

Kurt Pärli

Besonders gefährdete Arbeitnehmer/innen

Erläuterungen und Kommentar zur Änderung von Art. 10b/c COVID-19-Verordnung 2

Die COVID-19-Erkrankung verläuft bei älteren Personen und beim Vorliegen bestimmter Vorerkrankungen wesentlich gravierender. Entsprechend stellt sich die Frage, wie diese besonders gefährdeten Personen im Arbeitsverhältnis zu schützen sind. Der Bundesrat hat die umstrittene Bestimmung in der COVID-19-Verordnung 2 am 16. April angepasst. Vorrang hat noch immer die Arbeit zu Hause, darauf aufbauend sieht Art. 10c der Verordnung weitere Möglichkeiten und als ultima ratio eine Freistellung bei voller Lohnzahlung vor. Die neue Bestimmung ist ausgewogen, aber noch lückenhaft (Kündigungsschutz und Abgeltung der Kosten durch die EO).

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Gesundheitsrecht; Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Kurt Pärli, Besonders gefährdete Arbeitnehmer/innen, in:
Jusletter 20. April 2020

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Besonders gefährdete Ältere und Personen mit Vorerkrankungen – Hintergrund und bisherige Regelungen
- III. Der Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmender ab dem 17. April 2020
 - 1. Lockerung des «Lock-Downs» als (weitere) Triebfeder für die Änderung
 - 2. Präzisierungen der besonders Gefährdeten
 - 3. Aufbau und Inhalt von Art. 10c COVID-19-Verordnung 2
 - 3.1. Übersicht
 - 3.2. Die einzelnen Elemente der Kaskade
 - 4. Beweisfragen
 - 5. Nicht geregelte Aspekte
 - 5.1. Kündigungsschutz für besonders gefährdete Arbeitnehmende
 - 5.2. Verhältnis zur Verordnung zum Erwerbsausfall
- IV. Würdigung der Neuerungen

I. Einleitung

[1] Am 16. April 2020 hat der Bundesrat bekanntgegeben, welche Geschäfte ab wann und unter welchen Bedingungen wieder öffnen dürfen.¹ Zudem wurden Anpassungen hinsichtlich zulässiger Eingriffe in Spitälern und Kliniken vorgenommen.² Die Öffnung der Schulen wird etappenweise erfolgen. Obligatorische Schulen werden am 11. Mai 2020 wieder geöffnet, gefolgt von Mittel-, Berufs- und Hochschulen, welche voraussichtlich am 8. Juni 2020 den Betrieb wieder aufnehmen werden.³ Diese Änderungen der COVID-19-Verordnung 2 werden am 27. April 2020 in Kraft treten. Anders verhält es sich mit den Anpassungen, die der Bundesrat bezüglich besonders gefährdeter Personen in Art. 10b und 10c der COVID-19-Verordnung 2 vorgenommen hat, diese gelten bereits seit dem 17. April 2020. Angepasst wurden sowohl die Definition der besonders gefährdeten Personen (Art. 10b Abs. 2 und Anhang), als auch die allgemeinen Verhaltensanweisungen (Art. 10b Abs. 1) und, ganz zentral, die Pflichten der Arbeitgebenden gegenüber besonders gefährdeten Arbeitnehmenden. Der bisherige Art. 10c der COVID-19-Verordnung 2 wurde erweitert und umgestaltet.

[2] Diese Änderungen werden im vorliegenden Beitrag umfassend erläutert, analysiert und kommentiert. Zuerst wird auf den Hintergrund der heutigen Regelung und die bisherigen Versionen der Bestimmung eingegangen (II). Danach folgt die systematische Analyse und Erläuterung (III), abschliessend wird eine kritische Würdigung vorgenommen (IV).

¹ Art. 6 Abs. 2 Bst. c und e COVID-19-Verordnung 2; in einem ersten Schritt werden Geschäfte wie Bau- und Gartencenter, welche eine geringe Anzahl direkter Kontakte aufweisen, wieder geöffnet. Auch Betriebe mit personenbezogenen Dienstleistungen mit Körperkontakt wie Coiffeure, Kosmetikstudios oder Tattoostudios können geöffnet sein. Alle Betriebe müssen jedoch Schutzkonzepte umsetzen.

² Es dürfen wieder sämtliche Eingriffe vorgenommen werden, auch nicht-dringliche. Ausserdem können Praxen für Zahnmedizin, Physiotherapie und medizinische Massagen wieder geöffnet werden, vgl. Medienmitteilung des Bundesrates «Bundesrat lockert schrittweise Massnahmen zum Schutz vor dem neuen Coronavirus» vom 16. April 2020.

³ Vgl. Medienmitteilung des Bundesrates «Bundesrat lockert schrittweise Massnahmen zum Schutz vor dem neuen Coronavirus» vom 16. April 2020.

II. Besonders gefährdete Ältere und Personen mit Vorerkrankungen – Hintergrund und bisherige Regelungen

[3] Aufgrund der Meldungen aus China über den Verlauf der COVID-19-Erkrankung wurde rasch klar, dass das⁴ Coronavirus für bestimmte Personen deutlicher gefährlicher ist als für andere. Studien zufolge steigt ab dem sechzigsten Altersjahr die Sterblichkeitsrate für COVID-19-Betroffene massiv an.⁵ Eine umfassende chinesische Untersuchung ergab im Februar 2020, dass das Risiko eines schweren Verlaufs der Krankheit und die Sterblichkeitswahrscheinlichkeit aufgrund von COVID-19 zudem erheblich davon abhängen, ob eine Person an Vorerkrankungen, namentlich Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Diabetes oder Bluthochdruck, leidet.⁶ In einer aktuellen (10. April 2020) Darstellung zum Stand des Wissens zählt das Robert-Koch-Institut überdies Patientinnen und Patienten mit chronischen Erkrankungen der Lunge sowie chronischen Lebererkrankungen und Patientinnen und Patienten mit einer Krebserkrankung zu den Risikogruppen für schwere Krankheitsverläufe.⁷ Neuere Erkenntnisse deuten zudem darauf hin, dass auch Raucherinnen und Raucher⁸ sowie Menschen mit Übergewicht ein erhöhtes Risiko tragen.⁹

[4] Auch in der Schweiz richtet(e) sich der Fokus des Bundesamtes für Gesundheit (BAG) und der öffentlichen Diskussion beim Kampf gegen die Ausbreitung des Coronavirus und gegen die Folgen der COVID-19-Erkrankung auf besonders gefährdete Personen. Das BAG hält auf seiner Internetseite¹⁰ unmissverständlich fest, das neue Coronavirus sei für Personen ab 65 Jahren und für alle Personen mit einer Vorerkrankung besonders gefährlich. Bezüglich der Art der Vorerkrankungen werden in Anlehnung an die internationale Literatur sechs Krankheiten genannt: Bluthochdruck, chronische Atemwegserkrankungen, Diabetes, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Herz-Kreislauf-Erkrankungen und Krebs. An die *Adresse der Vorerkrankten* (sowie an die über 65-Jährigen) richtet das BAG eine ganze Reihe von *Empfehlungen* bzw. vielmehr eigentliche *Handlungsanweisungen* («... gelten folgende Massnahmen»). So sollen diese Personen zu Hause bleiben, keine öffentlichen Verkehrsmittel benutzen, die Einkäufe durch Dritte erledigen lassen und persönliche Kontakte vermeiden. Der Besuch in der Arztpraxis sei mittels Auto, Velo oder zu Fuss vorzunehmen. Die BAG-Empfehlungen (oder vielmehr Weisungen...) umfassen auch den Umgang von Angehörigen besonders gefährdeter Personen. Dabei wird den

⁴ Da in den Medien sowohl «das Virus» als auch «der Virus» erwähnt wird, war der Autor hinsichtlich der korrekten Schreibweise erst verunsichert; schreibt man «der Virus» oder «das Virus»? Ein Blick in die Onlineversion des bewährten Dudens schaffte Klarheit: <https://www.duden.de/sprachwissen/sprachratgeber/der-oder-das-Virus> (Alle in diesem Beitrag angegebenen Websites wurden zuletzt besucht am 14. April 2020).

