

Kommentar

Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall

Sozialversicherungsrechtliche Ansprüche auf notrechtlicher Grundlage



Kurt Pärli¹ Professor für Soziales Privatrecht, Universität Basel

Zusammenfassung: Teil des umfangreichen bundesrätlichen Massnahmepakets zur Bekämpfung der Corona-Epidemie und ihrer wirtschaftlichen Folgen bilden je eine Verordnung zur Arbeitslosenversicherung und zur Erwerbsausfallentschädigung. Für besonders betroffene Personen (Eltern wegen der Schulschliessung und Selbstständigerwerbende wegen der Schliessung ihrer Betriebe und den Veranstaltungsverbote) sind Entschädigungen vorgesehen. Die Bestimmungen werden auch im Kontext weiterer Massnahmen und des Arbeitsrechts analysiert.

Résumé: Une ordonnance concernant l'assurance chômage et une seconde relative aux allocations pour perte de gain font partie du train de mesures proposé par le Conseil fédéral pour lutter contre l'épidémie de coronavirus et ses conséquences économiques. Des indemnités sont prévues pour les personnes particulièrement touchées (parents en raison de la fermeture des écoles et indépendants en raison de la fermeture de leurs entreprises et de l'interdiction de manifestations). Les dispositions sont également examinées dans le contexte d'autres mesures et du droit du travail.

Inhaltsübersicht

I. Kontext: (Bisherige) behördliche Reaktionen auf die Corona-Epidemie

II. COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung

1. Ausgangslage
2. Erweiterung des Personenkreises mit Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung
3. Inkraftsetzung und Dauer der Verordnung und Bemerkungen

III. Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall

1. Ausgangslage
2. Überblick
3. Anwendbarkeit des ATSG
4. Anspruchsberechtigte
5. Höhe, Beginn, Dauer und Ende des Anspruchs
6. Verfahrensaspekte
7. Subsidiarität des Anspruchs

IV. Würdigung

Das Dokument "Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall" wurde von Universität Basel, Juristische Fakultät, Basel am 30.03.2020 auf der Website szs.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

I. Kontext: (Bisherige) behördliche Reaktionen auf die Corona- Epidemie

Mit einem gewissen Erschauern blickte die Öffentlichkeit im Januar nach Wuhan in China und nahm von den drastischen Massnahmen Kenntnis, mit denen die chinesischen Behörden gegen die Epidemie vorgehen. Nur kurze Zeit später richtete sich der Blick mit fassungslosem Erstaunen nach Norditalien; nach und nach gelangte die Einsicht ins Bewusstsein, dass die Epidemie auch (und bald) die Schweiz erreichen würde.

Bereits die Corona-Verordnung vom 28. Februar 2020² war für die Schweiz von ausserordentlicher Tragweite. Gestützt auf die entsprechende Grundlage im Epidemienengesetz (EpG³) erliess der Bundesrat ein Verbot von Veranstaltungen mit mehr als 1000 Personen.⁴ Das betraf (und betrifft) insbesondere grosse Sport- und Kulturveranstaltungen. Auf die Sozialversicherungen und das Sozialversicherungsrecht hatte die Corona-1-Verordnung noch keine unmittelbaren Auswirkungen. Immerhin war aber bereits zu diesem Zeitpunkt die Rede davon, dass diese Massnahme (und die schon damals im Raum stehenden Verschärfungen) erhebliche wirtschaftliche Auswirkungen zeigen werden und deshalb insbesondere die Arbeitslosenversicherung und das Instrument der Kurzarbeit gefordert sein würden.

Danach ging (und geht es) in atemberaubendem Tempo weiter. Am 13. März erliess der Bundesrat die COVID-19-Verordnung 2,⁵ die am 16. und 20. März⁶ angepasst wurde. Gegenstand der Verordnung bildet gemäss Art. 1 Abs. 1 die Anordnung von Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen sowie den Kantonen zur Verminderung des Übertragungsrisikos und zur Bekämpfung des Coronavirus. Die *Ziele der Verordnung* bestehen gemäss Abs. 2 darin, die Verbreitung des Coronavirus in der Schweiz zu verhindern oder einzudämmen (lit. a), die Häufigkeit von Übertragungen zu reduzieren und lokale Ausbrüche zu verhindern oder einzudämmen (lit. b), besonders gefährdete Personen zu schützen (lit. c) und die Kapazitäten der Schweiz zur Bewältigung der Epidemie sicherzustellen, insbesondere zur Aufrechterhaltung der Bedingungen für eine ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Pflege und Heilmitteln.

Mit der Ausrufung der *ausserordentlichen Lage* nach [Art. 7 EpG](#) und gestützt auf die verfassungsrechtliche Kompetenz in [Art. 185 Abs 3 BV](#)⁷ hat der Bundesrat am 16. März 2020 die alleinige Kompetenz in der Corona-Krise an sich gezogen. Die Konsequenzen zeigen sich u.a. in Art. 1a der Corona-2-Verordnung: die Kantone haben sich an die Vorgaben des Bundes zu halten und haben in den vom Bund regulierten Bereichen keinen Handlungsspielraum, sie haben nur noch einen Vollzugsauftrag. Die Kantone dürfen jedoch Massnahmen in Bereichen ergreifen, die von der Corona-2-Verordnung nicht erfasst sind.

