

Employment News Nr.

43

---

## Coronavirus: Ansteckungsherd Arbeitsplatz – wie geht das Arbeitsrecht mit COVID-19 um?

Die Zahl neuer Erkrankungen durch das Coronavirus steigt weiter. Auch in der Schweiz wurden mittlerweile mehrere Fälle bestätigt und die Sorge einer Ansteckung wächst. Insbesondere am Arbeitsplatz stellt sich die Frage, welche Folgen der Ausbruch einer Pandemie für die Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis hat.

---



Von **Ueli Sommer**  
Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt  
Partner  
Telefon +41 58 658 55 16  
ueli.sommer@walderwyss.com



und **Nathalie Möri**  
MLaw, Rechtsanwältin  
Telefon +41 58 658 53 03  
nathalie.moeri@walderwyss.com

Das seit Tagen Befürchtete ist mittlerweile Tatsache geworden: das Coronavirus hat nun auch die Schweiz erreicht und wird sich weiter ausbreiten. Seitdem die ersten Fälle des Coronavirus in unterschiedlichen Regionen des Landes nachgewiesen wurden, steigt auch die Verunsicherung bei der Schweizer Bevölkerung. Spätestens beim Gedanken an die überfüllten Pendlerzüge und das Gedränge in Bussen und Trams wären sicherlich einige Arbeitnehmer froh, könnten sie vorerst zu Hause bleiben. Denn dass dadurch auch die Arbeitsplätze zu potenziellen Ansteckungsherden mutieren, ist wohl kaum mehr zu verhindern. Doch wäre es überhaupt zulässig, wenn Arbeitnehmer aus Angst zu Hause bleiben würden? Oder könnten sie gar dazu verpflichtet werden? Und wie sähe es dann mit dem Lohn aus? Im Nachfolgenden werden die zentralsten arbeitsrechtlichen Fragen rund um den Brennpunkt «Coronavirus» geklärt.

### Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz

#### Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Das Gesetz statuiert die Pflicht des Arbeitgebers, gebührend Rücksicht auf die Gesundheit ihrer Arbeitnehmer zu nehmen. Dass er daher die betrieblichen Einrichtungen und Arbeitsprozesse im Rahmen seiner Weisungsbefugnis so gestalten muss, dass eine Gesundheitsgefährdung der Arbeitnehmer vermieden werden kann, ist hinlänglich bekannt. Welche konkreten Massnahmen der Arbeitgeber aber im Falle einer allfälligen Pandemie zu ergreifen hätte, ist bislang mangels Präzedenzfall noch nicht wirklich geklärt.

Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Arbeitgeber bei Ausbreitung einer Pandemie insbesondere konkrete Vorkehrungen zu treffen hat, um das Ansteckungsrisiko in den Betrieben möglichst gering zu halten. Dies umfasst in erster Linie sicherlich die Einhaltung der von den Gesundheitsbehörden empfohlenen Hygienevorschriften. Angesichts der derzeitigen Lage wäre es entsprechend angezeigt, dass Arbeitgeber zum Schutze ihrer Arbeitnehmer folgende Massnahmen ergreifen würden:

- Information und Aufklärung der Arbeitnehmer über Ansteckungsmöglichkeiten

- Merkblätter mit Verhaltensvorschriften an Arbeitnehmer (bspw. Hände gründlich waschen, in Taschentuch oder Armbeuge husten, Desinfektionsmittel nutzen, Händeschütteln und zu nahen Körperkontakt vermeiden)
- Festlegung von Verhaltensregeln bei Anzeichen einer Ansteckung von Arbeitnehmern, insbesondere sofortige Freistellung und Aufforderung zu ärztlicher Untersuchung
- Hinweis auf Informationspflicht des Arbeitnehmers bei Reisen in Risikogebiete und -länder
- Verzicht auf Geschäftsreisen in Risikogebiete und -länder

Sollte sich das Virus weiterhin stark ausbreiten, wäre es zudem sinnvoll, wenn die Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern die Möglichkeit von Homeoffice anbieten würden; vorausgesetzt natürlich, dass dies in Anbetracht ihrer Arbeitstätigkeit überhaupt eine Option ist. Denn selbst wenn Arbeitsverträge fixe Arbeitsorte vorsehen und keine Mobilitätsklausel enthalten, ist davon auszugehen, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers im Falle des Coronavirus so weit geht, dass dieser letztlich auch einseitig über die Anordnung von Homeoffice entscheiden könnte.

### Mitspracherecht der Arbeitnehmer

Was bei all den derzeitigen Diskussionen meist in Vergessenheit gerät, ist jedoch die Tatsache, dass auch die Arbeitnehmer bei Fragen des Gesundheitsschutzes am Arbeitsplatz konkrete Mitsprache- und Mitwirkungsrechte haben (Art. 48 ArG und Art. 6 ArGV 3). Die Ausübung dieser Rechte bedingt jedoch, dass der Arbeitgeber frühzeitig und umfassend über die geplanten betrieblichen Gesundheitsschutzmassnahmen informiert. In der Folge hat der Arbeitgeber die Anliegen seiner Arbeitnehmer in Bezug auf die zu ergreifenden Schutzmassnahmen nicht nur zur Kenntnis zu nehmen, sondern muss sich mit diesen konkret und im direkten Gespräch auseinandersetzen. Das Ziel ist, Lösungen zu finden, die von beiden Seiten akzeptiert und umgesetzt werden. Sollte der Arbeitgeber den Vorschlägen und Einwänden der Arbeitnehmer nicht oder nur teilweise Rechnung tragen, hat er seinen Entscheid in der Folge ausführlich zu begründen.

Bei anhaltenden Meinungsverschieden, die innerbetrieblich nicht beseitigt werden können, wäre es unter Umständen angezeigt, in beidseitigem Einverständnis die Beratung durch externe Fachpersonen oder die Behörden in Anspruch zu nehmen. Es versteht sich von selbst, dass ein Hinauszögern von notwendigen Vorkehrungen in jedem Fall zu vermeiden ist.

### Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers – Ja oder Nein?

Der Grundsatz im Arbeitsrecht ist klar: «ohne Arbeit kein Lohn». Dass es aber keine Regel ohne Ausnahme gibt, ist ebenso bekannt. So bleibt der Lohnanspruch des Arbeitnehmers etwa erhalten, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung nicht möglich ist, weil sich der Arbeitgeber im Annahmeverzug (Art. 324 OR) befindet oder wenn die Erbringung der Arbeitsleistung aus einem Grund unmöglich wird, der im Risikobereich des

Arbeitgebers liegt. Daraus folgt entsprechend, dass zur Bestimmung der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers stets geklärt werden muss, ob das entsprechende Ereignis in die Risikosphäre des Arbeitgebers fällt oder nicht. In Anwendung dieses Grundsatzes wäre die arbeitsrechtliche Beurteilung der wichtigsten Szenarien im Rahmen des Coronavirus wie folgt vorzunehmen:

### Der Arbeitnehmer möchte aus Angst vor einer Ansteckung der Arbeit fernbleiben

Bleibt der Arbeitnehmer der Arbeit aus reiner Angst vor einer möglichen Ansteckung fern, ohne dass dies behördlich angeordnet oder mangels genügender Schutzmassnahmen des Arbeitgebers gerechtfertigt ist, liegt ein Fall von unbegründeter Arbeitsverweigerung vor und der Lohnanspruch des Arbeitnehmers entfällt entsprechend. Ein solches Verhalten könnte für den Arbeitnehmer sogar disziplinarische Massnahmen bis hin zu fristlosen Kündigung zur Folge haben.

Wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung jedoch verweigert, weil der Arbeitgeber seiner eingangs erwähnten Fürsorgepflicht nicht nachkommt und keine Massnahmen zum Schutz seiner Arbeitnehmer ergreift, muss ihm der Lohn weiterhin bezahlt werden.

### Arbeitnehmer ist bereits infiziert bzw. könnte infiziert sein

Wenn der Arbeitnehmer bereits infiziert ist oder zumindest Symptome aufweist, hat er der Arbeit unbedingt fernzubleiben. Aufgrund der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit hat er für eine beschränkte Dauer Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a OR. Dabei ist unbeachtlich, wann und wo der Arbeitnehmer eine allfällige Erkrankung feststellt. Selbst wenn dieser in den Ferien am Coronavirus erkrankt, deswegen nicht reisefähig ist und gar nicht an den Arbeitsplatz zurückkehren kann, hat er Anspruch auf diese Lohnfortzahlung.

Aufgrund seiner Treuepflicht hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über Erkrankungen in seinem unmittelbaren Umfeld zu informieren. Sollte dadurch auch der Verdacht einer Ansteckung des Arbeitnehmers bestehen, weshalb der Arbeitgeber ihn in der Folge anweist, vorerst zu Hause zu bleiben, gilt seine Absenz als entschuldigt und der Lohn ist ihm weiterhin geschuldet. Muss er sich hingegen aufgrund von Kontakten zu anderen mit dem Coronavirus infizierten Personen ohne Weisung des Arbeitgebers in Quarantäne begeben, ist seine daraus resultierende Absenz zwar entschuldigt, jedoch ist ihm für diese Zeit kein Lohn geschuldet.

### Einschränkungen des öffentlichen Verkehrs

Bei einer Einschränkung des öffentlichen Verkehrs, welche es dem Arbeitnehmer verunmöglicht seinen Arbeitsort (pünktlich) zu erreichen, ist dessen Absenz zwar ebenfalls entschuldigt, jedoch besteht auch hier keine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer wegen anderen durch das Virus verursachten Reisebeschränkungen nicht oder nicht rechtzeitig an den Arbeitsplatz zurückkehren kann.