⁵ Siehe <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1039211/umfrage/sterblichkeit-durch-das-coronavirus-nach-altersgruppen-in-china/>, die höhere Sterblichkeit von älteren COVID-19-Patienten/innen trifft auch auf Europa zu. Gemäss der Weltgesundheitsorganisation (World-Health-Organisation WHO) fallen 95% aller COVID-19-Todesfälle auf Menschen über 60 Jahren, Quelle: <http://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/news/news/2020/4/supporting-older-people-during-the-covid-19-pandemic-is-everyones-business>.

⁶ FEI ZHOU et al., Clinical course and risk factors for mortality of adult inpatients with COVID-19 in Wuhan, China, Quelle: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(20\)30566-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(20)30566-3/fulltext).

⁷ Robert Koch Institut, SARS-CoV-2 Steckbrief zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand: 10. April 2020, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html#doc13776792bodyText2.

⁸ JANICE M. LEUNG et al., ACE-2 Expression in the Small Airway Epithelia of Smokers and COPD Patients, <https://erj.ersjournals.com/content/early/2020/03/26/13993003.00688-2020>.

⁹ Coronavirus (COVID-19) & Obesity, <https://www.worldobesity.org/news/statement-coronavirus-covid-19-obesity>.

¹⁰ BAG, Neues Coronavirus: Besonders gefährdete Personen, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/besonders-gefaehrdete-menschen.html>.

besonders gefährdeten Personen selbst empfohlen, rechtzeitig Stellvertretungsregelungen zu treffen.¹¹ Insgesamt lassen die BAG-Empfehlungen erkennen, dass das Ausmass der Gefährdung für Vorerkrankte (und ältere Personen über 65) ausserordentlich gross ist, was sich auch an den doch sehr einschneidenden Verhaltensweisungen manifestiert (nicht mehr selber einkaufen).

[5] Das Ziel, besonders gefährdete Personen (besonders) zu schützen, findet sich auf regulatorischer Ebene bereits in Art. 1 Abs. 2 Bst. c der ersten COVID-19-Verordnung vom 28. Februar 2020. Diese Verordnung beinhaltete hauptsächlich das Verbot von Veranstaltungen mit mehr als 1000 Teilnehmenden. Die Rede ist in dieser Verordnung von «besonders vulnerablen Personen sowie Personen mit erhöhtem Komplikationsrisiko».¹² In der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März und den darauffolgenden (häufigen) Anpassungen findet sich unverändert die Formulierung «besonders gefährdete Personen».

[6] Das fünfte Kapitel der COVID-19-Verordnung 2 (ab Version 17. März 2020) widmet sich ausdrücklich den besonders gefährdeten Personen. Abs. 2 von Art. 10b der Verordnung definiert die besonders gefährdeten Personen, genannt werden die gleichen sechs Krankheiten wie auch auf der BAG-Webseite (siehe Rz. 4). Die Aufzählung ist aber nicht abschliessend, das zeigt die Formulierung «die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen». Die *besonders gefährdeten Personen* sollen gemäss Art. 10b *zu Hause bleiben* und *Menschenansammlungen* meiden.¹³ Konsequenterweise bestimmte der Bundesrat am 17. März 2020 in Art. 10c Abs. 1, dass besonders gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre arbeitsvertraglichen Pflichten von zu Hause aus erledigen sollen. Wo dies nicht möglich sei, seien Arbeitnehmende vom Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung zu beurlauben. Art. 10c Abs. 2 hielt fest, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre besondere Gefährdung durch persönliche Erklärung geltend zu machen haben, der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen.

[7] In der *Version vom 17. März 2020* hatte Art. 10c COVID-19-Verordnung-2 einen *klaren Inhalt*: Entweder kann die arbeitsvertraglich geschuldete Leistung von zu Hause aus erledigt werden oder aber die Arbeitgeberin schuldet den Lohn, ohne dafür eine Gegenleistung zu erhalten. Die Verordnungsbestimmung fügte sich auch logisch in die *allgemeinen Verhaltensanweisungen an die besonders gefährdeten Personen* gemäss Art. 10c Abs. 1 der Verordnung ein. Es liegt allerdings auch auf der Hand, dass diese Bestimmung für Arbeitgeber eine massive finanzielle und auch organisatorische Belastung darstellte. Erwähnt werden muss an dieser Stelle aber auch, dass die Arbeitgeberin aufgrund der arbeitsvertraglichen Treuepflicht (Art. 321a OR) und des Weisungsrechts (Art. 321d OR) von den betroffenen Arbeitnehmenden die Übernahme gleichwertiger Ersatzarbeit hätte verlangen dürfen.¹⁴ Missverständlich war allenfalls die Formulierung «unter Lohnfortzahlung zu beurlauben». Der Terminus «Lohnfortzahlung» wird im Allgemeinen im Zusammenhang mit Art. 324a OR verwendet (Pflicht der Arbeitgeberin zur Lohnfortzahlung bei

¹¹ Aus den BAG-Empfehlungen: «Bereiten Sie den Fall vor, dass Sie selber krank werden: Bestimmen Sie – möglichst gemeinsam mit der von Ihnen betreuten Person – eine Stellvertretung. Schreiben Sie wenn möglich gemeinsam das Wichtige auf, damit alles rasch greifbar ist, wenn Sie krank würden.»

¹² Diese Verordnung wurde am 16. März 2020 durch Art. 11 der COVID-19 Verordnung 2 aufgehoben.

¹³ Der zweite Teilsatz ist nicht ganz logisch, denn wer zu Hause bleibt, hat gar keine Möglichkeit, auf Menschenansammlungen zu treffen.

¹⁴ Siehe Urteil vom 9. Januar des Gewerblichen Gerichts Basel-Stadt, Zumutbarkeit von Ersatzarbeiten in einer wirtschaftlichen Notlage, Basler Juristische Mitteilungen 1990, S.116–117. Zur Bedeutung der Treuepflicht der Arbeitnehmenden in Corona-Zeiten siehe THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Corona-Virus, Jusletter vom 23. März, namentlich Rz. 23, 46, 52, 53, 58 und 69 ff.

Verhinderung an der Arbeitsleistung aus Gründen, die in der Person des Arbeitnehmers liegen).¹⁵ Diese Lohnfortzahlung ist an Voraussetzungen geknüpft (Mindestdauer eines Arbeitsverhältnisses) und zeitlich beschränkt (je nach Dienstjahr). Das Konzept von Art. 324a OR passt nicht zur Lohnzahlungspflicht gemäss Art. 10c COVID-19-Verordnung 2, es liegt vielmehr eine Variante der Freistellung vor, die als ein Anwendungsfall von Art. 324 OR zu qualifizieren ist.¹⁶ Unglücklich ist auch die Formulierung «Beurlaubung». Man könnte hier zur Auffassung gelangen, die Arbeitgeberin könnte gestützt auf Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 die gefährdeten Arbeitnehmenden in die Ferien schicken. Das ist aber fraglos nicht so gemeint.¹⁷

[8] Bereits am 20. März 2020 sah sich der Bundesrat auf Druck verschiedener Kreise veranlasst¹⁸, Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 grundlegend zu ändern. Ab diesem Zeitpunkt galt bis zur erneuten Änderung der Verordnung vom 16. April 2020 Folgendes: Art. 10c Abs. 1 hielt nach wie vor fest, dass Arbeit durch geeignete organisatorische und technische Möglichkeiten zu Hause erledigt werden sollte. Wo dies aber nicht möglich ist, müssen auch besonders gefährdete Arbeitnehmende im Betrieb arbeiten; die Arbeitgeberin wurde einfach verpflichtet, «mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen» (Abs. 2). Eine Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin besteht gemäss Abs. 3 nur dann, wenn Arbeit zu Hause und die Einhaltung der Massnahmen im Betrieb nicht möglich sind. Diese Verordnungsänderung trage einer Abwägung der Interessen der Arbeitgeberin und des Gesundheitsschutzes Rechnung, halten die Erläuterungen des BAG zur fraglichen Bestimmung fest.¹⁹ Die Verordnungsänderung war kontrovers und führte insbesondere auch zu Unsicherheiten sowohl bei Betrieben als auch bei Arbeitnehmenden.