Die COVID-19-Verordnung 2 sieht auch verschiedene Massnahmen vor, die unmittelbare Wirkungen auf die *Arbeitswelt* haben. Das betrifft zum einen die behördlich verordnete Schliessung zahlreicher Betriebe, Schulen und Universitäten und die Verbote aller Veranstaltungen.⁸ Zum anderen enthält die Verordnung eine Reihe von Bestimmungen zu den Bedingungen, unter denen in den nicht geschlossenen Betrieben noch gearbeitet werden darf.⁹

Weiter trägt die Verordnung der *erhöhten Gefährdung bestimmter Personen* Rechnung. Laut [Art. 10b COVID-19-Verordnung 2](#) sollen besonders gefährdete Personen zu Hause bleiben und Menschenansammlungen meiden. Als besonders gefährdete Personen gelten Personen ab 65 Jahren und Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, oder Krebs.

Die Arbeitgeber haben gegenüber besonders gefährdeten Personen *erhöhte Schutzpflichten*. Gemäss Art.

10c Abs. 1 ermöglichen Arbeitgeber ihren besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus zu erledigen. Sie treffen zu diesem Zweck die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen. Absatz 2 hält fest: «Können Arbeitstätigkeiten aufgrund der Art der Tätigkeit oder mangels realisierbarer Massnahmen nur am üblichen Arbeitsort erbracht werden, so sind die Arbeitgeber verpflichtet, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen.» Eine *Lohnzahlungspflicht* der Arbeitgeberin besteht gemäss Abs. 3 nur dann, wenn gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer weder zu Hause arbeiten können noch mittels geeigneten organisatorischen Massnahmen eine Arbeit vor Ort (ohne Gesundheitsgefährdung) möglich ist.¹⁰ Diese Bestimmung wirft Fragen auf, vor allem auch vor dem Hintergrund, dass Art. 10c Abs. 1 in der Version vom Montag 16. März 2020 klar festhielt, dass dort, wo Arbeit zu Hause für gefährdete Personen nicht möglich ist, eine Beurlaubung bei voller Lohnzahlung zwingend ist. Nur wenige Tage später, am 20. März 2020, wurde die Hürde für die Beurlaubung durch Art 10c Abs. 2 der Verordnung *deutlich erhöht*, ganz offensichtlich auf Druck verschiedener Akteure. In der jetzigen Form bringt Art. 10c der Verordnung für den Gesundheitsschutz besonders gefährdeter Personen wenig. Hier ist Nachbesserung erforderlich.

Bemerkenswert sind weiter Bestimmungen in der COVID-19-Verordnung 2, die unmittelbar die *Arbeitsbedingungen des Spitalpersonals* betreffen. In Art. 10a Abs. 5¹¹ wird festgehalten, dass die Vorschriften über die *Arbeits- und Ruhezeiten* nach Arbeitsgesetz (ArG¹²) in denjenigen Spitälern, die infolge der COVID-19-Erkrankung eine massive Zunahme erfahren haben, *sistiert* werden. Das betrifft auch die ArG-Bestimmungen zur Überzeitschädigung und Kompensation.¹³ Die Arbeitgeber bleiben aber für die Erhaltung der Gesundheit verantwortlich, d.h., [Art. 6 ArG](#) und die Verordnung 3¹⁴ zum ArG sind weiterhin anwendbar. Auch wenn die Ausserkraftsetzung der Bestimmungen über die Arbeits- und Ruhezeit für das betroffene Spitalpersonal sinnvoll ist (Spitäler brauchen das Personal zu Bewältigung der Krise), stellen sich einige Fragen, etwa zum Verhältnis von [Art. 10a Abs. 5 COVID-19-Verordnung 2](#) zu anwendbaren Gesamtarbeitsverträgen (GAV), die regelmässig auch Bestimmungen zur Arbeitszeit und zur Mehrarbeitsentschädigung enthalten. Vorübergehend aufgehoben sind nur die Bestimmungen zur Arbeitszeit und Ruhezeit des ArG, GAV und auch die Bestimmungen des OR zu den Überstunden (nicht Überzeit) sind davon nicht berührt. Das bedeutet: Der *Anspruch auf einen Zuschlag von 25 Prozent für Überstunden* nach [Art. 321c OR](#) und in GAV verankerte Mehrarbeitsentschädigungen gelten weiterhin.

Die vorübergehende Schliessung zahlreicher Geschäfte sowie das Verbot von Veranstaltungen trifft die Wirtschaft schwer. Der Bundesrat hat diese Verbotsmassnahmen von Beginn weg mit der Botschaft verknüpft, dass «der Wirtschaft und den Arbeitnehmenden geholfen werde». Am 20. März 2020 liess er den Worten Taten folgen und erliess u.a. Verordnungen zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen in den Bereichen Sport¹⁵ und Kultur¹⁶. In *sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht* wurden am 20. März 2020 *drei Verordnungen* beschlossen: die Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (*COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, ALV*)¹⁷, die Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus (*COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall*)¹⁸ und eine Verordnung über Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus zur Kurzarbeitsentschädigung und zur Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge¹⁹.

