

⁹⁷ BGer 4A_177/2017 (22. Juni 2017), E. 2.2.1; BGE 142 III 579, 579, E. 4.2; BGer 8C_541/2010 (20. Juni 2011), E. 4; BGE 129 III 380, 382, E. 2.1; BGE 127 III 310, 313, E. 3; vgl. Art. 337 OR.

⁹⁸ Art. 337 Abs. 2 OR.

⁹⁹ BGE 142 III 579, 579, E. 4.2; BGE 129 III 380, 382, E. 2.1; vgl. BGer 8C_541/2010 (20. Juni 2011), E. 4.

¹⁰⁰ Vgl. BGE 130 III 28, 32, E. 4.1; BGE 127 III 351, 354, E. 4 a); BGE 116 II 145, 150, E. 6 a).

¹⁰¹ BGer 8C_541/2010 (20. Juni 2011), E. 4 («elle doit être admise de manière restrictive»); BGE 129 III 380, 382, E. 2.1 («Ihre Zulässigkeit darf nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden.»); m.w.H. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH

Deshalb und aufgrund der weitgehenden Konsequenzen einer ungerechtfertigten fristlosen Kündigung (Ersatzanspruch für den Lohn, den der Arbeitnehmer während der ordentlichen Kündigungsfrist erhalten hätte, sowie eine Pönale von bis zu sechs Monatslöhnen, welche im Ermessen des Richters liegt)¹⁰² sollte eine fristlose Kündigung stets wohl überlegt sein.

Ist ein wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung bekannt, sollte sie zudem sofort (innert zwei bis drei Arbeitstagen) ausgesprochen werden. Ansonsten riskiert der Arbeitgeber, dass davon ausgegangen wird, dass das Einhalten der ordentlichen Kündigungsfrist im konkreten Fall zumutbar gewesen wäre.¹⁰³

2. Nichtbeachten der Schutzmassnahmen

Die Frage der Zulässigkeit einer fristlosen Kündigung stellt sich in Fällen, in denen der Arbeitnehmer im Vorfeld angeordnete Schutzmassnahmen ignoriert hat. Beispielsweise ist denkbar, dass ein Arbeitnehmer positiv auf das Coronavirus getestet wurde und er sich trotz behördlicher Anordnung¹⁰⁴ nicht in Isolation begibt, oder er verstösst wiederholt gegen die Maskenpflicht.

Für die Zulässigkeit spricht, dass in der Lehre und vom Bundesgericht die Ansicht vertreten wird, dass in schweren Fällen, in denen sich der Arbeitnehmer nicht um die Sicherheitsbestimmungen zur Vermeidung von Unfällen schert und dadurch Dritte gefährdet werden, fristlose Entlassungen gerechtfertigt sind.¹⁰⁵ Die Schutzmassnahmen bezwecken zwar keine Unfallprävention, sind allerdings vergleichbar mit den Sicherheitsbestimmungen, da bei einer Nichtbeachtung ebenfalls eine Gefahr für Dritte

ausgeht. So sollte es keine Rolle spielen, ob sich infolge des unrechtmässigen Verhaltens des Arbeitnehmers ein Unfall ereignen könnte oder sich jemand mit einer gefährlichen Krankheit ansteckt. In beiden Fällen ist die körperliche Integrität Dritter in gleicher Weise gefährdet.

Verstösst ein Arbeitnehmer somit in schwerwiegender Weise oder wiederholt gegen Schutzmassnahmen, kann die fristlose Kündigung gerechtfertigt sein.¹⁰⁶ Wie in V. B. 1. ausgeführt wurde, sind dabei aber die Besonderheiten des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen. Insbesondere sollte der Arbeitnehmer, wenn es sich nicht um eine schwerwiegende Verfehlung handelt, zunächst abgemahnt werden. Verstösst er dann zum wiederholten Mal gegen die Schutzmassnahme, darf eine fristlose Kündigung ausgesprochen werden.¹⁰⁷

VI. Zusammenfassung

Im Laufe der Corona-Krise haben sich im schweizerischen Arbeitsrecht eine Vielzahl von Problemfeldern aufgetan. Die Beantwortung vieler Fragen bedarf einer Auslegung der Gesetzesbestimmungen. Wie aufgezeigt wurde, wird diese aber unterschiedlich gehandhabt und die Meinungen in der Literatur gehen auseinander.

