

Fact Sheet

Von: Dr. Emanuel Tschannen

Datum: 26. Februar 2020

Elfenau Schweiz AG
Jupiterstrasse 49
Postfach
CH-8044 Zürich
+41 44 545 32 88
info@elfenau.com
www.elfenau.com

Corona-Virus, Arbeitsleistung und Lohnkosten

1. Zusammenfassung

1.1. Fragestellung

Am 25. Februar 2020 informierte das Bundesamt für Gesundheit (BAG) die Öffentlichkeit über den ersten bestätigten Coronavirus-Fall in der Schweiz¹. Bereits haben erste Unternehmen einzelne Mitarbeitende in die "Selbstquarantäne" geschickt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, wie Unternehmen mit der Bedrohung durch das Corona-Virus umgehen sollen und welche Rechte und Pflichten sich aus dem Arbeitsrecht ergeben. Weiter stellt sich die Frage nach Lohn- bzw. Schadenersatz im Falle einer besonderen oder ausserordentlichen Lage.

1.2. Ergebnis

Der Arbeitgeber ist gegenüber seinen Arbeitnehmern zur Fürsorge verpflichtet. Gestützt darauf hat er zumutbare Massnahmen zum Schutz ihrer Gesundheit zu treffen. Erkrankten Mitarbeitende am Corona-Virus, trifft den Arbeitgeber eine Lohnfortzahlungspflicht. Wurde eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, greift diese nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartefrist. Verzichtet der Arbeitgeber ganz oder teilweise auf die Arbeitsleistung seiner Mitarbeitenden, fällt er grundsätzlich in Annahmeverzug und hat den vereinbarten Lohn weiter zu bezahlen. Ordnet die zuständige Behörde eine Betriebsschliessung an oder verbietet sie den Zutritt bzw. das Verlassen von Gebäuden oder Gebieten, ist die Einführung von Kurzarbeit zu prüfen. Ein allfälliger Entschädigungsanspruch des betroffenen Unternehmens gegen die anordnende Behörde richtet sich nach dem anwendbaren kantonalen Recht.

Es wird empfohlen, einen "Pandemieplan" auszuarbeiten und die Mitarbeitenden entsprechend zu schulen. Gestützt auf sein Weisungsrecht kann der Arbeitgeber Home-Office bzw. Telearbeit anordnen (Art. 321d OR) und die Arbeitnehmer haben diese Anordnung zu befolgen (Art. 321a Abs. 1 OR). Der Arbeitgeber kann grundsätzlich auch die Kompensation von Überstunden und Überzeit sowie den Bezug von Ferien anordnen. Im konkreten Einzelfall sind die einzelarbeitsvertraglichen Abreden massgebend. In jedem Fall können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer einvernehmlich auf wirtschaftlich und individuell sinnvolle Massnahmen verständigen.

¹ Vgl. NZZ vom 26.02.2020, S. 1.

2. Erörterungen

2.1. Gesetzliche Grundlagen

Neben den arbeitsrechtlichen Grundlagen (Obligationenrecht sowie Arbeitsgesetz inkl. Verordnungen dazu) sind konkret das Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen² sowie Art. 31 ff. des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung³ massgebend. Im Kanton Zürich sind die Vollzugsverordnung zum Epidemiegesetz⁴ sowie das Abtretungsgesetz⁵ massgebend.

2.2. Gesundheitsschutz

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, zumutbare Massnahmen zum Schutz der Gesundheit seiner Arbeitnehmer zu ergreifen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen angemessen sind, soweit es ihm billigerweise zugemutet werden kann (Art. 328 Abs. 2 OR).

Derzeit schätzt das BAG die Lage als "**normal**" ein⁶. Deshalb drängen sich Massnahmen zum Gesundheitsschutz aus rechtlicher Sicht derzeit grundsätzlich nicht auf. Anders ist die Ausgangslage dann, wenn dem Arbeitgeber konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung seiner Mitarbeitenden vorliegen. Beispielsweise weil ein Mitarbeitender positiv auf den Corona-Virus getestet wurde oder dem Arbeitgeber bekannt ist, dass sich Mitarbeiter in den letzten 14 Tagen in einem "betroffenen Gebiet" aufhielten. Als betroffene Gebiete gelten derzeit China, der Iran, Südkorea sowie die Regionen Lombardei, Piemont und Venetien in Italien⁷. Im letzteren Fall ist es empfehlenswert, betroffene Mitarbeitende in die sog. "**Selbstquarantäne**" zu schicken um das Risiko einer Verbreitung des Virus zu reduzieren. Als Selbstquarantäne gilt dabei der Aufenthalt in den eigenen vier Wänden. Nach meinem Dafürhalten kann derzeit nicht verlangt werden, dass der Arbeitgeber Erkundigungen über das Reiseverhalten seiner Arbeitnehmenden einholt. Geschäftsreisen in "betroffene Gebiete" sind hingegen bekannt und sollten bis auf weiteres nicht angeordnet werden.