[9] Bei näherer Betrachtung erweist sich Abs. 2 (Pflicht zur Einhaltung der Hygiene- und Distanzmassnahmen) als eigentlicher «Normeneinbruch». Dass Arbeitnehmende durch die Arbeitgeberin vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen zu schützen sind, ergibt sich bereits aus Art. 6 des Arbeitsgesetzes (ArG) und der Verordnung 1 zum ArG sowie aus Art. 328 Abs. 1 und 2 OR. Die Arbeitgeberin hat die Pflicht, zum Schutz von Leben und Gesundheit (und persönlicher Integrität) diejenigen Massnahmen zu ergreifen, die (u.a.) nach dem Stand der Technik anwendbar sind. Die Hygiene- und Distanzmassnahmen des BAG gehören zweifellos «zum Stand der Technik» und sind von der Arbeitgeberin somit anzuwenden. Irritierend wirkt auch der Hinweis in den Erläuterungen zur Verordnung, den (besonders gefährdeten) Mitarbeitenden sei «wo zweckmässig Desinfektionsmittel zur Verfügung zu stellen»²⁰. Das sollte in der akuten Phase der Corona-

¹⁵ Bundesgericht (z.B. BGer 8C_241/2019 vom 8. Juli 2019, E. 5.1) und Lehre (z.B. ROBERTA PAPA, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeldleistungen, ArbR 2009, 69 ff.) verwenden den Begriff Lohnfortzahlung praktisch nur im Zusammenhang mit Art. 324a und 324b OR.

¹⁶ Die Arbeitgeberin darf die Arbeit der besonders gefährdeten Arbeitnehmenden nicht annehmen. Im Ergebnis gleich (zur Version von Art. 10c COVID-19-Verordnung vom 20. März 2020) auch THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, in: Jusletter 14. April 2020, Rz. 10.

¹⁷ ASTRID LIENHART/KURT METTLER, Ein Vorschlag zur Einordnung der «besonders gefährdeten Personen» gemäss COVID-19-Verordnung 2 und zum guten Umgang damit im arbeitsrechtlichen Kontext, Quelle: https://www.sizcare.ch/documents/281126/410214/Beitrag_Lienhart_Mettler.pdf/d5cd4de0-0dcf-20da-4940-2116f2e9b5f8.

¹⁸ Vgl. etwa NZZ online vom 30. März 2020 «Eine diffizile Frage beschäftigt den Bund: Ist es zumutbar, dass besonders gefährdete Personen weiterhin auswärts zur Arbeit erscheinen müssen?» und Tages-Anzeiger Online vom 29. März 2020 «Diese Leute stehen Todesängste aus».

¹⁹ Bundesamt für Gesundheit, Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März über Massnahmen zur Bekämpfung des Corona-Virus, Fassung 28. März 2020, S. 19.

²⁰ Erläuterungen (Fn. 19), S. 19.

Pandemie selbstverständlich sein, nicht nur für besonders gefährdete Arbeitnehmende. Es mutet auch seltsam an, dass die besonders gefährdeten Personenkreise gemäss den Empfehlungen des BAG ihre Einkäufe durch weniger gefährdete Dritte erledigen lassen sollen, gleichzeitig aber die COVID-19-Verordnung 2 in der Version vom 20. März 2020 ebendiesen Personengruppen den Arbeitsweg und das Zusammentreffen mit möglicherweise ganz vielen Leuten am Arbeitsplatz zumutete. Schliesslich ist die Regelung, bei besonders gefährdeten Personen seien die Hygiene- und Abstandsregelungen einzuhalten, irreführend; es könnte daraus der wohl eindeutig falsche Schluss gezogen werden, bei nicht besonders gefährdeten Arbeitnehmenden sei dies nicht erforderlich. Dass dies nicht so ist, zeigt auch Art. 7d der COVID-19-Verordnung 2. Diese Bestimmung beinhaltet Vorschriften über einzuhaltende Präventionsmassnahmen auf Baustellen und in der Industrie. Der Verordnungstext verlangt hier wie in Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 das Einhalten der Empfehlungen des BAG hinsichtlich Hygiene und sozialer Distanz für alle Arbeitnehmende.

[10] Es ist nicht erstaunlich, dass die Regelung für besonders gefährdete Arbeitnehmende von verschiedener Seite kritisiert wurde. Gemäss dem Schweizerischen Gewerkschaftsbund sei die Revision von Art. 10c auf Wunsch von Arbeitgebern und ohne jegliche Konsultation von Arbeitsmedizinern oder Gewerkschaften eingeführt worden.²¹ Die konkrete Anwendung der Regelung führt(e) auch bei Arbeitgebern für Verunsicherung. Zeitungsberichten zufolge suchten die Sozialpartner denn auch gemeinsam nach einer Kompromisslösung, die u.a. einen Kündigungsschutz für besonders gefährdete Arbeitnehmende und eine Finanzierung des Lohnes zu Lasten der Erwerbsersatzordnung vorsah.²²

III. Der Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmender ab dem 17. April 2020

1. Lockerung des «Lock-Downs» als (weitere) Triebfeder für die Änderung

[11] Aufgrund der epidemiologischen Lage und angesichts der Situation in den Spitälern sowie wegen den enormen wirtschaftlichen Folgen des «Lock-Downs» stellte der Bundesrat bereits vor Ostern eine Lockerung der Massnahmen in Aussicht.²³ Mit der schrittweisen Öffnung von zuvor geschlossenen Betrieben und Geschäften würde sich die Kontroverse um den richtigen Umgang mit besonders gefährdeten Arbeitnehmenden weiter zuspitzen. Die Öffnung von Geschäften mit Publikumsverkehr stellt gerade auch für die besonders gefährdeten Arbeitnehmenden in solchen Betrieben ein Risiko dar. In Erinnerung zu rufen ist dabei auch, dass einerseits die Gesundheit der betroffenen Personen geschützt werden muss. Andererseits stellt der Schutz besonders gefährdeter Personen auch ein eminent wichtiges öffentliches Interesse dar. Eine Ansteckung vieler

²¹ Besonders gefährdete Arbeitnehmende müssen sofort wieder geschützt werden, <https://www.sgb.ch/corona-virus/details/besonders-gefaehrdete-arbeitnehmende-muessen-sofort-wieder-geschuetzt-werden>.

²² Mehr Schutz für Corona-Risikogruppen im Job, <https://www.blick.ch/news/politik/nur-bei-personalmangel-und-mit-kuendigungsschutz-mehr-schutz-fuer-corona-risikogruppen-im-job-id15831448.html>.

²³ Siehe Medienmitteilung des Bundesrats «Coronavirus: Bundesrat verlängert Massnahmen um eine Woche und beschliesst etappenweise Lockerung» vom 8. April 2020.

besonders gefährdeter Personen und entsprechend schwere Krankheitsverläufe würden die Kapazitäten der Spitäler überfordern.²⁴

2. Präzisierungen der besonders Gefährdeten

[12] In Art. 10b COVID-19-Verordnung 2 werden die Verhaltensanweisungen an besonders gefährdete Personen im Allgemeinen präzisiert. Nach wie vor sollen diese zu Hause bleiben, erwähnt wird indes auch, dass sie bei Verlassen des Hauses *besondere* Vorkehrungen zu treffen haben, um die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und sozialer Distanz einhalten zu können. Damit ruft der Bundesrat diesen Personen ihre besondere Gefährdung in Erinnerung.

[13] Eine wichtige Neuerung betrifft die Definition der besonders gefährdeten Personen. Ergänzend zu Art. 10b Abs. 2 ist ein dritter und vierter Absatz eingefügt worden; Abs. 3 verweist auf einen Anhang mit medizinischen Kriterien zur Präzisierung der in Abs. 2 genannten Krankheiten und Abs. 4 verleiht dem BAG die Kompetenz (und die Aufgabe), den Anhang laufend nachzuführen.

