

# Arbeitsleistung und Lohn zu Zeiten des Corona-Virus

Diskussionspapier vom 13. März 2020

Marc Wohlwend  
RA MLaw, Wissenschaftlicher Mitarbeiter  
Gertrudstrasse 15  
Postfach  
8401 Winterthur

# Inhaltsverzeichnis

<b>ARBEITSVERTRAGLICHE GRUNDSÄTZE.....</b>	<b>3</b>
<b>ABGRENZUNG PERSÖNLICHE / ÜBERPERSÖNLICHE URSACHEN.....</b>	<b>5</b>
<b>EINORDNUNG VON FALLKONSTELLATIONEN.....</b>	<b>8</b>
1.1. Arbeitsleistung verweigern .....	8
1.2. Schliessung des Betriebes.....	9
1.3. Medizinische Überwachung und Quarantäne.....	9
1.4. Kinderbelange.....	10
1.5. Weisungsrecht der arbeitgebenden Person .....	11
<b>STAATSHAFTUNG WEGEN BEHÖRDLICHEN MASSNAHMEN .....</b>	<b>13</b>

# Arbeitsvertragliche Grundsätze

Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtliches Austauschverhältnis, eine Leistung wird gegen eine Gegenleistung ausgetauscht (sog. Synallagma<sup>1</sup>). Die arbeitnehmende Person ist vorleistungspflichtig. Wenn die Leistung nicht erbracht wird, braucht auch die Gegenleistung nicht ausgerichtet zu werden.<sup>2</sup> Wenn die eine Partei nicht leistet, darf die andere ihre Leistung zurückbehalten. Das wurde vom Bundesgericht auch bezüglich des Rechts auf Arbeitsverweigerung bei Lohnrückständen so festgehalten.<sup>3</sup> Im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gilt also der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» (Art. 82 und 119 OR).

Trifft die Gläubigerperson nicht die notwendigen Vorbereitungen, um die ihr geschuldete Leistung entgegen nehmen zu können, gerät sie in Verzug (Art. 91 OR). Will nun die Schuldnerperson ihre Leistung nicht später erbringen, kann sie grundsätzlich nach den Regeln des allgemeinen Teils des OR, soweit eine Hinterlegung ihrer Leistung nicht möglich ist, vom Vertrag zurücktreten (Art. 95 OR). Weil diese Rechtslage beim Arbeitsvertrag kaum zu einem vertretbaren Ergebnis führen würde, ist eine abweichende Regel ins Gesetz aufgenommen worden:<sup>4</sup> Die arbeitgebende Person hat den Lohn weiterhin für die ganze Dauer der Verhinderung zu bezahlen, obwohl sie die Arbeitsleistung nicht erhält und die arbeitnehmende Person die Leistung später nicht mehr erbringen muss (Art. 324 Abs. 1 OR). Das gilt schliesslich auch für die Arbeitsverhinderungen wegen Zufalls und höherer Gewalt.<sup>5</sup> Entscheidend ist jeweils, ob das die Arbeitsverhinderung verursachende Ereignis in die Risikosphäre der arbeitgebenden oder der arbeitnehmenden Person fällt. Das Risiko wird allerdings für den Fall auf die arbeitgebende Person abgewälzt, dass die unverschuldete Arbeitsverhinderung in der arbeitnehmenden Person selbst begründet ist. Diese Risikoumverteilung verwirklicht sich in der Pflicht der arbeitgebenden Person, in diesem Fall Lohnfortzahlung zu leisten (Art. 324a/b OR).

Der persönliche Verhinderungsgrund der arbeitnehmenden Person ist folglich in jedem Einzelfall von den betrieblichen und überpersönlichen (objektiven) abzugrenzen. Die Natur der Ursache und die Umstände entscheiden darüber, ob ein Anspruch auf Lohn oder Lohnfortzah-

---

<sup>1</sup> BGer Urteil 4A\_61/2012 vom 15. Mai 2012, E. 2.1.

<sup>2</sup> GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Fragen bei Umweltkatastrophen, in: ZBJV 142/2006, S. 174–180, S. 174.

<sup>3</sup> BGE 120 II 209.

<sup>4</sup> GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Fragen bei Umweltkatastrophen, in: ZBJV 142/2006, S. 174–180, S. 175.