Sollte die Lage durch das BAG dereinst als "besonders"⁸ oder "ausserordentlich"⁹ eingestuft werden, wären die Arbeitgeber gehalten, zusätzliche Schutzmassnahmen zu treffen. Für diesen Fall sollten Arbeitgeber einen "**Pandemieplan**" ausarbeiten, der die Aufrechterhaltung des Betriebes und den gleichzeitigen Schutz der Mitarbeitenden ermöglicht (vgl. Ziffer 3.1 unten). Die Planung sollte vor Erhöhung der Risikolage abgeschlossen, kommuniziert und geschult werden. Denkbar sind individuelle (Schulung von Hygienemassnahmen, Tragen von Schutzmaterial) sowie arbeitsplatzbezogene Massnahmen (räumliche Trennung, Virtualisierung von Konferenzen, Desinfektion der Arbeitsplätze, Verteilung von Schutzmitteln).

² Epidemiegesetz (EpiG) vom 28.09.2012 (SR 818.101).

³ Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) vom 25.06.1982 (SR 837).

⁴ Vollzugsverordnung zum eidg. Epidemiegesetz (VV EpiG) vom 19.03.1975 (LS 881.11).

⁵ Gesetz betreffend die Abtretung von Privatrechten (Abtretungsgesetz) vom 30.11.1879 (LS 781).

⁶ Vgl. NZZ vom 26.02.2020, S. 1.

⁷ Information des BAG gemäss <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov.html> (zuletzt besucht am 26.02.2020).

⁸ Vgl. Art. 6 EpiG.

⁹ Vgl. Art. 7 EpiG.

2.3. Lohnfortzahlung

Erkrankt der Arbeitnehmer am Corona-Virus, resultiert daraus eine Arbeitsunfähigkeit. Sofern den Arbeitnehmer kein Selbstverschulden trifft, was beispielsweise bei einem unerlaubten Zutritt in ein Sperrgebiet durchaus der Fall sein könnte, schuldet der Arbeitgeber für eine bestimmte Zeit Lohn (Art. 324a Abs. 1 OR). Wurde eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, wird der Versicherungsträger nach der Wartefrist (typischerweise 30/60/90 Tage) leistungspflichtig. Ansonsten richtet sich die Lohnfortzahlung nach der Dauer der Dienstjahre und der anwendbaren Skala¹⁰.

Ordnet der Arbeitgeber ohne Vorliegen einer Erkrankung "Selbstquarantäne", Home-Office oder Telearbeit an, wird weiterhin der volle Lohn geschuldet (Art. 324 Abs. 1 OR). Mangels Vorliegen einer Krankheit kann die "Selbstquarantäne" grundsätzlich nicht über die Krankentaggeldversicherung abgerechnet werden. Das gleiche dürfte für den Fall gelten, in dem die zuständige Behörde eine individuelle Massnahme gegen einen Mitarbeitenden verfügt (z.B. eine Quarantäne gemäss Art. 35 Abs. 1 lit. a EpiG). Weil in diesem Fall die Krankentaggeldversicherung nicht greift, richtet sich die Lohnfortzahlung nach der hier vertretenen Auffassung ausschliesslich nach der Dauer der Dienstjahre und der anwendbaren Skala. Danach endet die Leistungspflicht des Arbeitgebers und dem Arbeitnehmer steht das Recht, nicht aber der Anspruch, zu, von der anordnenden Behörde eine Ersatzleistung zu verlangen (vgl. Art. 63 EpiG; § 17 VV EpiG). Im Regelfall dürfte die Dauer der Lohnfortzahlungspflicht allerdings länger sein, als die Dauer der verfügten Quarantäne.

Bleibt der Mitarbeiter der Arbeit aus eigenem Antrieb fern, besteht für die Fehlzeit grundsätzlich kein Lohnanspruch.

2.4. Kompensation und Ferienabbau

Sofern einzelvertraglich vorgesehen, kann der Arbeitgeber die Kompensation von Überstunden, Überzeit sowie den Ferienabbau anordnen. Ansonsten ist eine Kompensation bzw. Ferienabbau unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitnehmers möglich (Art. 329c OR). Betriebsferien können grundsätzlich angeordnet werden, erfordern aber eine Notifikationsfrist von mehr als 14 Tagen. Die Anordnung von Betriebsferien kann indessen Teil der Pandemieplanung (vgl. Ziffer 2.2 oben) sein.

2.5. Individuelle Lösung

Teil der Pandemieplanung kann auch die Vorbereitung individueller Lösungen mit den Mitarbeitenden sein. Diese können die einvernehmliche Vereinbarung von Home-Office, der befristeten Reduktion der Arbeits- bzw. Präsenzzeit oder den Abbau von Überstunden, Überzeit und Ferien umfassen. Die Ablehnung einer durch den Arbeitgeber vorgeschlagenen individuellen Lösung berechtigt den Arbeitgeber in der Regel nicht zur Kündigung des Arbeitsvertrages bzw. wäre missbräuchlich i.S.v. Art. 336 Abs. 1 lit. d OR.