[14] In Anhang 6 der Verordnung werden medizinische Kriterien genannt, bei deren Erfüllung eine Person als besonders gefährdet gilt. Es handelt sich im Wesentlichen um die bekannten Erkrankungen und Prädispositionen, welche in Unterkategorien unterteilt werden.²⁵ Selbstverständlich hat der Anhang dem aktuellsten medizinischen Kenntnisstand zu entsprechen. Um eine hinreichende Transparenz zu gewährleisten, sollte das BAG die massgeblichen Quellen bekannt geben, auf denen Anhang 6 basiert.

3. Aufbau und Inhalt von Art. 10c COVID-19-Verordnung 2

3.1. Übersicht

[15] Durch die Erweiterung und Umgestaltung der Pflichten der Arbeitgebenden zum Schutz der Gesundheit besonders gefährdeter Arbeitnehmender enthält Art. 10c neu acht Absätze. Abs. 1 hält unverändert das Primat der Arbeit zu Hause fest, das durch von der Arbeitgeberin getroffene geeignete organisatorische Massnahmen zu gewährleisten ist. Die weiteren Absätze betreffen die Alternative «gleichwertige Ersatzarbeit zu Hause oder im Betrieb» sowie Bedingungen, unter denen Arbeit im Betrieb dennoch zulässig ist und zuletzt eine Freistellung bei voller Lohnzahlung, wenn weder die vertraglich geschuldete noch die gleichwertige Ersatzarbeit zu Hause erledigt werden kann und bei der Arbeit im Betrieb die spezifischen Massnahmen zum Gesundheitsschutz nicht eingehalten werden können. Neu sieht Art. 10c Abs. 6 auch vor, dass der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin die Arbeit im Betrieb verweigern darf, wenn er oder sie die Gefahr einer Ansteckung trotz den vom Arbeitgeber korrekt getroffenen Massnahmen aus besonderen

²⁴ Aus diesem Grund hält Art. 1 Abs. 2 Bst. d COVID-19-Verordnung 2 auch fest, dass die Massnahmen dieser Verordnung auch dazu dienen «die Kapazitäten der Schweiz zur Bewältigung der Epidemie sicherzustellen, insbesondere zur Aufrechterhaltung der Bedingungen für eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln».

²⁵ Bluthochdruck, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Chronische Atemwegserkrankungen, Diabetes, Erkrankungen die das Immunsystem schwächen, Krebs.

Gründen als zu hoch einschätzt. Auch in diesem Fall ist der Lohn geschuldet, allerdings kann die Arbeitgeberin in dieser Konstellation ein ärztliches Attest verlangen.

[16] Der neue Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 besticht durch eine klare Logik und ist kaskadenartig aufgebaut. Am Anfang der Kaskade steht die Erledigung der vertraglich geschuldeten Arbeit zu Hause, am Ende ein Lohnanspruch des Arbeitnehmenden, ohne dafür arbeiten zu müssen.

3.2. Die einzelnen Elemente der Kaskade

[17] Unverändert geblieben ist Abs. 1: Arbeitgeber haben die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen zu treffen, um besonders gefährdeten Arbeitnehmenden zu ermöglichen, ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus zu erledigen. Es gilt also «Home-Office first».²⁶ Die besondere Gefährdung wird von den Arbeitnehmenden durch eine persönliche Erklärung geltend gemacht. Die Arbeitgeberin, die sich mit der persönlichen Erklärung nicht begnügt, kann ein ärztliches Attest verlangen (Abs. 8).²⁷

[18] Die Verordnung enthält *keine Verpflichtung der Arbeitnehmenden*, die Arbeitgeberin auf ihre besondere Gefährdung hinzuweisen. Aus der Perspektive des Persönlichkeits- und Datenschutzes ist dies zu begrüssen, denn Angaben über die Gesundheit sind besonders schützenswerte Personendaten. Aus einer «Public-Health-Perspektive» wäre eine Informationspflicht der Arbeitnehmenden indes wünschenswert. Nur die *informierte Arbeitgeberin* kann den Pflichten nach Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 nachkommen. Der Schutz der besonders gefährdeten Arbeitnehmenden dient nicht nur individuellen, sondern auch gesamtgesellschaftlichen Interessen (siehe Art. 1 Abs. 2 Bst. d COVID-19-Verordnung 2). Die Bereitschaft der Arbeitnehmenden, ihre Arbeitgebenden über die besondere Gefährdung zu informieren, ist in hohem Masse davon abhängig, wie gross das Risiko ist, durch eine solche Information die Stelle zu verlieren. Hier zeigt sich denn auch ein Dilemma: Je stärker die Verpflichtungen zum Schutz der besonders gefährdeten Arbeitnehmenden, desto naheliegender ist eine Gefährdung des Arbeitsplatzes (insbesondere, wenn in der fraglichen Branche genügend Arbeitnehmende auf dem Markt sind). Es drängt sich deshalb die Frage auf, ob besonders gefährdeten Arbeitnehmenden ein Kündigungsschutz gewährt werden müsste. Auf diese Problematik wird noch zurückzukommen sein.²⁸

[19] Eine wichtige Neuerung in der Verordnung betrifft die Option «gleichwertige Ersatzarbeit». Ist es nicht möglich, die angestammte Arbeitsverpflichtung von zu Hause aus zu erfüllen, so hat der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmenden in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit zuzuweisen, die von zu Hause aus erledigt werden kann (Abs. 2). Diese Regelung erweitert die Handlungsspielräume der Beteiligten. Die Arbeitnehmenden müssen sich hinsichtlich der Art der Arbeit flexibel zeigen²⁹, eine Ersatzarbeit muss aber gleichwertig sein und darf nicht zu Lohneinbussen führen. Die Möglichkeit, von Arbeitnehmenden eine gleichwertige Ersatzarbeit zu verlangen, kennt auch Art. 35 Abs. 3 ArG. Gemäss dieser Bestimmung kann der Arbeitgeber schwangeren Frauen und stillenden Müttern

²⁶ Der Begriff «Home-Office» ist allerdings verfänglich, die Betriebe sind aufgefordert, auch nicht Büroarbeiten nach Möglichkeit zu Hause erledigen zu lassen.

²⁷ Zum Beweiswert ärztlicher Zeugnisse siehe hinten Rz. 25 ff.

²⁸ Siehe hinten, Teil III, Rz. 30 ff.

²⁹ Es handelt sich an sich um eine Konkretisierung der Treupflicht nach Art. 321a OR, siehe dazu oben, Rz. 7.

eine gleichwertige Arbeit zuweisen, wenn die übliche Arbeit aus gesundheitlichen Gründen untersagt ist.³⁰

[20] Das nächste Element der Kaskade hält die (engen) Voraussetzungen fest, bei deren Vorliegen gefährdete Arbeitnehmende im Betrieb beschäftigt werden dürfen (Abs. 3). Ist Arbeit zu Hause weder in der angestammten Tätigkeit noch im Rahmen einer gleichwertigen Ersatzarbeit möglich, dürfen besonders gefährdete Arbeitnehmende dann vor Ort beschäftigt werden, wenn (und nur solange) dies aus betrieblichen Gründen erforderlich ist und zudem der Arbeitsplatz so ausgestaltet wird, «dass jeder enge Kontakt mit anderen Personen ausgeschlossen ist, namentlich indem ein Einzelraum oder ein klar abgegrenzter Arbeitsbereich unter Berücksichtigung des Mindestabstandes von 2 Metern zur Verfügung gestellt wird» (Bst. a) und «in Fällen, in denen ein enger Kontakt nicht jederzeit vermieden werden kann, werden angemessene Schutzmassnahmen nach dem STOP-Prinzip ergriffen (Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung)» (Bst. b). Hier zeigt sich eine klare Verbesserung des Schutzes im Vergleich zur Regelung, wie sie bis zum 16. April 2020 Gültigkeit hatte. Der Bundesrat begnügt sich nicht mehr mit dem blossen Verweis auf (ohnehin geltende) Hygiene- und Abstandsregelungen, sondern präzisiert diese recht genau. Zudem wird betont, dass die *Beschäftigung besonders gefährdeter Arbeitnehmender im Betrieb nur dann und nur solange zulässig ist, wenn dies betrieblich notwendig* ist. Damit wird implizit auch gesagt, dass Teillösungen zulässig sind, also z.B. dass ein Teil der Arbeitszeit im Betrieb verbracht wird und ein anderer Teil zu Hause, sei es im Rahmen der angestammten Tätigkeit oder mit einer gleichwertigen Ersatzarbeit.

[21] Es kann Situationen geben, in denen weder die angestammte Arbeit noch eine gleichwertige Ersatzarbeit zu Hause möglich ist, noch die Einhaltung der hohen Sicherheitsstandards bei der angestammten Arbeit vor Ort. In dieser Konstellation kann der Arbeitgeber prüfen, ob eine gleichwertige Ersatzarbeit im Betrieb in Frage kommt, bei der die Standards eingehalten werden können. Auch hier sind die Arbeitnehmenden verpflichtet, die gleichwertige Ersatzarbeit anzunehmen (Abs. 4).

[22] Als wichtiges Verfahrenselement hält Abs. 5 fest, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmenden anzuhören hat, bevor er die vorgesehenen Massnahmen (Ersatzarbeit zu Hause oder im Betrieb, Umsetzung der Sicherheitsstandards) trifft. Das ist ebenso selbstverständlich wie sinnvoll. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die Arbeitnehmervertretung gemäss Art. 48 Abs. 1 lit. a ArG in Verbindung mit Art. 10 lit. a Mitwirkungsgesetz (MitwG) bei Fragen des Gesundheitsschutzes ein Mitspracherecht hat. Es trägt zur Erhöhung der Akzeptanz der betrieblichen Massnahmen bei, wenn Fragen des besonderen Gesundheitsschutzes für gefährdete Arbeitnehmende auch mit der Arbeitnehmervertretung besprochen werden.³¹

[23] Teil der medialen Aufregung rund um die frühere Version von Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 bildeten Aussagen, wonach besonders gefährdete Arbeitnehmende zur Arbeit gezwungen würden.³² Hier setzt die nächste Etappe in der Kaskade an (Abs. 6). Demnach dürfen betroffene Arbeitnehmende die zugewiesene Arbeit ablehnen, wenn der Arbeitgeber die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–4 nicht erfüllt. Zusätzlich, und das ist bemerkenswert, besteht

³⁰ Siehe Art. 60 ff. der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1) und die Mutterschutzverordnung (MuSchV).

³¹ Zum Mitspracherecht der Arbeitnehmenden hinsichtlich Gesundheitsschutzmassnahmen vgl. auch JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMI WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, S. 13, in: Newsletter DroitDuTravail.ch, vom 9. April 2020.

³² Tages-Anzeiger Online vom 29. März 2020, «Diese Leute stehen Todesängste aus».

ein Ablehnungsrecht auch dann, wenn «die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus trotz der vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen nach den Absätzen 3 und 4 aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachtet». Die Geltendmachung dieses Ablehnungsrechts setzt besondere Gründe voraus. Worin diese bestehen können, lässt der Verordnungstext offen: Vorstellbar sind bspw. eine sehr ängstliche Persönlichkeit oder sonstige psychische Beeinträchtigungen. Der Arbeitgeberin steht das Recht zu, ein ärztliches Attest zu verlangen, das solche besonderen Gründe zu bestätigen hat. In solchen Konstellationen kann sich in der Praxis allerdings die Frage stellen, ob fragliche Arbeitnehmende nicht ohnehin als krankheitsbedingt arbeitsunfähig gelten und folglich eine Arbeitsunfähigkeit nach Art. 324a OR vorliegt und die Arbeitgeberin bzw. eine Taggeldversicherung die entsprechenden Leistungen zu erbringen hat.

[24] Am Schluss der Kaskade steht der Lohnanspruch des Arbeitnehmers ohne Erbringung der Arbeitsleistung (Abs. 7). Ist weder Arbeit zu Hause (in der angestammten Tätigkeit oder im Rahmen einer Ersatzarbeit) noch eine Beschäftigung vor Ort unter Einhaltung der (hohen) Sicherheitsstandards möglich, so werden die betroffenen Arbeitnehmenden freigestellt und der Arbeitgeber schuldet den (normalen) Lohn. Das ist auch dann der Fall, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer aus besonderen Gründen trotz vom Arbeitgeber eingehaltener Sicherheitsstandards eine zugewiesene Arbeit im Betrieb ablehnt. Wie erwähnt, kann die Arbeitgeberin in einer solchen Situation ein ärztliches Attest verlangen (Abs. 6).

4. Beweisfragen

[25] Der neu formulierte Art. 10c der COVID-19-Verordnung 2 ruft in beweisrechtlicher Hinsicht einige interessante Fragen hervor. Ausgangslage bildet dabei die allgemeine Beweislastverteilungsregelung in Art. 8 Zivilgesetzbuch (ZGB). So einfach es sich anhört («Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet»), so anspruchsvoll ist zuweilen die konkrete Anwendung dieser allgemeinen Beweisregel. Das zeigt sich auch vorliegend.

[26] Ausgangslage bildet der Arbeitsvertrag: Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen, die Arbeitgeberin, Lohn zu entrichten. Der Arbeitnehmer, der gestützt auf Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 eine Lohnforderung ohne Erbringung einer Gegenleistung geltend machen will (entweder den ganzen Lohn, wenn die Arbeit vollständig im Betrieb erbracht werden müsste oder einen Teil des Lohnes, wenn die Arbeit nur zum Teil im Betrieb erfolgen muss), muss das Vorhandensein der Tatsachen, auf die sich sein Rechtsanspruch stützt, beweisen können. Das bedeutet, der *Arbeitnehmer* muss erstens *beweisen*, dass er zur *Gruppe der besonders gefährdeten Arbeitnehmer* gehört. Als Beweismittel ist nach der Verordnung eine *persönliche Erklärung ausreichend*. Falls die Arbeitgeberin diese Erklärung allein nicht akzeptiert, kann sie ein ärztliches Attest verlangen.³³ Wenn die Arbeitgeberin dem ärztlichen Attest misstraut, kann sie den Arbeitnehmer vertrauensärztlich untersuchen lassen.³⁴ Weder das vom Ar-

³³ Das Arzzeugnis darf sich nur zur Arbeitsfähigkeit äussern, siehe u.a. BGE 143 IV 209; übertragen auf den vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies, dass das Attest nur bestätigen darf, ob der Arbeitnehmer zu den besonders gefährdeten Personen im Sinne von Art. 10b Abs. 2 in Verbindung mit Anhang 6 der COVID-19-Verordnung 2 gehört.

³⁴ So die Praxis zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit Art. 324a OR oder mit der Geltendmachung eines Sperrfristengrundes nach Art. 336c OR. Soweit die Möglichkeit einer vertrauensärztlichen Untersu-

beitnehmer beigebrachte Zeugnis noch das Zeugnis des Vertrauensarztes gelten im Zivilprozess als absolute Beweismittel.³⁵ Das Gericht würdigt diese Gutachten im Rahmen der Beweiswürdigung frei.

[27] Zur Abwehr des Lohnanspruches kann der Arbeitgeber geltend machen, dass die übliche Arbeit oder eine gleichwertige Arbeit zu Hause möglich ist, die übliche Arbeit oder eine gleichwertige Arbeit zu Hause aus betrieblichen Gründen nicht oder nur teilweise möglich ist, aber bei der Arbeit im Betrieb die Sicherheitsstandards eingehalten sind und dass der Arbeitnehmer angehört wurde. Die Beweislast für diese Sachverhalte obliegt der Arbeitgeberin. Gelingen der Arbeitgeberin die genannten Beweise, ist der Anspruch des besonders gefährdeten Arbeitnehmers auf «Lohn ohne Arbeit» abgewehrt. Der besonders gefährdete Arbeitnehmer kann durch eine (zusätzliche) Erklärung entweder geltend machen, dass die Schutzvorschriften nicht eingehalten sind (Die entsprechende Beweislast liegt wie erwähnt beim Arbeitgeber, d.h., wenn der Richter an der Einhaltung der Schutzvorschriften zweifelt, ist der Beweis des Arbeitgebers misslungen) oder dass er (der Arbeitnehmer) trotz eingehaltener Schutzvorschriften das Risiko für eine Arbeit vor Ort als zu hoch erachtet. Eine blosser Erklärung des Arbeitnehmers genügt, es liegt nun am Arbeitgeber, vom Arbeitnehmer ein ärztliches Attest zu verlangen, das dieses besondere Risiko des Arbeitnehmers bestätigt. Ist der Arbeitgeber mit diesem Attest nicht einverstanden, so kann er eine vertrauensärztliche Untersuchung veranlassen. Das Gericht ist weder an das Attest des Arztes des Arbeitnehmers noch an den Bericht der vertrauensärztlichen Untersuchung gebunden (siehe vorheriger Abschnitt).

5. Nicht geregelte Aspekte

[28] Mit der Neufassung von Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 hat der Bundesrat einen wichtigen Beitrag zur Klärung der Frage geleistet, unter welchen Bedingungen besonders gefährdete Arbeitnehmende arbeiten dürfen oder müssen. Das Ergebnis widerspiegelt einen Kompromiss zwischen den sich zum Teil widersprechenden Interessen der öffentlichen und individuellen Gesundheit und der Wirtschaft. Leider fehlt bei Notverordnungen des Bundesrates ein Einblick in die Entstehungsgeschichte der Normen. Wären die hier besprochenen Vorschriften im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen worden, so liessen sich mit einem Blick in die bundesrätliche Botschaft sowie in die Materialien der parlamentarischen Debatte die Entstehungsgeschichte der Norm und die unterschiedlichen Positionen verschiedener Akteure nachvollziehen. Zwar wirken Interessengruppen auch bei Notverordnungen auf den Bundesrat ein, ihre Interventionen sind indes nicht öffentlich zugänglich.³⁶

chung nicht im Vertrag oder Betriebsreglement vorgesehen ist, kann die Arbeitgeberin auch von ihrem Weisungsrecht Gebrauch machen, siehe dazu auch BGE 125 III 70.

³⁵ BGer 4A_227/2009 vom 28 Juli.2009 E. 3.1.3; BGer 1C_64/2008 vom 14. April 2008 E. 3.4; BGer 4C.331/1998 vom 12. März 1999 E. 2a; zum Ganzen weiterführend BGE 141 III 433.

³⁶ Das «Notverordnungsregime» wirft auch die Frage auf, ob und inwieweit der gängige Auslegungskanon Anwendung finden kann, diese Frage wird in den Kommentierungen zu Art. 185 Abs. 3 BV soweit ersichtlich nicht thematisiert. In der NZZ vom 27. März 2020 nimmt ANDREAS BRUNNER (Lehrbeauftragter für öffentliches Recht an der Universität Zürich) zur Frage Stellung, wer für die Auslegung der Notverordnungen zuständig ist. BRUNNER plädiert im Ergebnis für eine Auslegung mit «effet-utile» Wirkung; d.h. die Verordnung ist auf grösstmögliche Wirkung hinsichtlich der Epidemienbekämpfung auszulegen, <https://www.nzz.ch/zuerich/meinung/covid-19-verordnung-wer-bestimmt-ueber-die-auslegung-ld.1548608>.

[29] Idealerweise hätte der Bundesrat zwei weitere wichtige Punkte geklärt, nämlich zum einen die Frage des Kündigungsschutzes und zum anderen die Option einer Übernahme der Lohnkosten bei Freistellung durch die Erwerbersatzordnung (EO). Besonders gefährdete Arbeitnehmende benötigen die Gewissheit, dass sie mit der Offenbarung ihrer besonderen Gefährdung nicht ihren Arbeitsplatz riskieren. Und Arbeitgebende, die ohnehin im Zusammenhang mit der Krisenbewältigung enorme finanzielle Lasten zu tragen haben, müssten eine Möglichkeit haben, dass die Kosten für die Lohnzahlungen ohne Gegenleistung durch die EO oder im Rahmen der in Art. 63 Epidemien-gesetz (EpG) vorgesehenen Staatshaftung übernommen werden.³⁷ Zu den beiden «Leerstellen» der COVID-19-Verordnung 2, «Kündigungsschutz» und «Übernahme der Kosten durch die EO», werden nachfolgend mögliche Lösungen auf der Grundlage des geltenden Rechts skizziert und es werden künftige Anpassungen vorgeschlagen. Eingegangen wird dabei auch kurz auf die Option «Kurzarbeit für gefährdete Arbeitnehmende».

5.1. Kündigungsschutz für besonders gefährdete Arbeitnehmende

[30] Das schweizerische Arbeitsrecht steht zumindest für das privatrechtliche Arbeitsverhältnis gemäss Lehre und Praxis fest auf dem Boden der Kündigungsfreiheit. Bei näherer Betrachtung handelt es sich indes um eine sehr eingeschränkte Freiheit, denn der Kündigungsfreiheit stehen zahlreiche gesetzliche und durch das Bundesgericht rechtsfortbildend gestaltete Schranken gegenüber.³⁸ Im vorliegenden Zusammenhang interessieren die Schranken des *zeitlichen und sachlichen* Kündigungsschutzes.

[31] Der *zeitliche Kündigungsschutz* ist in Art. 336c OR geregelt. Nach Art. 336c Abs. 1 Bst. b OR darf das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt werden, wenn ein Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit (oder Unfall) ganz oder teilweise «an der Arbeitsleistung» gehindert ist. Die Dauer dieser Sperrfrist ist abhängig von der Anzahl Dienstjahre (30 Tage im ersten Dienstjahr, 90 Tage zwischen zweitem und fünftem Dienstjahr und 180 Tage ab dem sechsten Dienstjahr). Besonders gefährdete Arbeitnehmende sind wegen ihres Gesundheitszustandes (Vorerkrankungen im Sinne von Art. 10b Abs. 2 in Verbindung mit Anhang 6 COVID-19-Verordnung 2 und wegen der Gefahr der Ansteckung mit dem Coronavirus) daran gehindert, ihre vertragliche Arbeitsleistung auf die übliche Art zu erbringen. Es zeigt sich hier ein Unterschied zu den nicht besonders gefährdeten Arbeitnehmenden; diese können ihre Arbeitsleistung erbringen, ohne dass die Arbeitgeberin zu besonderen Massnahmen verpflichtet ist (es genügen die Massnahmen, die für Industrie und Bau in Art. 7d COVID-19-Verordnung aufgeführt sind). Ein Sperrfristenschutz nach Art. 336c Abs. 1 lit. b OR für besonders gefährdete Arbeitnehmende ist nach der hier vertretenen Meinung aus zwei Gründen zu rechtfertigen.

[32] *Erstens*, Ratio legis der Sperrfristenregelung ist gemäss dem historischen Willen des Gesetzgebers, Arbeitnehmende vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes in Zeiten zu schützen, in denen sie in der Regel keine Chance bei der Stellensuche haben, weil sie von einem Arbeitgeber in Kenntnis der Arbeitsverhinderung nach der Kündigungsfrist wohl nicht angestellt würden.³⁹ Es liegt auf

³⁷ Zur Frage des Anwendungsbereichs von Art. 63 EpG siehe GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter vom 23. März 2020, N 18.

³⁸ Vgl. KURT PÄRLI, Kündigungsschutz – Ein Menschenrecht?, in: AJP 2018, S. 1533 ff.

³⁹ Botschaft vom 9. Mai 1984 zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht, BBl 1984 II 551 ff, S. 605: «[...] Der Kündigungsschutz besteht nicht, weil der Arbeitnehmer infolge der Arbeitsverhinderung keine Stelle

der Hand, dass besonders gefährdete Arbeitnehmende während der Dauer der Coronakrise auf dem Arbeitsmarkt wegen ihrer besonderen Gefährdung bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz erhebliche Schwierigkeiten haben werden. Nicht zielführend wäre übrigens auch, hier das neuerdings verbreitete Konzept der «arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit» heranziehen zu wollen, um den Sperrfristenschutz nicht zu gewähren.⁴⁰ Die besondere Gefährdung stellt sich gerade nicht in einem bestimmten Arbeitsverhältnis, vielmehr wäre jeder potenzielle neue Arbeitgeber mit der Herausforderung konfrontiert, die hohen Anforderungen an den Einsatz besonders gefährdeter Arbeitnehmer zu erfüllen.