Am 25. März 2020 beschloss der Bundesrat zudem u.a. Erleichterungen hinsichtlich der Stellenmeldepflicht (*COVID-19-Verordnung Stellenmeldepflicht*)²⁰) und nahm auch Änderungen in der COVID-19-Verordnung ALV²¹ vor.

Die wesentlichen Änderungen hinsichtlich der Arbeitslosenversicherung betreffen den Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung für arbeitgeberähnliche Personen (Art. 2 COVID-19-ALV) und die Schaffung eines Anspruchs auf Leistungen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit Corona-Massnahmen für Personen, die wegen Ausfalls der Fremdbetreuung ihrer Kinder oder infolge Quarantäne die

Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen. Dieser Anspruch steht auch Selbstständigerwerbenden zu ([Art. 2 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)). Die beiden Verordnungen werden nachfolgend vorgestellt und auch im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf das Arbeitsrecht analysiert.

II. COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung

1. Ausgangslage

Die Arbeitslosenversicherung (ALV) ist grundsätzlich eine obligatorische Versicherung für Arbeitnehmer/innen. Die Versicherteneigenschaft erfüllen Arbeitnehmer/innen, die nach AHVG²² obligatorisch versichert und beitragspflichtig für Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit sind.²³ Selbstständigerwerbende sind nicht gegen Arbeitslosigkeit versichert, obwohl [Art. 114 Abs. 2 lit. c BV](#) die Schaffung einer freiwilligen Versicherung vorsieht. Eine solche wurde bis heute nicht eingerichtet,²⁴ was regelmässig damit begründet wird, dass Erwerbslosigkeit einer selbstständigen Person als nicht versicherbares Unternehmerrisiko betrachtet wird.²⁵

Die ALV gewährt gestützt auf das Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG²⁶) Leistungen bei Arbeitslosigkeit (Arbeitslosenentschädigung, ALE),²⁷ Kurzarbeit (Kurzarbeitsentschädigung, KAE),²⁸ schlechtem Wetter²⁹ und bei Insolvenz der Arbeitgeberin³⁰. Arbeitsmarktliche Massnahmen ergänzen den Anspruch auf ALE bzw. die aktive Beteiligung an solchen Massnahmen ist zum Teil Voraussetzung für den ALE-Bezug.

Die Kurzarbeitsentschädigung nach [Art. 31 AVIG](#) bildet eine sozialversicherungsrechtliche – zumindest teilweise – Absicherung des vom Arbeitgeber zu tragenden arbeitsvertragsrechtlichen Unternehmerrisikos nach [Art. 324 OR](#). Die Regelung in [Art. 31 AVIG](#) dient ferner der Prävention der (Ganz-)Arbeitslosigkeit.³¹ Voraussetzung einer Kurzarbeitsentschädigung ist nach [Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG](#), dass ein Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen ist. Kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entsteht bei normalen Betriebsrisiken.³² Die Rechtsprechung legt den Begriff «wirtschaftliche Gründe» weit aus.³³ Relevant sind weiter [Art. 32 Abs. 3 AVIG](#) in Verbindung mit [Art. 51 Abs. 1 AVIV](#). Demnach sind auch Arbeitsausfälle anrechenbar, die auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Genannt werden in [Art. 51 Abs. 2 AVIV](#) etwa Ein- oder Ausfuhrverbote für Rohstoffe oder Waren (lit. a) oder Transportbeschränkungen oder Sperrung von Zufahrtswegen (lit. c).

Es bedarf keiner weiteren Erläuterungen, dass die wirtschaftlichen Folgen der gegenwärtigen Corona-Krise nicht zu den normalen Betriebsrisiken im Sinne von [Art. 32 AVIG](#) zählen und die wirtschaftlichen Einbussen vielfach unmittelbar auf die behördlichen Massnahmen zurückzuführen sind.

Bezüglich der ALE stellt sich seit längerem das Problem, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung zwar der Beitragspflicht in der ALV unterliegen, jedoch bei Arbeitslosigkeit keinen Anspruch auf Leistungen haben. Für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung findet sich dafür eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage in [Art. 31 Abs. 3 lit. a–c AVIG](#) für die folgenden drei Personenkategorien: Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (lit. a), den mitarbeitenden Ehegatten des Arbeitgebers (lit. b) und Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten (lit. c). Die Praxis hat den Begriff der «arbeitgeberähnlichen Stellung» entwickelt und konkretisiert. Es handelt sich hier um Personen, «die nach AHVG als unselbstständig Erwerbende Lohn erzielen (z.B. in AG, GmbH oder Genossenschaft) und einen

massgebenden Einfluss auf die Entscheidungsfindung des Betriebes haben.»³⁴ Arbeitgeberähnliche Personen haben nicht nur keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, auch der Anspruch auf Arbeitslosentaggelder entfällt nach der geltenden Praxis.³⁵

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben nach bisheriger Rechtslage auch befristet angestellte Personen, Auszubildende in Lehrverhältnissen und Temporärbeschäftigte.³⁶ Begründet wird dies damit, dass diese Personen aufgrund der festen Vertragsdauer vor Entlassung geschützt sind und deshalb der angeordneten Kurzarbeit nicht zustimmen müssen.³⁷

2. Erweiterung des Personenkreises mit Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung

Es ist damit zu rechnen, dass die gegenwärtige (und noch folgende) Krise zu erheblicher Arbeitslosigkeit führen wird. Da – so ist zumindest zu hoffen – viele der behördlichen Einschränkungen nur vorübergehender Natur sind, ist es wichtig, dass möglichst viele Arbeitsplätze erhalten bleiben. Das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung ist in diesem Zusammenhang besonders wichtig. Der politische Druck auf den Bundesrat war gross, die nach bisheriger Rechtslage geltenden Beschränkungen für bestimmte Personenkategorien aufzuheben. In sehr rascher Zeit (man stelle sich vor, wie lange eine solche Änderung in normalen Zeiten dauern würde...) hat der Bundesrat gehandelt und in der COVID-19-Verordnung zur Arbeitslosenversicherung den Personenkreis mit Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erweitert.

Neu können auch mitarbeitende Ehegatten oder eingetragene Partner oder Partnerinnen des Arbeitgebers Kurzarbeitsentschädigung beanspruchen (Art. 1 COVID-19-ALV). Dasselbe gilt für Gesellschafter und ihre mitarbeitenden Ehegatten oder eingetragenen Partner oder Partnerinnen (Art. 2 COVID-19-ALV) sowie für Arbeitnehmende für bestimmte Dauer, Lehrlinge und Temporärarbeitende (Art. 4 COVID-19-ALV). Auch hat der Bundesrat die im bisherigen Recht gemäss Art. 32 Abs. 2 in Verbindung mit [Art. 37 lit. b AVIG](#) vorgesehene Karenzzeit für den Bezug auf Kurzarbeitsentschädigung gestrichen (Art. 3 COVID-19-ALV). Es sind weitere organisatorische Zugangserleichterungen vorgesehen. So können Arbeitgeber die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung verlangen, ohne diese vorschliessen zu müssen (Art. 6 COVID-19-ALV). Zudem ist in Abweichung von [Art. 38 Abs. 3 lit. b und c AVIG](#) nicht erforderlich, dass die Arbeitgeberin der zuständigen Arbeitslosenversicherungskasse die Abrechnung über die an die Arbeitnehmer ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung und die Bestätigung über die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge einreicht (Art. 7 COVID-19-ALV).

Die Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten auf Kurzarbeitsentschädigung machte auch erforderlich, dass ein Bezugspunkt für die auszurichtende Entschädigung definiert wird. [Art. 34 Abs. 1 AVIG](#) sieht vor, dass die Entschädigung 80 Prozent des anrechenbaren Verdienstaufschlags betrifft. Nach [Art. 34 Abs. 2 AVIG](#) ist bis zum Höchstbetrag für die Beitragsbemessung (siehe [Art. 3 AVIG](#)) der vertraglich vereinbarte Lohn in der letzten Zahltagsperiode vor der Kurzarbeit massgebend. In Art. 5 COVID-19-ALV wird für die neu anspruchsberechtigten mitarbeitenden Eheleute sowie eingetragenen Partner oder Partnerinnen des Arbeitgebers (Art. 1 COVID-19-ALV) und die arbeitgeberähnlichen Personen sowie ihre mitarbeitenden Eheleute und eingetragenen Partnerinnen und Partner (Art. 2 COVID-19-ALV) eine Pauschale von CHF 3320 als massgebender Lohn für die Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung herangezogen. Bei den befristet angestellten Personen, Lehrlingen und temporär Beschäftigten erfolgt die Berechnung auf der Grundlage von [Art. 34 Abs. 1 bis 3 AVIG](#) in Verbindung mit [Art. 57 AVIV](#).

Die Änderungen der COVID-19 Verordnung ALV vom 25. März 2020 führen zu einem zusätzlichen Anspruch auf 120 Taggelder, ohne dass dadurch der Höchstanspruch belastet wird. Auch wird die Rahmenfrist für

den Leistungsbezug bei Bedarf um zwei Jahre verlängert (Art. 8a COVID-19 Verordnung ALV). Weiter muss nach de neu eingefügten Art. 8b der Verordnung der Arbeitgeber hinsichtlich der Kurzarbeitsentschädigung keine Voranmeldefrist abwarten und die Anmeldung ist auch telefonisch möglich (mit anschliessender schriftlichen Bestätigung). Weitere Anmelde- und Meldepräzisierungen sind in den Art. 8c bis 8e der Verordnung festgehalten.

3. Inkraftsetzung und Dauer der Verordnung und Bemerkungen

Gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 COVID-19-ALV tritt die besagte Verordnung rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft und gilt für die Dauer von sechs Monaten ab Inkrafttreten. Es ist damit zu rechnen, dass die Geltungsdauer der Verordnung verlängert wird, denn es ist nicht anzunehmen, dass die wirtschaftlichen Folgen der Corona-Krise in einem halben Jahr bereits ausgestanden sind. Fraglich ist indes, ob und wann nicht mehr der Bundesrat alleine, sondern, sobald keine ausserordentliche Lage nach [Art. 7 EpG](#) bzw. [Art. 185 Abs. 3 BV](#) besteht, das Parlament eine rechtliche Grundlage für die Erweiterung der Anspruchsberechtigung auf Kurzarbeitsentschädigung schaffen muss.

Wie dargestellt wurde, betrifft die fehlende Anspruchsberechtigung der arbeitgeberähnlichen Personen nicht nur die Kurzarbeitsentschädigung, sondern auch die weiteren Entschädigungen der ALV, insbesondere das Arbeitslosenversicherungstaggeld. Die COVID-19-ALV-Verordnung schafft indes nur einen Anspruchsgrund auf Kurzarbeitsentschädigung für diese Personen, nicht auch einen solchen auf Arbeitslosenversicherungstagelder.

III. Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall

1. Ausgangslage

Die behördlichen Massnahmen der COVID-19-Verordnung 2 sind einschneidend, insbesondere auch hinsichtlich der Schulschliessung. Hier stellt sich für Erwerbstätige das Problem, dass vor allem kleinere Kinder nicht einfach sich selbst überlassen werden dürfen. Eltern haben nicht nur eine ethisch-soziale Pflicht zur Kinderbetreuung, diese Pflicht ist darüber hinaus auch in [Art. 276 ZGB](#) festgehalten. Für Arbeitnehmende sehen Arbeitsgesetz und [Art 324a OR](#)³⁸ eine beschränkte Lohnfortzahlungspflicht für die Betreuung kranker Kinder vor. Es wird in der Lehre vertreten, dass dies auch dann gilt, wenn die Schulen und/oder Kinderkrippen geschlossen sind. Voraussetzung ist indes, dass die betroffenen Arbeitnehmenden überhaupt noch einen «Lohnfortzahlungskredit» nach [Art. 324a OR](#) haben.³⁹ Noch prekärer gestaltet sich die Situation für Selbstständigerwerbende, denn das Risiko, wegen Schliessung der Schulen selber zu den Kindern zu schauen, ist nicht versichert und wohl auch nicht versicherbar.

Aufgrund der Anordnungen in der COVID-19-Verordnung 2 müssen zahlreiche Betriebe vorübergehend schliessen und unzählige Veranstaltungen können nicht stattfinden. Es stellt sich hier die Frage, ob ein Betrieb in dieser Situation den Lohn trotz fehlender Beschäftigungsmöglichkeiten weiterhin ausrichten muss. Grundlage dafür ist [Art. 324 Abs. 1 OR](#). Die Bestimmung lautet: «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.» Abs. 2 hält weiter fest, dass der Arbeitnehmer sich auf den Lohn anrechnen lassen muss, was er wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat.

[Art. 324 Abs. 1 OR](#) beinhaltet zwei Tatbestände, die im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung sind. Die Variante «Nichterbringen der Arbeitsleistung wegen Verschulden des Arbeitgebers» kommt dann zum

Das Dokument "Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall" wurde von Universität Basel, Juristische Fakultät, Basel am 30.03.2020 auf der Website szs.recht.ch erstellt. | © Staempfli Verlag AG, Bern - 2020

Tragen, wenn der Arbeitgeber seinen Pflichten zum Schutz der Gesundheit (verschuldet) nicht nachkommt bzw. die vom Bundesamt für Gesundheit vorgeschriebenen Hygiene- und Abstandsvorschriften nicht einhält. In dieser Situation ist dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung nicht zuzumuten und er hat Anspruch auf den Lohn – und zwar so lange wie die Unzumutbarkeit andauert.⁴⁰ Die zweite Tatbestandsvariante betrifft den Fall, dass die Arbeitgeberin (auch ohne Verschulden) aus andern Gründen die Arbeitsleistung nicht annehmen kann. Zur Frage, wann eine solche Konstellation vorliegt, sind die arbeitsrechtliche Lehre und Praxis uneinheitlich. Die entscheidende Frage ist, ob eine Epidemie bzw. die Folgen davon zum Arbeitgeberisiko gehören oder nicht. Die Folgen einer Pandemie gehören nach der hier vertretenen Meinung zum Betriebsrisiko. Das zeigt sich allein schon darin, dass die Betriebe gestützt auf das Epidemiegesezt verpflichtet sind, sich auf Epidemien vorzubereiten.⁴¹ Konsequenterweise schuldet die Arbeitgeberin in dieser Situation den Lohn gestützt auf [Art. 324 OR](#). An höchstgerichtlicher Rechtsprechung fehlt es aber zu dieser Frage, so dass von einer Rechtsunsicherheit auszugehen ist. Das hat auch Auswirkungen auf die Subsidiarität der sogleich weiter vorzustellenden COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall (Art. 2 Abs. 4).

Selbstständigerwerbende haben das Risiko der wirtschaftlichen Folgen einer Epidemie nach bisheriger Rechtslage vollständig selber zu tragen. Weder gibt es einen Arbeitgeber, demgegenüber ein Lohnanspruch geltend gemacht werden kann, noch besteht Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung.

2. Überblick

Die COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall umfasst zwei Abschnitte und elf Artikel. Mit dieser Verordnung wird eine *neue Sozialversicherungsleistung* geschaffen, und zwar ein *Anspruch auf Leistungen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit Corona-Massnahmen für Personen, die wegen Ausfalls der Fremdbetreuung ihrer Kinder, infolge Quarantäne oder aus anderen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Epidemie stehenden Gründen die Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen*. Dieser Anspruch steht auch Selbstständigerwerbenden zu. Die Verordnung trat rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft und gilt für die Dauer von sechs Monaten ab Inkrafttreten ([Art. 11 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)).

3. Anwendbarkeit des ATSG

Wie in allen anderen Sozialversicherungserlassen hält auch die COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall in Art. 1 das Verhältnis zum ATSG⁴² fest. Es wird bestimmt, das ATSG sei auf diese Verordnung anwendbar, soweit nicht ausdrücklich eine Abweichung vorgesehen ist. Damit ist klargestellt, dass für in der Verordnung vorkommende Begriffe wie «Arbeitnehmende» oder «Selbstständigerwerbende» die Definitionen im ATSG Gültigkeit haben. Die Anwendbarkeit des ATSG bedeutet weiter, dass die Bestimmungen über die Kürzung und Verweigerung von Leistungen (Art. 21 Abs. 1–5 ATSG) sowie die Verfahrensbestimmungen (Art. 34–55 ATSG) massgebend sind.⁴³ Das bedeutet auch, dass der Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären ist ([Art. 43 ATSG](#)), die Anspruchssteller Mitwirkungspflichten treffen ([Art. 28 ATSG](#)) und dass rechtsprechungsgemäss der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt.⁴⁴ Weiter sind die Regelungen hinsichtlich der Leistungskoordination ([Art. 63 ff. ATSG](#)) zu beachten.

4. Anspruchsberechtigte

[Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#) verleiht *Eltern mit Kindern bis zum 12. Altersjahr* sowie *weiteren Personen* Anspruch auf eine Erwerbsausfallentschädigung.

Der Anspruch Entschädigung der *Eltern mit Kindern bis zum 12. Altersjahr* setzt voraus:

- Es wurden *behördliche Massnahmen* nach Art. 35 und 40 EpG im Zusammenhang mit der Corona-Epidemie angeordnet und die Erwerbstätigkeit musste infolge des Ausfalls der Fremdbetreuung der Kinder unterbrochen werden (Art. 2 Abs. 1 lit. a),
- bei der *Fremdbetreuung* kann es sich gemäss Art. 2 Abs. 5 um Kindergärten, Kindertagesstätten, Schulen sowie betreuende Einzelpersonen handeln, wenn diese durch die Corona-Epidemie im Sinne der COVID-19-Verordnung 2 besonders gefährdet sind (also Personen über 65 Jahre sowie Personen mit bestimmten Vorerkrankungen, siehe [Art. 10b Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2](#)),
- die Eltern müssen im Zeitpunkt der notwendig gewordenen Unterbrechung der Erwerbstätigkeit entweder *Arbeitnehmende* im Sinne von [Art. 10 ATSG](#) oder *Selbstständigerwerbende* nach [Art. 12 ATSG](#) sein und zudem obligatorisch nach AHVG versichert sein (Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziff. 1–2 und [Art. 2 Abs. 1 lit. c COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)).
- *Kein Anspruch auf Entschädigung besteht während den Schulferien der Kinder (d.h. für noch nicht schulpflichtige Kinder besteht der Anspruch auch während den Schulferien)*,
- beide Elternteile können aufgrund des Ausfalls der Fremdbetreuung anspruchsberechtigt sein, pro Erwerbstag kann indes *nur ein Taggeld* beansprucht werden ([Art. 2 Abs. 6 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)),
- auch *Pflegeeltern* haben einen Anspruch, sofern das Pflegekind unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen ist ([Art. 2 Abs. 7 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)).

Wer sind nun die *weiteren Personen*, die einen Anspruch auf Entschädigung geltend machen können? Es sind zum einen Personen (*Arbeitnehmer oder Selbstständigerwerbende*), die infolge *Quarantänemassnahmen* im Zusammenhang mit der Corona-Epidemie ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen. Zu den Quarantänemassnahmen gehören von den Behörden angeordnete Zwangseinweisungen in bestimmte Institutionen, aber auch die Selbst-Isolation und Selbst-Quarantäne gemäss den Ausführungen des BAG.⁴⁵ Weiter haben nach [Art. 2 Abs. 3 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall Selbstständigerwerbende](#) einen Anspruch auf Erwerbsausfallentschädigung, wenn sie *aufgrund einer Massnahme* nach Art. 6 Abs. 1 und 2 der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 einen Erwerbsausfall erleiden (*Veranstaltungsverbote und Betriebsschliessungen*). Das bedeutet: Ein Geschäftsinhaber, dessen Betrieb geschlossen wurde, kann einen Anspruch geltend machen. *Nicht anspruchsberechtigt* sind jedoch selbstständigerwerbende Personen, deren Betrieb nicht geschlossen wurde und im Zusammenhang mit der Corona-Krise keine Kunden/innen mehr haben.

5. Höhe, Beginn, Dauer und Ende des Anspruchs

Die Entschädigungsform ist an die *Taggelder der Ersatzerwerbsordnung (EO)* angelehnt. Nach [Art. 5 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#) beträgt das Taggeld 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, das vor Beginn des Anspruchs auf die Entschädigung erzielt wurde. Für die Ermittlung des Einkommens wird auf [Art. 11 Abs 1 EOG](#)⁴⁶ verwiesen. Der Höchstbetrag wird auf *196 Franken pro Tag* festgelegt. Auf den Entschädigungen werden Beiträge an die AHV, IV, EO und, bei Arbeitnehmer/innen, an die ALV abgeführt, die je zur Hälfte von den Leistungsberechtigten und vom Bund zu tragen sind ([Art. 9 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)).