<sup>5</sup> GEISER THOMAS, Arbeitsrechtliche Fragen bei Umweltkatastrophen, in: ZBJV 142/2006, S. 174–180, S. 174

lung entsteht oder sich der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» (Art. 82 und 119 OR) verwirklicht. Die nachfolgend diskutierten Fallbeispiele dienen als Register, um die Ursachen der Arbeitsverhinderung richtig einzuordnen.

# Abgrenzung persönliche / überpersönliche Ursachen

Aus dem Wortlaut von Art. 324a Abs. 1 OR geht hervor, dass die Aufzählung der Verhinderungsgründe nicht abschliessend, sondern beispielhaft ist, wobei im Gesetzestext immerhin die wichtigsten genannt werden. Die Botschaft des Bundesrates zur Revision des Arbeitsvertragsrechts vom 25. August 1967 hält dazu fest:<sup>6</sup>

*«Die objektiven Ereignisse fallen nur soweit in Betracht, als sie die arbeitnehmende Person an jeder Arbeitsleistung verhindern. Andere Verhinderungsgründe sind zum Beispiel öffentliche Dienstleistungen, wie Feuerwehrdienst oder Erfüllung von Pflichten als Mitglied einer Behörde, als Geschworene\*r oder Zeug\*in und Familienereignisse, wie Heirat der arbeitnehmenden Person und Krankheit und Tod von nahen Verwandten.»*

Das Zürcher Arbeitsgericht beurteilte 1981 einen Fall, in dem ein aus Italien stammender Arbeitnehmer am Tag des Erdbebens am 23. November 1980 mit seinem Bruder am Telefon war, der in seinem Heimatdorf San Severino wohnte.<sup>7</sup> Der Bruder hatte noch *«Antonio, wir haben ein Erdbeben ...»* gesagt, als die Verbindung unterbrochen wurde. Nachdem der Arbeitnehmer dann aus den Medien vom katastrophalen Ausmass des Erdbebens erfahren hatte, versuchte er auf verschiedenen Kanälen erfolglos, seine nahen Verwandten zu kontaktieren.

In Absprache mit der vorgesetzten Person fuhr der Arbeitnehmer am Mittwochmittag des 26. Novembers 1980 in Richtung seines Heimatdorfes. Am Reiseziel angekommen erfuhr er, dass seine Familie wohlauf ist. Auf der Rückreise war die Autobahn zwischen Pisa und Genua wegen Schnees gesperrt, weshalb sie länger dauerte und der Arbeitnehmer am Montagmorgen, den 1. Dezember 1980, nach 36 Stunden Fahrt wieder zu Hause ankam. Er trat seine Arbeit erst am darauffolgenden Tag an, weil ihm der Arbeitsantritt direkt nach einer solch langen Reise nicht zumutbar erschien. In der Folge wurde ihm der Lohn gekürzt für die dreieinhalb Tage dauernde Arbeitsverhinderung. Daraufhin klagte der Arbeitnehmer den Betrag von CHF 506.90 ein und versuchte, seinen Anspruch auf Art. 324a OR abzustützen.

---

<sup>6</sup> BBI 1967 II 241, S. 333.

<sup>7</sup> SJZ 77/1981 S. 234–236, S. 235.

Das Zürcher Arbeitsgericht führte in seinem Entscheid aus, dass «[d]er Grund für die Arbeitsverhinderung deshalb in der Person des Klägers [liegt], weil ihm unter angemessener Rücksichtnahme auf seine persönlichen Verhältnisse nicht zugemutet werden durfte, weiterhin über das Schicksal seiner Verwandten im Ungewissen zu bleiben. [...]. Nicht das Erdbeben in Italien, sondern die durch die unerträgliche Ungewissheit über das Schicksal der nahen Verwandten bewirkte seelische Verfassung war der Grund für die Arbeitsverhinderung.»<sup>8</sup> Hier ist die folgende Überlegung des Zürcher Arbeitsgerichts interessant:<sup>9</sup>