### Betriebsschliessung – freiwillig oder auf behördliche Anordnung

Wenn der Arbeitgeber seinen Betrieb vorsichtshalber aus eigenem Anlass schliesst, ohne dass er von den Behörden dazu angewiesen wurde, trägt er infolge des ihm anzurechnenden Betriebsrisikos auch die Lohnfortzahlungspflicht.

Erfolgt die Betriebsschliessung jedoch auf behördliche Anweisung hin oder aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, weil sich bereits mehrere Arbeitnehmer trotz Schutzmassnahmen am Arbeitsplatz mit dem Virus infiziert haben, ist die Beurteilung der Rechtslage etwas schwieriger. Das Szenario einer länderübergreifenden Pandemie ist

unseres Erachtens weder der Risikosphäre des Arbeitnehmers noch jener des Arbeitgebers zuzuordnen, da eine Ausweitung des Betriebsrisikos auf solche Sachverhalte viel zu weit gehen würde. Ein solcher Fall ist vom Gesetz entsprechend gar nicht geregelt. Daher ist die pauschale Aussage des SECO, wonach in solchen Situationen per se eine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bestehe, aus unserer Sicht nicht überzeugend. Vielmehr wären bei einer von keiner Partei zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistungserbringung – wie dies bei einer Betriebsschliessung auf behördliche Anordnung hin oder infolge der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei mehreren infizierten Arbeitnehmern – die allgemeinen Verzugsregeln gemäss Art. 119 OR anzuwenden, aus deren Anwendung die Folge «ohne Arbeit kein Lohn» resultiert und der Arbeitgeber bei diesem Szenario somit auch keine Lohnfortzahlungspflicht trägt.

#### **Möglichkeit von Kurzarbeit bei Betriebsschliessung**

Obschon dies bis anhin kaum je thematisiert wurde und auch Lehre und Rechtsprechung sich weitestgehend darüber ausschweigen, stellt sich aus rechtlicher Sicht die Frage nach der Anwendbarkeit von Kurzarbeit bei Ausbreitung des Coronavirus. Denn für den Fall, dass der Betrieb aufgrund einer behördlichen Anordnung geschlossen werden müsste, gäbe es unter Umständen die Möglichkeit Kurzarbeitsentschädigungen jeweils im Umfang von 80% des Lohnes von der Arbeitslosenversicherung zu beantragen. Als Kurzarbeit bezeichnet man nicht nur eine vorübergehende Reduzierung, sondern auch die vollständige Einstellung der Arbeit in einem Betrieb, wobei die arbeitsrechtliche Vertragsbeziehung aufrecht erhalten bleibt. Für den Arbeitgeber besteht dabei der Vorteil, dass er Kosten für die Personalfuktuation spart und die kurzfristige Verfügbarkeit über die Arbeitskräfte behält. Die Vorteile für die Arbeitnehmer sind insbesondere die Vermeidung der Arbeitslosigkeit, die Bewah-

rung des umfassenden sozialen Schutzes sowie die Vermeidung von Beitragslücken in der beruflichen Vorsorge.

Gemäss Art. 32 Abs. 3 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes fallen auch Arbeitsausfälle unter die Bestimmungen der Kurzarbeitsentschädigung, die auf behördliche Massnahmen oder andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind (Art. 32 Abs. 3 AVIG), nicht durch andere Massnahmen vermieden werden können und kein Dritter (insb. keine Versicherung) für den Schaden haftbar gemacht werden kann. Diese Härtefallklausel regelt daher insbesondere Tatbestände, die auf aussergewöhnliche Umstände zurückzuführen sind und somit über das normale Betriebsrisiko hinausgehen. Unseres Erachtens ist es durchaus vertretbar, im Falle einer Betriebsschliessung wegen des Coronavirus einen solchen Härtefall geltend zu machen und entsprechend die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen zu verlangen.

#### **Risikobeschränkung für Arbeitgeber**

Selbst wenn der Arbeitgeber nicht in allen Fällen das Lohnfortzahlungsrisiko bei einer Ausbreitung des Coronavirus trägt, wären die Beeinträchtigungen der Produktionsabläufe ein derart grosses finanzielles Risiko, dass Versicherungslösung durchaus in Erwägung gezogen werden sollten. Ob das Lohnrisiko im Falle einer behördlich angeordneten Betriebsschliessung mithilfe von Kurzarbeitsentschädigungen minimiert werden könnte, dürfte jedoch erst geklärt werden, wenn dieses Szenario auch tatsächlich eintritt. Bleibt zu hoffen, dass dies im Rahmen des Coronavirus nicht der Fall sein wird.

Employment News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar, und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020