[33] *Zweitens*, die Verordnungen des Bundesrates über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus wirken sich auch auf die Auslegung bestehenden Rechts aus. Rechtfertigungsgrund des bundesrätlichen Notrechtsregimes ist der Schutz der Bevölkerung. Es ist im Interesse der grösstmöglichen Wirksamkeit von Art. 10b und 10c der COVID-19-Verordnung 2, dass Arbeitnehmende gegenüber dem Arbeitgeber ihre besondere Gefährdung offenbaren. Das werden sie vor allem dann tun, wenn sie mit dieser Information nicht ihren Arbeitsplatz gefährden. Die Angst vor einem Arbeitsplatzverlust ist gerade in der sich bereits abzeichnenden grossen Wirtschaftskrise naheliegenderweise gross. Ein Sperrfristenschutz unter Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ist also ein Beitrag zur Verwirklichung der Ziele der COVID-19-Verordnung 2. Es wäre indes im Interesse der Rechtssicherheit, wenn der Bundesrat dies auch so in der Verordnung selbst verankert hätte bzw. noch verankern würde.

[34] Der *sachliche Kündigungsschutz* umfasst die Regelungen in Art. 336, 336a und 336b OR zur missbräuchlichen Kündigung. Eine Kündigung besonders gefährdeter Arbeitnehmer, nachdem diese ihre besondere Gefährdung durch eine Erklärung geltend gemacht haben, könnte – sofern die Kündigung nicht nichtig im Sinne der Sperrfristenregelung ist – zwar gültig aber missbräuchlich sein. In Frage käme der Missbrauchsgrund in Art. 336 Abs. 1 lit. a OR (Persönliche Eigenschaft⁴¹) und derjenige in Art. 336 Abs. 1 lit. d OR (Rachekündigung⁴²). Das Bundesgericht hat überdies die nicht oder nicht ausreichend wahrgenommene Fürsorgepflicht (in casu gegenüber älteren Arbeitnehmenden) als weiteren Missbrauchsgrund anerkannt.⁴³ Die Rechtsfolge einer missbräuchlichen Kündigung ist eine Sanktion in der Höhe von maximal sechs Monatslöhnen (Art. 336a OR). Diese Sanktion hat pönalen Charakter.

[35] Wenn ein besonders gefährdeter Arbeitnehmer seine besondere Gefährdung sowie die damit einhergehenden Schutzansprüche geltend macht und als Reaktion darauf die Kündigung erhält, stellt dies eine missbräuchliche Kündigung dar. Bei der Sanktionshöhe müssten die Gerichte insbesondere das Abschreckungselement stark berücksichtigen, denn mit einer solchen Kündigung werden die Schutzziele der COVID-19-Verordnung 2 unterlaufen, da mehr Arbeitnehmende aus Furcht vor einer Kündigung ihre besondere Gefährdung verschweigen könnten.

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. [...]».

⁴⁰ Zur Thematik siehe WERNER GLOOR, *L'incapacité de travail limitée à la place de travail: La relativisation de la protection contre le congé donné en temps inopportun* (art. 336b al. 1 let. b CO): analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_391/2016, in: *Newsletter DroitDuTravail.ch* février 2017 und THOMAS GEISER, *Was ist Arbeitsunfähigkeit?*, in: *ZBJV* 155/2019, S. 795 ff.

⁴¹ Auch Krankheit bzw. der Gesundheitszustand bilden Bestandteil der Persönlichkeit des Arbeitnehmers.

⁴² Kündigung, die darauf zurückzuführen ist, dass die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht.

⁴³ So exemplarisch BGE 132 III 115, E. 5.3.

5.2. Verhältnis zur Verordnung zum Erwerbsausfall

[36] Der Bundesrat hat zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen des «Lock-Downs» umfangreiche Massnahmen ergriffen. So wurden Erleichterungen beim Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigungen und eine besondere Erwerbsausfallentschädigung geschaffen, die sich an das bestehende System der EO-Entschädigungen anlehnt.⁴⁴

[37] In der COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall sind Eltern und weitere Personen als Anspruchsberechtigte für Taggelder aufgeführt (Art. 2 Abs. 1). Vorliegend interessieren die weiteren Personen: Wer sind nun die *weiteren Personen*, die einen Anspruch auf Entschädigung geltend machen können? Es sind Personen (*Arbeitnehmer oder Selbstständigerwerbende*), die infolge einer *Quarantäne* im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen. Die Verordnung definiert nicht weiter, was unter «Quarantäne» zu verstehen ist. Es ist jedoch davon auszugehen, dass darunter Selbst-Isolation und Selbst-Quarantäne gemäss den Ausführungen des BAG zu verstehen sind.⁴⁵

[38] Der Anspruch auf Taggelder wegen Quarantäne-Massnahmen ist auf maximal zehn Taggelder beschränkt (Art. 3 Abs. 4 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall). Zudem ist der Anspruch subsidiär zu anderen Versicherungsleistungen und auch zu Leistungen des Arbeitgebers (Art. 1 Abs. 4 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall). Angesichts dieser klaren Regelung erübrigt sich jede Diskussion darüber, ob aufgrund der *heute geltenden Verordnung* allenfalls auch besonders gefährdete Arbeitnehmende entschädigt werden können, die aufgrund der Vorschriften in Art. 10c der COVID-19-Verordnung 2 weder zu Hause noch im Betrieb beschäftigt werden können. Rein konzeptionell würde sich das EO-System anbieten, um den Arbeitgebern die finanziellen Lasten zumindest teilweise abzunehmen, die ihnen aufgrund Verpflichtungen gegenüber den besonders gefährdeten Arbeitnehmenden erwachsen.

[39] Flankierend zum Kündigungsschutz nach Art. 336c OR könnte (und sollte) die COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall Arbeitnehmenden Anspruch auf Taggelder für die Zeitspanne gewähren, in der wegen der besonderen Gefährdung und den Auflagen weder im Betrieb noch zu Hause gearbeitet werden kann. Dieser Anspruch wäre immer noch subsidiär zum Anspruch gegenüber dem Arbeitgeber, die Ausgleichskassen könnten aber zur Vorleistung verpflichtet werden (und die Arbeitnehmenden wären dann folgerichtig zur Abtretung ihrer Ansprüche gegenüber der Arbeitgeberin an die Ausgleichskasse zu verpflichten). Es ist dem Schreibenden mehr als nur klar, dass eine solche Ergänzung der COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall für die involvierten Ausgleichskassen mit einem riesigen administrativen Aufwand verbunden wäre. Ob ein solcher zu bewältigen wäre, kann nicht beurteilt werden. Angesichts der enormen Bedeutung der Einhaltung des hohen Schutzstandards für besonders gefährdete Arbeitnehmende im Hinblick auf eine wirksame Bekämpfung der Pandemie, sollten organisatorische Probleme einer sinnvollen Lösung nicht nachhaltig im Wege stehen. Ein Beispiel für ein pragmatisches Vorgehen stellt die Möglichkeit dar, für besonders gefährdete Arbeitnehmende, die gemäss der Regelung in Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 von der Arbeitsleistung freizustellen sind, Kurzarbeit geltend zu ma-

⁴⁴ Vgl. KURT PÄRLI, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall, in: SZS Online first 2020, S. 1 ff. und UELI KIESER, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in: AJP 2020, S. 552 ff.

⁴⁵ BAG, Neues Coronavirus: Selbst-Isolation und Selbst-Quarantäne, Bern 2020, <https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/krankheiten/ausbrueche-epidemien-pandemien/aktuelle-ausbrueche-epidemien/novel-cov/selbst-isolierung-und-selbst-quarantaene.html>.

chen. Dies sei gemäss Angaben des SECO möglich. Der Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung müsse eine genaue Begründung enthalten, welche die objektive Unmöglichkeit betrifft, die erforderlichen Präventivmassnahmen zu ergreifen.⁴⁶ Es ist begrüssenswert, dass die gesetzlichen Bestimmungen zur Kurzarbeit (auf die an dieser Stelle nicht vertieft eingegangen wird) grosszügig ausgelegt werden, um betroffenen Betrieben die Lohnzahlung für besonders gefährdete Arbeitnehmende zu erleichtern. Die Kurzarbeitslösung setzt jedoch zum einen das Einverständnis der Arbeitnehmenden voraus und ist zum anderen mit einer Reduktion des Einkommens verbunden (80% des versicherten Verdienstes statt volle Lohnzahlung).

IV. Würdigung der Neuerungen

[40] Der Bundesrat stand vor einer schwierigen Aufgabe. Wie können besonders gefährdete Arbeitnehmende davor geschützt werden, auf dem Weg zur Arbeit und im Rahmen der Arbeit im Betrieb mit dem Coronavirus angesteckt zu werden? Das ist zum einen wichtig, um die *Gesundheit dieser Arbeitnehmenden* zu schützen. Anders als bei nicht besonders gefährdeten Personen sind die Auswirkungen einer Infizierung mit dem Coronavirus äusserst gravierend. Zum anderen hat der Schutz besonders gefährdeter Personen auch eine *gesamtgesellschaftliche Dimension* (Schutz vor Überlastung von Spitälern und Kliniken). Wie kann aber dieser notwendige Schutz so ausgestaltet werden, dass die Massnahmen für den einzelnen Arbeitnehmenden und die gesamte Wirtschaft tragbar sind? Und wie können *Wertungswidersprüche* vermieden werden, wenn besonders gefährdete Personen sich auch ohne konkreten Infektionsverdacht quasi in Selbstisolation begeben sollten und gleichzeitig dazu verpflichtet werden können, einen womöglich langen Arbeitsweg und die Begegnung mit allenfalls zahlreichen Personen am Arbeitsplatz in Kauf zu nehmen?

[41] Die am 16. April verabschiedete neue Version von Art. 10b und 10c der COVID-19-Verordnung stellt einen insgesamt gelungenen Versuch dar, die divergierenden Interessen unter einen Hut zu bringen. Die kaskadenartige Regelung verschafft den Betrieben und ihren Arbeitnehmenden einen *Handlungsrahmen*, innerhalb dessen verschiedene, den *konkreten betrieblichen Verhältnissen angepasste Lösungen* möglich sind.

[42] Schutzkonzepte für bestimmte Arbeitnehmer(gruppen) sind dem Arbeits- und Sozialversicherungsrecht vertraut. Hinzuweisen ist etwa auf den *Sonderschutz für schwangere Arbeitnehmerinnen und Mütter*. Auch hier tragen einzelne Arbeitgebende die finanziellen Folgen der Risiken, die am Arbeitsplatz für Schwangere und Mütter bestehen (siehe die Regelung in Art. 35 und 35b ArG). In Art. 62 und 63 ArGV 1 wird Art. 35 Abs. 2 ArG konkretisiert. Es werden die beschwerlichen und gefährlichen Arbeiten verzeichnet und es wird vom Arbeitgeber verlangt, dass er diese Risiken unter Beizug einer fachlich kompetenten Person mittels einer Risikobeurteilung in seinem Betrieb erfasst und gestützt darauf die notwendigen Massnahmen trifft. Zu nennen sind auch die besonderen Vorschriften für jugendliche Arbeitnehmende (Jugendarbeitsschutzverordnung, ArGV 5).

⁴⁶ SECO, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz- Coronavirus, https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/neues_coronavirus/gesundheitsschutz_arbeitsplatzcoronavirus.html (siehe ganz am Schluss: Konsequenzen in Bezug auf die Kurzarbeit).

[43] Die Praxis zu Art. 328 OR (Pflicht zum Schutz der Persönlichkeit und der Gesundheit) anerkennt ebenfalls, dass Arbeitgebende gegenüber *bestimmten Arbeitnehmenden eine besondere* (und erhöhte) *Schutzverpflichtung* haben. Sehr anschaulich zeigt sich dies in BGE 132 III 257, E. 6.1 (es ging um die Frage, wieweit die Arbeitgeberin ihrer Pflicht zum Schutz eines Rauchallergikers nachgekommen war): «Diese Rechtslage hat die Vorinstanz verkannt, indem sie annahm, die Beklagte sei mit den angeordneten Rauchverboten ihrer Fürsorgepflicht hinlänglich nachgekommen, obwohl feststeht, dass der Kläger als Allergiker wegen der verbleibenden Rauchimmissionen gesundheitlich derart beeinträchtigt war, dass er verschiedentlich der Arbeit fernbleiben musste. Das kann nur bedeuten, dass die getroffenen Massnahmen zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers objektiv nicht genügten. Unter diesen Umständen ist eine Verletzung der Fürsorgepflicht nicht schon deswegen ausgeschlossen, weil die Beklagte bereits vergleichsweise ausgedehnte Massnahmen zum Schutz des Klägers ergriffen hat. Ausschlaggebend ist vielmehr, ob mit zusätzlichen der Beklagten zumutbaren Massnahmen eine Beeinträchtigung der Gesundheit und damit der Arbeitsfähigkeit des Klägers hätte vermieden werden können.»

[44] Auch das Unfallversicherungsgesetz (UVG) kennt die Figur des «besonders gefährdeten Arbeitnehmers». Nach Art. 84 Abs. 1 UVG können die Durchführungsorgane nach Anhören des Arbeitgebers und der unmittelbar betroffenen Versicherten bestimmte Massnahmen zur Verhütung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten anordnen. Art. 84 Abs. 2 UVG sieht vor, dass die Durchführungsorgane Versicherte, die hinsichtlich Berufsunfällen oder Berufskrankheiten durch bestimmte Arbeiten *besonders gefährdet* sind, von diesen Arbeiten ausschliessen. Die Versicherten haben Anspruch auf ein UVG-Übergangstaggeld⁴⁷ bzw. eine Übergangentschädigung⁴⁸. Es ist hier nicht der Ort, vertieft der Frage nachzugehen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Coronavirus-Ansteckung eine nach UVG versicherte Berufskrankheit sein könnte. Zumindest für das Gesundheitspersonal wird die Frage wohl zu bejahen sein.⁴⁹ Ausserhalb des Gesundheitsbereichs wird der Nachweis der COVID-19-Erkrankung wohl regelmässig am Beweismass scheitern.⁵⁰ Die Regelungen im UVG zeigen aber auf, dass der Gesetzgeber Schutzregelungen und Entschädigungen für besonders gefährdete Arbeitnehmende kennt.

[45] Art. 10b und Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 sind ein wichtiger Schritt in die richtige Richtung. Damit das ausgefeilte *Schutzkonzept* zu Gunsten der *besonders gefährdeten Arbeitnehmenden und im Interesse der öffentlichen Gesundheit* effektiv *wirksam* wird, sind die Gerichte aufgerufen, die bestehenden Vorschriften zum zeitlichen und sachlichen Kündigungsschutz im Interesse der COVID-19-Verordnung auszulegen. Noch besser wäre, der Bundesrat hätte einen besonderen Kündigungsschutz explizit in die Verordnung aufgenommen. Weiter ist, angesichts der möglicherweise grossen finanziellen Belastung der Unternehmen, eine Lösung zur Finanzierung der von der Arbeit unter voller Lohnzahlung freigestellten Arbeitnehmer über die EO anzustreben.

KURT PÄRLI, Prof. Dr. iur., Universität Basel.

Der Autor dankt Nic Frei, MLaw, für seine engagierte Mitarbeit.

⁴⁷ Art. 83 Verordnung über die Unfallverhütung (VUV).

⁴⁸ Art. 87 VUV.

⁴⁹ Siehe zu Art. 9 Abs. 1 UVG den Anhang zur UVV (Liste der Berufskrankheiten) Ziff. 2 (Infektionskrankheiten in Spitälern) und auch UVG Ad-Hoc-Empfehlung 01/2003 betreffend SARS oder Ebola.

⁵⁰ Art. 9 Abs. 2 UVG verlangt, dass Berufskrankheiten ausserhalb der Listen stark überwiegend durch die berufliche Tätigkeit entstanden sind.