*«Dieser Verhinderungsgrund aber liegt in der Person des Arbeitnehmers, ebenso wie andererseits die moralische Pflicht, seinen nächsten Verwandten im Erdbebengebiet zu Hilfe zu eilen, was derart übergeordnet war, dass es die Arbeitspflicht diskussionslos in den Schatten stellte.»*

Hingegen verneinte das Zürcher Arbeitsgericht den Anspruch auf Lohnfortzahlung des Arbeitnehmers für den Montag, den 1. Dezember 1980, mit der Begründung, dass [d]ie Witterungsverhältnisse und die Verkehrsumleitung, welche den Kläger an einer früheren Rückkehr gehindert haben, Gründe [sind], die ausserhalb der Person des Klägers lagen. Wäre der Kläger z.B. aufgrund eines Lawinenniedergangs oder auch eines Erdbebens an der Arbeitsleistung gehindert worden, müsste der Arbeitgeber dafür auch nicht einstehen. Das sind objektive Verhinderungsgründe.»<sup>10</sup>

Das Arbeitsgericht Zürich prüfte im Urteil vom 16. August 2010, ob ein Lohnanspruch für eine Absenz zwecks Betreuung des Kindes besteht, nachdem die Kinderkrippe wegen des Schweinegrippevirus vorübergehend geschlossen worden war und verneinte den Anspruch, weil «[d]ie Gründe für die Arbeitsverhinderung damit nicht in den persönlichen Verhältnissen der Klägerin [liegen], sondern es handelt sich um ein objektives (allgemeines) Leistungshindernis (Schliessung der Kinderkrippe zur Verhinderung einer Ausbreitung des Virus, letztlich vergleichbar mit Seuchengefahr), [...]. Von der Schliessung der Kinderkrippe war nicht nur die Klägerin betroffen, sondern gleichermassen alle berufstätigen Eltern, deren Kinder in der fraglichen Krippe betreut worden sind.»<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> SJZ 77/1981 S. 234–236, S. 235.

<sup>9</sup> SJZ 77/1981 S. 234–236, S. 235 f.

<sup>10</sup> SJZ 77/1981 S. 234–236, S. 236.

<sup>11</sup> JAR 2011 S. 628–629, S. 629.

Das Obergericht Bern hatte im Urteil vom 2. Oktober 2006 zu beurteilen, ob die wegen Morddrohung des Ehemannes bei der Arbeitnehmerin ausgelöste Furcht und ihre darauffolgende Flucht an einen dem Ehemann unbekanntem Ort ein unverschuldetes subjektives Leistungshindernis darstellt, und kam zu folgendem Schluss:<sup>12</sup>

*«Nur eine Flucht an einen dem Ehemann unbekanntem Ort konnte ihr genügend Schutz gewähren. Nach Ansicht der Kammer ist die im vorliegenden Fall aufgrund massiver Drohungen entstandene Angst und die damit einhergegangene Flucht ein unverschuldetes subjektives Leistungshindernis i.S.v. Art. 324a Abs. 1 OR.»*

---

<sup>12</sup> JAR 2007 S. 377–380, S. 378.

# Einordnung von Fallkonstellationen

## 1.1. ARBEITSLEISTUNG VERWEIGERN

Aufgrund ihrer Fürsorgepflicht ist die arbeitgebende Person verpflichtet, die erforderlichen und zumutbaren Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der arbeitnehmenden Personen zu ergreifen (Art. 328 OR, Art. 82 UVG und Art. 6 ArG i.V.m. ArGV 3). Das BAG hat in Zusammenarbeit mit der Arbeitsgruppe Influenza und dem SECO ein «Handbuch für die betriebliche Vorbereitung» erarbeitet, das Unternehmen sowie Verwaltungen als Arbeitsgrundlage dienen soll, um ihre Situation im Zusammenhang mit dem Virus «SARS-CoV-2» (sog. Corona-Virus) zu erfassen und geeignete Vorbereitungen zu treffen.<sup>13</sup> Setzt die arbeitgebende Person die empfohlenen Massnahmen nicht um, würde sie die gesetzliche Fürsorgepflichten verletzen und ausserdem auch die notwendigen Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen hinsichtlich Annahme der Arbeitsleistung der arbeitnehmenden Personen unterlassen, weshalb sie in Annahmeverzug geraten würde. Die arbeitnehmende Person dürfte die Arbeitsleistung verweigern und würde trotzdem Lohn erhalten (Art. 324 Abs. 1 OR).

Grundsätzlich kann das Corona-Virus bei arbeitnehmenden Personen keine so massive Angst auslösen, dass sie nicht mehr am Arbeitsplatz erscheinen. Die arbeitnehmenden Personen sind aufgrund ihrer Treuepflicht nach Art. 321a OR verpflichtet, die Arbeitsleistung auch bei widrigen Umständen zu erbringen. Bleibt die arbeitnehmende Person der Arbeit trotzdem fern, bestünde keine Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a Abs. 1 OR und es käme der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» (Art. 82 und 119 OR) zur Anwendung.

Anders sieht es wohl bei den Risikogruppen im regulären Kontext (Alkohol- und Drogenabhängige, Schwangere und junge/ältere Arbeitnehmende) und jenen im besonderen Kontext des Corona-Virus (u.a. ältere Menschen und Menschen mit Vorerkrankungen) aus.<sup>14</sup> Diese Personengruppen müssen sich grundsätzlich nicht der hohen Gefahr einer Ansteckung mit dem Corona-Virus aussetzen. Eine Verweigerung der Arbeitsleistung würde in diesen Fällen die Pflicht zur Lohnfortzahlung nach Art. 324a Abs. 1 OR auslösen, weil die Ursache für die Arbeitsverhinderung in der arbeitnehmenden Person selbst läge.

---

<sup>13</sup> Das «Handbuch für die betriebliche Vorbereitung» ist unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Pandemie.html> abrufbar.

<sup>14</sup> Vgl. <https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/personal/gesundheits-und-sicherheit/risikogruppen.html> zu den Risikogruppen im regulären Kontext und im besonderen Kontext des Corona-Virus <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/empfehlungen-fuer-die-arbeitswelt.html>.



## 1.2. SCHLIESSUNG DES BETRIEBES

Wenn die Behörden einen Betrieb schliessen oder Veranstaltungen von einer bestimmten Grösse verbieten, liegt eine betriebliche Ursache der Verhinderung der Arbeitsleistung der arbeitnehmenden Person vor, weshalb es sich um einen Annahmeverzug der Arbeitsleistung handelt (Art. 82 und 119 OR), die arbeitnehmende Person ihre Arbeitsleistung nicht erbringen kann und trotzdem Lohn erhält (Art. 324 Abs. 1 OR). Es handelt sich um eine kollektive Massnahme nach Art. 40 EpG, die die Arbeitgebenden daran hindert, die Arbeitsleistung ihrer arbeitnehmenden Personen entgegen zu nehmen. Behördliche Massnahmen können wie Zufall und höhere Gewalt auch in das betriebliche Risiko fallen. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ist jedenfalls zu prüfen (vgl. Art. 31 ff. AVIG). Das SECO erachtet das unerwartete Auftreten des Corona-Virus und dessen Auswirkungen als nicht zum üblichen Betriebsrisiko gehörend.<sup>15</sup>

Weil die Betriebsferien i.d.R. drei Monate im Voraus anzuordnen sind, hat die arbeitgebende Person diese Option bei der Schliessung des Betriebs durch die Behörden nach Art. 40 EpG nicht. Ferien sind mit Rücksicht auf die Wünsche der arbeitnehmenden Person anzuordnen (Art. 329c OR). Das darf kurzfristig erfolgen, sofern der Erholungszweck der Ferien gewährleistet ist. Die arbeitgebende Person kann aber Homeoffice anordnen, wenn nicht überwiegende Interessen der arbeitnehmenden Person entgegenstehen und die Verrichtung der Arbeit von zuhause aus möglich und zumutbar ist. Hierbei haben die Arbeitgebenden die Infrastruktur, Arbeitsgeräte und -material zur Verfügung zu stellen (Art. 327 OR). Ausserdem haben sie den Arbeitnehmenden die Auslagen zu ersetzen, die in Zusammenhang mit der Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice entstehen (Art. 327a Abs. 1 OR).

## 1.3. MEDIZINISCHE ÜBERWACHUNG UND QUARANTÄNE

Eine Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, kann einer medizinischen Überwachung unterstellt werden (Art. 34 Abs. 1 EpG). Genügt die medizinische Überwachung nicht, so kann sie unter Quarantäne gestellt oder abgesondert werden (Art. 35 Abs. 1 EpG). Hierbei handelt es sich um Massnahmen gegenüber einzelnen Personen nach Art. 30 ff. EpG. Wird die arbeitnehmende Person durch eine der genannten Massnahmen erfasst, liegt die Ursache der Arbeitsverhinderung in ihrer Person, weshalb eine Lohnfortzahlungspflicht der arbeitgebende Person besteht (Art. 324a Abs. 1 OR).

---

<sup>15</sup> Vgl. dazu das «Handbuch für die betriebliche Vorbereitung», das unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Pandemie.html> abrufbar ist.

Wird eine Einzelperson von einer kollektiven Massnahme nach Art. 40 EpG (Veranstaltungen verbieten oder einschränken; Schulen, andere öffentliche Institutionen und private Unternehmen schliessen oder Vorschriften zum Betrieb verfügen; das Betreten und Verlassen bestimmter Gebäude und Gebiete sowie bestimmte Aktivitäten an definierten Orten verbieten oder einschränken) erfasst, ist der Sachverhalt anders zu beurteilen. Die Ursache der Verhinderung an der Erbringung der Arbeitsleistung liegt dann nicht in der arbeitnehmenden Person. Denn die objektiven Ereignisse fallen nur soweit in Betracht, als sie die arbeitnehmende Person an jeder Arbeitsleistung verhindern. Es kommt der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» (Art. 82 und 119 OR) zur Anwendung, weil die arbeitnehmende Person grundsätzlich zur Erbringung von Arbeitsleistungen befähigt ist und sich das Risiko in der Sphäre der arbeitnehmenden Person verwirklicht hat. Die arbeitnehmende Person darf mit technischen Hilfsmitteln die Arbeitsleistung von zuhause aus erbringen, wenn die Umstände das zulassen und die arbeitgebende Person damit einverstanden ist.

#### **1.4. KINDERBELANGE**

Führt die Betreuung von kranken Kindern dazu, dass ein Elternteil die Arbeitsleistung nicht erbringen kann, fällt das anerkanntermassen unter Art. 324a OR und die arbeitgebende Person ist verpflichtet, den Lohn fortzuzahlen. Auch bei behördlichen Massnahmen gegenüber der Bevölkerung und/oder bestimmten Personengruppen (kollektive Massnahmen) nach Art. 40 Abs. 2 EpG, die zur Folge haben, dass das Elternteil die Arbeitsleistung nicht erbringen kann, ist die Lohnfortzahlung der arbeitgebenden Person nach Art. 324a OR geschuldet. Wenn das Kind nicht in die Schule oder die Krippe gehen kann, obwohl es nicht krank ist, erfüllt das Elternteil seine gesetzliche Pflicht, wenn es sich um das Kind kümmert und der Arbeit fernbleibt (Art. 276 ZGB).<sup>16</sup> Insofern ist entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts Zürich im Urteil vom 16. August 2010 die Lohnfortzahlung der arbeitgebenden Person geschuldet, weil die Verhinderung an der Arbeitsleistung aufgrund der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht explizit in Art. 324a Abs. 1 OR als Ursache aufgeführt ist, die ein Lohnfortzahlungspflicht der arbeitgebenden Person auslöst. Dasselbe gilt, wenn das Kind krank ist. Die Ursache liegt hier in beiden Fällen in der arbeitnehmenden Person, weil es als Elternteil eine gesetzliche Pflicht erfüllt. Aufgrund ihrer Treuepflicht gemäss Art. 321a OR sind arbeitnehmende Personen gehalten, für die Betreuung des Kindes Vorkehrungen zu treffen, damit sie baldmöglichst ihre Arbeitsleistung wieder erbringen können.

---

<sup>16</sup> Gl.M. SGV, abrufbar unter <https://www.sgv-usam.ch/schwerpunkte/arbeitsmarktpolitik/unter-seiten/rechtlicher-umgang-mit-moeglichen-folgen-des-coronavirus>; a.A. MME, abrufbar unter [https://www.mme.ch/de/magazin/coronavirus\\_woran\\_ist\\_aus\\_arbeitsrechtlicher\\_sicht\\_zu\\_denken/](https://www.mme.ch/de/magazin/coronavirus_woran_ist_aus_arbeitsrechtlicher_sicht_zu_denken/).