2.6. Kurzarbeit

Sofern sich die Pandemie stark ausweitert oder von den Behörden einschneidende Massnahmen wie Betriebsschliessungen (Art. 40 Abs. 2 lit. b EpiG) oder Zugangsbeschränkungen zu

¹⁰ In Zürich: 3-31 Wochen; vgl. <https://www.gerichte-zh.ch/themen/arbeit/waehrend-arbeitsverhaeltnis/arbeitsverhinderung/krankheit-und-unfall.html> (zuletzt besucht am 26.02.2020).

Gebäuden oder Gebieten (Art. 40 Abs. 2 lit. c EpiG) verfügt werden, ist die Einführung von Kurzarbeit durch den betroffenen Arbeitgeber zu prüfen. Dies insbesondere durch Unternehmen, die ihre Mitarbeitenden nicht im Home-Office einsetzen können (i.e. produzierende Industrie im zweiten Sektor). Voraussetzung für die Vergütung von Kurzarbeit durch die Arbeitslosenkasse ist, dass der Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen (bspw. Unmöglichkeit der Produktion) und unvermeidbar ist (bspw. infolge behördlicher Anordnung)¹¹. Zu beachten ist eine Anmeldefrist von grundsätzlich 10 Tagen. Die Einführung von Kurzarbeit erfordert vorgängig eine wirtschaftliche und rechtliche Lagebeurteilung durch das betroffene Unternehmen.

2.7. Haftung

Eine allfällige Haftung der öffentlichen Hand richtet sich nach dem kantonalen Recht (Art. 71 EpiG). Im Kanton Zürich ist keine Haftung der öffentlichen Hand für Arbeitgeber vorgesehen. Gesunde Personen, die aufgrund einer bezirks- oder kantonsärztlichen Anordnung einen Erwerbsausfall erleiden, kann die Gemeinde eine Entschädigung ausrichten (§ 17 VV EpiG). Im Einzelfall zu prüfen ist, ob die Anordnung einer Betriebsschliessung bzw. die Zugangsbeschränkung zum Ort des Unternehmens, als materielle Enteignung zu qualifizieren ist. Im Kanton Zürich richtet sich der Ersatzanspruch nach dem Abtretungsgesetz.

3. Massnahmen

3.1. Gesundheitsschutz

Bezüglich Massnahmen zum Gesundheitsschutz kann auf das Handbuch "Pandemieplan" des BAG verwiesen werden¹². Zu unterscheiden sind individuelle und arbeitsplatzbezogene Massnahmen:

Individuelle Massnahmen

- Schulung der Mitarbeitenden (Hygiene und Verhalten)
- Tragen von Hygienemasken (sofern empfohlen)

Arbeitsplatzbezogene Massnahmen:

- Einschränkung der sozialen Interaktion (Telefon- und Videokonferenzen)
- Anordnung von Home-Office und Telearbeit
- Räumliche Anpassungen sowie Desinfektion von Arbeitsplätzen und Handgriffen
- Reduktion der Präsenz-Belegschaft

3.2. Home-Office und Telearbeit

Der Gesetzgeber regelt weder Home-Office noch Telearbeit (remote work). Dogmatisch sind beide Arbeitsformen unter den Einzelarbeitsvertrag zu subsumieren. Arbeitgebern wird empfohlen, Homeoffice und Telearbeit allgemein in Form eines Zusatzes zum Arbeitsvertrag zu regeln und mit den betroffenen Mitarbeitenden individuell zu vereinbaren. Dadurch können Personalkosten und Risiken minimiert werden¹³.

¹¹ Vgl. Art. 32 Abs. 1 AVIG.

¹² Abrufbar unter <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/das-bag/publikationen/broschueren/publikationen-uebertragbare-krankheiten/pandemiebroschuere.html> (zuletzt besucht am 26.02.2020).

¹³ Vgl. Fact Sheet "Chancen und Risiken von Homeoffice und Remote Work" vom 15.05.2017.

* * *

Die ELFENAU SCHWEIZ AG ist eine Anwaltskörperschaft und als solche im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Die Mehrzahl unserer Kunden sind Unternehmer und KMU mit bis zu 2'000 Mitarbeitenden. Wir bieten kombinierte Rechts- und Wirtschaftsdienstleistungen an und sind auf Gesellschafts-, Vertrags-, und Arbeitsrecht spezialisiert. Zudem vertreten wir unsere Klienten bei Bedarf vor Gericht.

Dr. Emanuel Tschannen ist Rechtsanwalt und hat an der HEC Paris ein Executive MBA absolviert. Emanuel Tschannen ist auf Vertrags-, Arbeits- und Gesellschaftsrecht spezialisiert und im Anwaltsregister der Kantons Zürich eingetragen. Er ist Mitglied des Zürcher Anwaltsverbands (ZAV) und des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV).