

Fürsorge- und Treuepflichten im Arbeitsverhältnis im Kontext einer Pandemie



Building Competence. Crossing Borders.

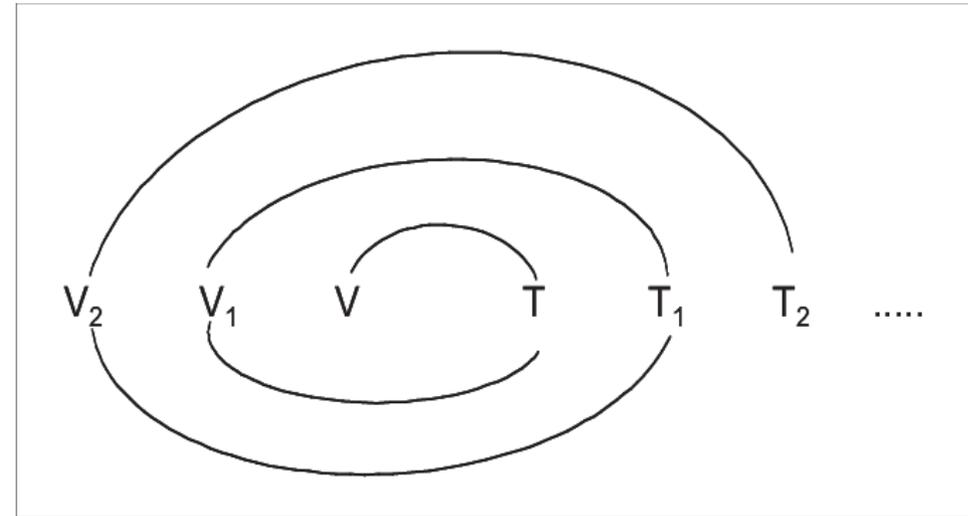
Agenda

1. Methode im Arbeitsrecht?
2. Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung
3. Kündigungsschutz von vulnerablen Personen

Methode im Arbeitsrecht? I

Juristische Methode

- hermeneutischer Zirkel
- normatives Spannungsfeld



Es wird mit zwei Würfeln gewürfelt. Der Spieler, der an der Reihe ist, darf so viele Felder ziehen, wie die Gesamtsumme der gewürfelten Augenzahl ergibt. Würfelt er einen Pasch, darf er anschließend noch einmal würfeln und ziehen. Würfelt ein Spieler dreimal hintereinander einen Pasch, muss er sich auf das Feld "Gefängnis" begeben.

Methode im Arbeitsrecht? II

Rechtsanwendung

Art. 1

A. Anwendung
des Rechts

1 Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach **Wortlaut oder Auslegung** eine Bestimmung enthält.

1. Wortlaut
2. Systematik
3. Entstehung
4. Zweck

1. lex superior
2. lex posterior
3. lex specialis

Methode im Arbeitsrecht? III

Lückenfüllung

² Kann dem Gesetz **keine Vorschrift entnommen** werden, so soll das Gericht⁴ nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

³ Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.

- Rechtsanwendung → Lückenfüllung
- qualifiziertes Schweigen?
- steigende Anforderungen an die Begründungspflicht

Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung I

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 14. Februar 2022 (AH210123)

- Arbeitgeberin bezweckt die Führung, Beratung und Verwaltung von Betrieben der Hotellerie und Touristik, insb. von Hotels und Restaurants
- Arbeitnehmerin wird per 8. September 2020 als Event-Koordinatorin angestellt
- ab dem 22. Dezember 2020 sieht sich die Arbeitgeberin gezwungen, ihren Betrieb zu schliessen und kann der Arbeitnehmerin keine Arbeit mehr zuweisen
- Arbeitnehmerin kündigt mit Schreiben vom 23. Dezember 2020 ordentlich per 28. Februar 2021
- umstritten: Januar 2021- und Februar 2021-Lohn

Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung II

Art. 324

III. Lohn bei
Verhinderung an
der Arbeits-
leistung

1. bei Annahme-
verzug des
Arbeitgebers

¹ Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist.

² Der Arbeitnehmer muss sich auf den Lohn anrechnen lassen, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung II

Arbeitsausfall: Verzug oder Unmöglichkeit?

- Vorbemerkungen
 - Verzug = Leistung weiterhin nachholbar
 - Unmöglichkeit = Leistung (unwiederbringlich) untergegangen
 - Privatautonomie und Vertragstreue
 - tatsächliche Unmöglichkeit
 - Zumutbarkeit der Nachleistung ausgefallener Arbeit
 - rechtliche Unmöglichkeit
- Entstehung:
 - "Arbeitsvertrag [kann] eine Art von Fixgeschäft beiwohnen" (Motive zum Entwurf des BGB Bd. II, S. 461)
 - "[ist] Erfüllung zu einer anderen als der bestimmten Zeit [möglich], kann nachträgliche reale Erfüllung gefordert werden" (ebenda)
 - Abgrenzung Verzug und Unmöglichkeit irrelevant, da für Lohnzahlungspflicht unerheblich, worauf Nichterbringen Arbeitsleistung zurückzuführen (BBI 1967 II 241, S. 330)

Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung III

Auslegung

- Systematik: OR 324 und OR 324a
- Wortlaut: "... infolge Verschuldens des Arbeitgebers ... oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, ..., ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist."
- Zweck:
 - "für den Dienstvertrag in einer der wichtigsten Beziehungen einfaches und klares Recht zu gewinnen" (Motive zum Entwurf des BGB Bd. II, S. 461 f.)
 - die Besserstellung der Arbeitnehmerin rechtfertigt sich mit der "Natur der persönlichen Dienstleistung nach der Zeit" (BBI 1909 III 725, S. 747)
 - Annahmeverzug = (Vor-)Leistungspflicht erfüllt, wenn Arbeitnehmer:in zur Arbeitsleistung imstande ist und dieselbe angeboten hat, aber nicht erbringen kann (Motive zum Entwurf des BGB Bd. II, S. 461)
- Dogma der Arbeitsleistung als absolute Fixschuld überholt?

Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung IV

Betriebsrisikolehre

- ArbGer ZH:
 - E. 2.1.1.: Sonderregelung des Annahmeverzugs (OR 91 ff.)
 - E. 2.1.2.: Arbeitspflicht ist relative Fixschuld (dogmatische Einordnung irrelevant)
 - E. 2.1.4.: Entscheidung nach Betriebsrisikolehre
 - Ereignisse, die der Risikosphäre der Arbeitnehmerin zuzuordnen sind (Vorleistungspflicht → "ohne Arbeit kein Lohn")
 - Ereignisse, die der Risikosphäre der Arbeitgeberin zuzuordnen sind (OR 324)
 - Ereignisse, die auf allgemeine Ursachen zurückzuführen sind (je nachdem, OR 119 *analog* oder 324 *analog*)

Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung V

Argumentation ArbGer ZH

- E. 3.2.1.: "Es ist letztlich ein Wertungsentscheid."
- E. 3.2.2.: "Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nicht der sogenannte Lockdown zu Beginn der COVID-19-Pandemie in der Schweiz im März/April 2020."
- a.a.O.: "Vollends unvorhersehbar und unabwendbar, im Sinne einer höheren Gewalt, waren das Risiko und die Folgen eines am 22. Dezember 2020 verhängten vorübergehenden Restorationsverbots im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 7. August 2020 nicht."
- a.a.O.: "Einige – auch namhafte Gastronomiebetriebe – haben bis zu diesem Zeitpunkt alternative Geschäftsmodelle, wie bspw. Take-away-Angebote, auf die Beine gestellt, mit denen sie die Ausfälle zu minimieren und ihre Mitarbeitenden weiterhin zu beschäftigen versucht haben."
- E. 3.2.5.: Entscheid des deutschen BAG betrifft den April 2020
- E. 3.2.7.: Kündigung der Arbeitnehmerin war nicht rechtsmissbräuchlich

Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung V

⁴⁵ bb) Dagegen trägt der Arbeitgeber nicht das Risiko des Arbeitsausfalls, wenn die behördlich verfügte Betriebsschließung im Rahmen allgemeiner Maßnahmen staatlicher Stellen zur Pandemiebekämpfung erfolgt und - betriebsübergreifend - zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von SARS-CoV-2-Infektionen die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden. In einem solchen Fall realisiert sich gerade nicht ein in einem bestimmten Betrieb aufgrund seiner konkreten Produktions- und Arbeitsbedingungen - dem Betriebssubstrat - angelegtes Risiko. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ist vielmehr Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung

Lohnfortzahlung bei behördlicher Betriebsschliessung VI

Zwischenfazit

- Rechtsunsicherheit bzgl. OR 324 (*analog*) bleibt bestehen
- hohe Anforderungen an Entlassung aus der Vertragstreue (OR 119 *analog*)
- Fürsorgepflicht = Entwicklung von alternativen Geschäftsmodellen?
- Treuepflicht während schwierigen Zeiten?

Kündigungsschutz von vulnerablen Personen I

Art. 336c¹⁹²

2. Kündigung
zur Unzeit
a. durch den
Arbeitgeber

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

- a.¹⁹³ während die andere Partei schweizerischen obligatorischen Militär- oder Schutzdienst oder schweizerischen Zivildienst leistet, sowie, sofern die Dienstleistung mehr als elf¹⁹⁴ Tage dauert, während vier Wochen vorher und nachher;
- b. während der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch **Krankheit** oder durch **Unfall** ganz oder teilweise **an der Arbeitsleistung verhindert** ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen;

Kündigungsschutz von vulnerablen Personen II

Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 27. August 2021 (AH210077), E. 3.4.2. f.

- Zweck des zeitlichen Kündigungsschutzes: "im Zeitpunkt der Kündigung ist es für die Arbeitnehmerin im Hinblick auf Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit schwierig, eine neue Anstellung zu **finden**" (BGE 128 III 212, E. 3a)
- Wortlaut:
 - Auflistung in OR 336c I ist abschliessend: Gesetzgebung muss weitere Tatbestände festsetzen ("qualifiziertes Schweigen")
 - besonders schützenswerte Personen sind nicht krank
 - Bundesrat hätte eine Regelung treffen können und müssen (u.a. DUNAND/WYLER)
- Entstehung: ad hoc-Regelung des Bundesrates allenfalls lückenhaft?
- Systematik: Schwangere sind (auch) arbeitsfähig und besonders schützenswert (CIRIGLIANO/SCHAUB)

Kündigungsschutz von vulnerablen Personen II

- c. während der Schwangerschaft und in den 16 Wochen nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin;

Erkenntnisse

- methodische Transparenz im Arbeitsrecht besonders wichtig
- Arbeitsvertragsrecht hat eine soziale Funktion
- Vorteil paritätischer Gerichte?

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