## 1.5. WEISUNGSRECHT DER ARBEITGEBENDEN PERSON

Wird die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, so ist die arbeitnehmende Person dazu soweit verpflichtet, als sie sie zu leisten vermag und sie ihr nach Treu und Glauben zugemutet werden kann (Art. 321c OR). Dabei darf auch die wöchentliche Höchstarbeitszeit überschritten werden, um Betriebsstörungen zu vermeiden oder zu beseitigen, soweit der arbeitgebenden Person nicht andere Vorkehren zumutbar sind. Die Überzeit darf für die einzelne arbeitnehmende Person grundsätzlich zwei Stunden am Tag nicht überschreiten (Art. 12 ArG). Überstunden sind zu kompensieren, wie es vertraglich oder in Art. 321c Abs. 3 OR vorgesehen ist. Überzeit ist mit einem Lohnzuschlag abzugelten oder innert einem angemessenen Zeitraum durch Gewährung von Freizeit von derselben Dauer auszugleichen (Art. 14 ArG).

Die arbeitgebende Person kann darüber hinaus betreffend die Ausführung der Arbeit und das Verhalten der arbeitnehmenden Person allgemeine Anordnungen erlassen und ihnen auch besondere Weisungen erteilen (Art. 321d OR). Den Weisungen der arbeitgebenden Person betreffend Hygienemassnahmen im Betrieb haben die arbeitnehmenden Personen Folge zu leisten, ansonsten haben sie arbeitsrechtliche Sanktionen zu befürchten (z.B. Verwarnung, ordentliche oder fristlose Kündigung oder gegebenenfalls Haftung nach Art. 321e OR). Weisungen, die den Bereich ausserhalb des Betriebes betreffen, müssen grundsätzlich nicht befolgt werden. Aufgrund ihrer Treuepflicht (Art. 321a OR) sind die Arbeitnehmenden verpflichtet, über allfällige Krankheiten (im nahen Umfeld) oder Reisen in die Risikogebiete zu informieren.<sup>17</sup>

Das Weisungsrecht der arbeitgebenden Person ist durch die Persönlichkeitsrechte der arbeitnehmenden Personen begrenzt (Art. 28 ZGB). Eine Impfung könnte bspw. nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Ob eine Impfung als Voraussetzung für die Erbringung der Arbeitsleistung verlangt werden darf, kommt auf die Art des Betriebes an. Auf einer Säuglingsintensivstation sind die Interessen anders gelagert als in der Speditionsbranche. Daher vermag der Kontakt mit Kundinnen und Kunden oder Arbeitskolleginnen und -kollegen allein ein Impfblogatorium noch nicht zu rechtfertigen. Aufgrund der Treuepflicht der arbeitnehmenden Personen (Art. 321a OR) darf aber verlangt werden, dass sie bei Corona-Virus-Symptomen nicht zur Arbeit kommen.

Der Arbeitgeber bestimmt den Zeitpunkt der Ferien und nimmt dabei auf die Wünsche der arbeitnehmenden Person Rücksicht (Art. 329c Abs. 2 OR). Kann die arbeitnehmende Person

---

<sup>17</sup> Vgl. zu den Risikogebieten <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov.html#-93412391>.

die Arbeitsleistung nicht erbringen aus einem Umstand, der der Risikosphäre der arbeitgebenden Person zugerechnet wird, kann die arbeitgebende Person den Bezug des Ferienguthabens anordnen. Ferien müssen dem Erholungszweck dienen. Sind keine Gründe ersichtlich, weshalb sich die arbeitnehmende Person zu Zeiten des Corona-Virus nicht erholen könnte, dürfen die Ferien auch kurzfristig angeordnet werden. Nach h.L. kann die arbeitnehmende Person jedoch nicht zum Bezug von Ferien gezwungen werden, die ihren Ferienanspruch übersteigen. Gleich verhält es sich mit der Kompensation von Überstunden.