Gewiss ist, dass dem Arbeitgeber eine Pflicht zukommt, Schutzmassnahmen zu treffen. Dabei müssen insbesondere die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und Abstand in den Betrieben umgesetzt werden. Wo die Grenzen des Weisungsrechts sind, muss diskutiert werden. Nach der vorliegenden Ansicht sprengt bspw. eine Impfpflicht im Betrieb grundsätzlich den Rahmen des rechtlich Zulässigen.

Auch die Homeoffice-Arbeit, die vor der Corona-Krise die Ausnahme darstellte und jetzt weit verbreitet ist, wirft Fragen auf. Der Bundesrat hat auf dem Verordnungsweg Bestimmungen zur Homeoffice-Arbeit erlassen. Es ist nicht klar, ob sich gestützt darauf eine eigentliche Homeoffice-Pflicht und eine rechtlich verbindliche Einschränkung der Auslagenentschädigung ableiten lässt. Vieles spricht dafür, dass es sich dabei lediglich um eine Konkretisierung der Sorgfalts- und Treuepflichten handelt.

Ferner kann festgehalten werden, dass die Gründe von Arbeitsverhinderungen in der Corona-Krise vielseitig sind, ebenso die Rechtsfolgen. Meines Erachtens

(Fn. 8), Art. 337 OR N 3 f. zum Ausnahmecharakter der fristlosen Kündigung.

¹⁰² Art. 337c Abs. 1 und 3 OR.

¹⁰³ Zum Ganzen BGer 4A_238/2007 (1. Oktober 2007), E. 4.1; BGE 130 III 28, 34, E. 4.4; BGer 4C.345/2001 (16. Mai 2002), E. 3.2.

¹⁰⁴ Art. 35 Abs. 1 lit. a EpG.

¹⁰⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 337 N 31; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 8), Art. 328 OR N 15; WYLER (Fn. 12), 251; ALAIN FRIEDRICH/MERET TOBLER, Arbeitsrecht im Unternehmen, Antworten auf häufige Fragen im Alltag von Personalverantwortlichen, Bern 2014, 138; ZK-STAEHELIN, Art. 337 OR N 21; BGer 8C_541/2010 (20. Juni 2011), insb. E. 7, wo der Arbeitnehmer die üblichen Vorsichtsmassnahmen für Arbeiten unter Spannung nicht berücksichtigte und sich selbst und die ebenfalls anwesenden zwei Arbeitskollegen gefährdete. Ebenso werden in der Rechtsprechung fristlose Kündigungen regelmässig als zulässig erachtet, wenn ein Arbeitnehmer Dritte in anderer Weise, bspw. während eines Wutausbruchs, gefährdet. Siehe hierzu bspw. BGer 4A_486/2007 (14. Februar 2008).

¹⁰⁶ Vgl. GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 80. SASCHA BRITSKO/FABIAN BAUMGARTNER, Lehrerin ohne Maske fristlos entlassen, NZZ Nr. 265 vom 13. November 2020, 14.

¹⁰⁷ GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 12), N 80; Fn. 97.

liegt bei Krankheit des Arbeitnehmers, des Kindes oder der Betreuungsperson sowie bei der Corona-bedingten Schliessung von Krippen und Schulen ein Arbeitsverhinderungsgrund i.S.v. Art. 324a Abs. 1 OR vor. Ist Home-office-Arbeit nicht möglich und bleibt der Arbeitnehmer der Arbeit fern, da er sich vor einer Ansteckung fürchtet, hat er grundsätzlich keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung. Er muss dann mit disziplinarischen Massnahmen rechnen. Eine Ausnahme besteht bei besonders gefährdeten Arbeitnehmern und wenn die Schutzmassnahmen nicht eingehalten werden. In letzterem Fall, bei Betriebs-schliessungen und im Fall, dass sich der Arbeitnehmer nach einer Geschäftsreise in Quarantäne befindet, ist meiner Ansicht nach Art. 324 Abs. 1 OR die Anspruchsgrundlage.

Des Weiteren wurde ausgeführt, dass Arbeitgeberkündigungen auch während der Corona-Krise im rechtlichen Rahmen möglich bleiben. Im Hinblick auf den gesetzgeberischen Willen hat die Quarantäne keinen zeitlichen Kündigungsschutz zur Folge. Fristlose Kündigungen soll-

ten stets wohlüberlegt sein, sind aber bei groben Verfehlungen, wenn Schutzmassnahmen trotz Verwarnung wiederholt missachtet werden, grundsätzlich zulässig.