Bezüglich des *Beginns des Anspruchs* wird zwischen Personen mit Betreuungsaufgaben (Eltern, Pflegeeltern) und den anderen Anspruchsberechtigten unterschieden. Der Anspruch für Personen mit Betreuungsaufgaben entsteht am vierten Tag nach Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen ([Art. 3 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)). Für die Personen in Quarantäne (Arbeitnehmer und Selbstständigerwerbende) und die Selbstständigerwerbenden, die von COVID-19-Verordnung 2-

Massnahmen betroffen sind, entsteht der Anspruch, wenn sämtliche Voraussetzungen erfüllt sind ([Art. 3 Abs. 2 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)).

Die *Dauer* des Anspruchs ist *beschränkt*. Selbstständigerwerbende mit Erwerbsausfall aufgrund behördlicher Massnahmen haben höchstens Anspruch auf 30 Taggelder⁴⁷ ([Art. 3 Abs. 4 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)) und Personen in Quarantäne haben Anspruch auf maximal zehn Taggelder ([Art. 3 Abs. 5 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)). Der Anspruch endet ohnehin, wenn die behördlichen Massnahmen nach Art. 7, 35 und 40 EpG aufgehoben sind ([Art. 3 Abs. 3 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)).

6. Verfahrensaspekte

Die Anspruchsberechtigten haben die Entschädigungen bei der zuständigen *Ausgleichskasse* anzumelden. Zuständig ist diejenige Kasse, die vor dem Entschädigungsanspruch für den Bezug der AHV-Beiträge zuständig war ([Art. 8 Abs. 3 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#)). Aus nachvollziehbaren Gründen (Dringlichkeit der auszurichtenden Entschädigungen) hält [Art. 8 Abs. 5 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#) fest, dass die Entschädigungen im *formlosen Verfahren* nach [Art. 51 ATSG](#) festgesetzt werden und dass dies in Abweichung von [Art. 49 Abs. 1 ATSG](#) auch für erhebliche Entschädigungen Gültigkeit hat.

Wichtig ist indes der Hinweis, dass die anspruchstellenden Personen nach [Art. 51 Abs. 2 ATSG](#) eine Verfügung verlangen können. Aufgrund von [Art. 27 ATSG](#) (Information und Beratung) ist zudem auch beim formlosen Verfahren ein Hinweis auf die Möglichkeit, eine Verfügung zu verlangen, erforderlich.

7. Subsidiarität des Anspruchs

[Art. 2 Abs. 4 COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall](#) hält fest, dass die Entschädigung subsidiär zu sämtlichen Leistungen von Sozialversicherungen und Versicherungen nach dem Versicherungsvertragsgesetz sowie zur Lohnfortzahlung der Arbeitgeberin ist. Mit dieser Regelung sollten *Koordinationsprobleme* zu anderen Sozialversicherungsleistungen *an sich ausgeschlossen* sein.

Ein Lohnfortzahlungsanspruch gegenüber der Arbeitgeberin kann *streitig* sein, in dieser Situation ist nach der hier vertretenen Meinung bei Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen die Entschädigung auszurichten, wobei sich die Ausgleichskasse den Anspruch gegenüber der Arbeitgeberin *abtreten* lassen kann.

IV. Würdigung

Aussergewöhnliche Zeiten verlangen nach aussergewöhnlichen Massnahmen. Der Bundesrat hat erkannt, dass die Akzeptanz der aus epidemiologischer Sicht notwendigen, einschränkenden Massnahmen (sowohl was die persönliche Freiheit als auch und insbesondere die wirtschaftlichen Aktivitäten betrifft) auch davon abhängt, dass den betroffenen Personen rasch und unbürokratisch Unterstützung zukommt. Das ist vor allem auch wichtig, um die ohnehin kommende wirtschaftliche Krise nicht zu verstärken und die Folgen abzumindern. Die verschiedenen Massnahmen des Bundesrates sind so in einem Gesamtzusammenhang zu sehen.

Einmal mehr zeigt sich die Wichtigkeit des Instruments der Kurzarbeitsentschädigung. Auch ist richtig, dass der Kreis der Anspruchsberechtigten zumindest für die Dauer der Epidemie ausgeweitet wurde. Aufgrund der Erfahrungen kann danach – hoffentlich wieder der reguläre Gesetzgeber – prüfen, ob es sinnvoll ist,

die Ausweitung der Anspruchsberechtigung auch für weniger dramatische Situationen zu verstetigen.