# Staatshaftung wegen behördlichen Massnahmen

Die Behörde kann Personen, die aufgrund behördlicher Massnahmen nach den Art. 33–38 und 41 Abs. 3 EpG Schäden erleiden, unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Personen entschädigen, soweit diese Schäden nicht anderweitig gedeckt werden (Art. 63 EpG). Wenn behördliche Massnahmen als überpersönliche Ursache eine arbeitnehmende Person an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindern sollte, kann die Billigkeitshaftung zur Anwendung kommen, wenn die von einer Individualmassnahme Betroffenen, deren Schäden nicht anderweitig gedeckt werden (bspw. durch Arbeitgebende, Krankenversicherung, andere Sozialversicherungen usw.), ohne eine solche Entschädigung in eine wirtschaftliche oder soziale Notlage geraten würden.<sup>18</sup> Zu den Folgeschäden nach dieser Bestimmung gehören Erwerbsausfall, entgangener Gewinn sowie weitere Kosten, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der angeordneten Massnahme stehen.

---

<sup>18</sup> Vgl. «Haftungsfragen infolge des Coronavirus-Entscheids des Bundesrates», abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitsbedingungen/gesundheitschutz-am-arbeitsplatz/Pandemie.html>.

**Die arbeitnehmende Person leistet nicht, weil sie nicht leisten kann, wobei dieser Umstand...**

	Rechtsfolge	Beispiele	Merke
<p><b>1. ...in der Risikosphäre der arbeitgebenden Person liegt («Betriebsrisiko») oder durch ihn verschuldet ist.</b></p>	<p>Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324 Abs. 1 OR (Annahmeverzug der arbeitgebenden Person).</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>a) Die arbeitgebende Person unterlässt die Umsetzung der Hygienemassnahmen und die arbeitnehmende Person verweigert die Erbringung der Arbeitsleistung.</li> <li>b) Keine Tourist*innen aus China im Souvenirshop.</li> <li>c) Restaurant muss aufgrund von Kund*innenausfällen schliessen.</li> <li>d) Aufgrund des Verbots einer Veranstaltung kann die Arbeitsleistung nicht erbracht werden.</li> <li>e) Der Arbeitsplatz wird unter Quarantäne gestellt und die Arbeitsleistung verunmöglicht.</li> <li>f) Betrieb stellt Arbeitnehmende vorsorglich von Arbeitsleistung frei, ohne dass ein konkreter Verdacht oder eine behördliche Massnahme vorliegt.</li> </ul>	<p>Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ist zu prüfen. Das SECO erachtet das unerwartete Auftreten des neuen Coronavirus und dessen Auswirkungen als nicht zum normalen Betriebsrisiko gehörend (vgl. das einschlägige <a href="#">Merkblatt</a>).</p>

	Rechtsfolge	Beispiele	Merke
<b>2. ...in der Risikosphäre der arbeitnehmenden Person liegt (objektives Leistungshindernis) oder durch ihn verschuldet ist.</b>	Keine Lohnfortzahlungspflicht («ohne Arbeit kein Lohn»)	<ul style="list-style-type: none"><li>a) Die arbeitnehmende Person kann wegen objektiven behördlichen Anordnungen nicht aus den Ferien und an den Arbeitsplatz zurückkehren.</li><li>b) Die arbeitnehmende Person verweigert aus unberechtigter Angst die Erbringung der Arbeitsleistung.</li></ul>	

	Rechtsfolge	Beispiele	Merke
<b>3. ...auf einem unverschuldeten subjektiven Leistungshindernis der arbeitnehmenden Person beruht.</b>	Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a Abs. 1 OR	<ul style="list-style-type: none"><li>a) Die arbeitnehmende Person erkrankt am Corona-Virus.</li><li>b) Die arbeitnehmende Person wird aufgrund konkreten Corona-Verdachts unter Quarantäne gestellt.</li><li>c) Die arbeitnehmende Person muss erkranktes Kind bzw. nahe Angehörige pflegen bzw. Betreuung sicherstellen.</li><li>d) Person aus Risikogruppe im Kontext des Corona-Virus verweigert die Erbringung der Arbeitsleistung, weil sie sich am Arbeitsplatz der hohen Gefahr einer Ansteckung aussetzen würde.</li></ul>	