- 1 Der Autor dankt Frau Aleksandra Milosevic für die engagierte Mitarbeit.
- 2 Verordnung vom 28. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (AS 2020 573, SR 818.101.24).
- 3 Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101).
- 4 Art. 2 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 1; M.w.H. Märkli, Die «Corona-Verordnung» des Bundesrats vom 28. Februar 2020, Jusletter 9. März 2020.
- 5 Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2, AS 2020 773, SR 818.101.24).
- 6 Für die Änderungen der COVID-19-Verordnung 2 vom 16. März 2020 siehe AS 2020 783 und für die Änderungen vom 20. März 2020 AS 2020 863.
- 7 «Er (der Bund) kann unmittelbar gestützt auf diesen Artikel Verordnungen und Verfügungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen. Solche Verordnungen sind zu befristen.»
- 8 Art. 5 und 6 der COVID-19-Verordnung 2.
- 9 Art. 6 Abs. 4, Art. 7 d und Art. 10b/c der COVID-19-Verordnung 2.
- 10 In der COVID-19-Verordnung 2 in der Version vom 16. März war noch vorgesehen, dass besonders gefährdete Arbeitnehmende mangels Möglichkeit der Arbeit zu Hause einen Lohnzahlungsanspruch gegenüber der Arbeitgeberin haben, siehe zu dieser sehr raschen Änderung der Verordnung Geiser/Müller/Pärli, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter 23. März 2020, Rz. 3, 15, 45.
- 11 Siehe diesbezüglich AS 2020 867.
- 12 Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG, SR 822.11).
- 13 Siehe Art. 17b Abs. 2 ArG und Art. 31 Abs. 1 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111).
- 14 Verordnung 3 vom 18. August 1993 zum Arbeitsgesetz (Gesundheitsvorsorge, ArGV 3, SR 822.113).
- 15 Verordnung vom 20. März 2020 über Begleitmassnahmen im Sportbereich zur Abfederung der Folgen von Massnahmen des Bundes zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung Sport, SR 415.021).
- 16 Verordnung vom 20. März 2020 über die Abfederung der wirtschaftlichen Auswirkungen des Coronavirus (COVID-19) im Kultursektor (COVID-Verordnung Kultur, SR 442.15).
- 17 AS 2020 877, SR 837.033.
- 18 AS 2020 871, SR 830.31.
- 19 AS 2020 875, SR 831.101.
- 20 AS 2020 071, SR 818.101.24.
- 21 AS 2020 1075, SR 837.033.
- 22 Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alten- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10).
- 23 Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG; siehe auch Scartazzini/Hürzeler, Bundessozialversicherungsrecht, 4. A., Basel 2012, 585.
- 24 Gächter, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 114 BV, N 17.
- 25 Botschaft zu einem revidierten Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 28. Februar 2001, BBl 2001 2245 ff., 2254; siehe auch die Stellungnahme des Bundesrates auf das Postulat Savary (08.4047) «Kleine Selbstständigerwerbende als vergessene Opfer der Krise» vom 19. Dezember 2008 als abgeschrieben.
- 26 Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0).
- 27 Art. 8–30 AVIG.
- 28 Art. 31–41 AVIG.

- 29 Art. 42–50 AVIG.
- 30 Art. 51–58 AVIG.
- 31 Pärli, Möglichkeiten und Schranken der Anpassung von Arbeitsbedingungen als Reaktion auf die Frankenstärke, Jusletter 11. Mai 2015, N 26.
- 32 Vgl. dazu Pärli, Jusletter 11. Mai 2015, N 27–30.
- 33 Siehe dazu [BGE 128 V 305](#), bei dem die Anbieterin von Canyoning-Touren, die wegen des von den Behörden zweier Staaten und von den Angehörigen der am 27. Juli 1999 im Saxetbach (Berner Oberland) tödlich verunglückten Menschen ausgeübten Drucks auf die Durchführung ihrer Dienstleistung verzichtet, einen anrechenbaren Arbeitsausfall, der durch nicht von ihr zu vertretende Umstände verursacht worden ist, erleidet.
- 34 Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), AVIG-Praxis zur Arbeitslosenentschädigung (ALE), Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC), Bern 2020, N B12–B13, "<https://www.arbeit.swiss/secoalv/en/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html>" (besucht am: 22. März 2020); siehe auch Usinger-egger, Selbstständige Erwerbstätigkeit und arbeitgeberähnliche Stellung: ALV-rechtliche Konsequenzen für eine Tortenbäckerin, *SZS* 2019, 287 ff. mit Anwendungsbeispielen.
- 35 Siehe statt vieler [BGE 145 V 200](#).
- 36 Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG.
- 37 Siehe Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), AVIG-Praxis zur Kurzarbeitsentschädigung (KAE), Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung (TC) Bern 2020, N D-28–D-30, "<https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/publikationen/kreisschreiben---avig-praxis.html>" (besucht am: 23. März 2020).
- 38 Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220).
- 39 Geiser/Müller/Pärli, Jusletter 23. März 2020, N 49–52.
- 40 Geiser/Müller/Pärli, Jusletter 23. März 2020, N 18, 44, 47.
- 41 Geiser/Müller/Pärli, Jusletter 23. März 2020, N 39–42.
- 42 Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1).
- 43 Beachte aber die Ausnahme hinsichtlich [Art. 49 Abs. 1 ATSG](#) in Art. 8 Abs. 5 der Verordnung.
- 44 Siehe statt vieler [BGE 140 V 356](#) E. 3.1, S. 358.
- 45 Siehe Bundesamt für Gesundheit (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>" (besucht am: 24. März 2020); siehe auch Geiser/Müller/Pärli, Jusletter 23. März 2020, N 36.
- 46 Bundesgesetz vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (Erwerbsersatzgesetz, EOG, SR 834.1).
- 47 Die Betriebsschliessungen und die Veranstaltungsverbote gelten vorderhand bis zum 19. April. Sollten Sie verlängert werden, würde mit grosser Wahrscheinlichkeit auch die Dauer des Entschädigungsanspruchs angepasst.