

Astrid Lienhart

Von neuen Viren und neuen Personengruppen

Eine Kontemplation über den Sperrfristenschutz von besonders gefährdeten Arbeitnehmern

Im Zuge der Corona-Krise hat der Bundesrat Notverordnungen erlassen, die notgedrungenermassen viele Fragen offenlassen. Um diese beantworten zu können, müssen sie ins bestehende Rechtssystem eingeordnet werden. In diesem Beitrag wird der Frage nachgegangen, ob für die neu geschaffene Personengruppe der besonders gefährdeten Personen Sperrfristenschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR besteht oder nicht.

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Astrid Lienhart, Von neuen Viren und neuen Personengruppen, in: Jusletter 4. Mai 2020

Inhaltsübersicht

1. Die Fragestellung
2. Die Konzeption des Sperrfristenschutzes bei Krankheit und Unfall
 - 2.1. Die Idee des Gesetzgebers
 - 2.2. Ein abschliessender Katalog
 - 2.3. Gesundheitsstörung ohne Auswirkung auf die Stellensuche
 - 2.4. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit
3. Sperrfristenschutz für besonders gefährdete Arbeitnehmer?
 - 3.1. Die neue Arbeitsverhinderung ist präventiver Natur
 - 3.2. Ausgangspunkt: Auswirkung auf die Stellensuche
 - 3.3. Die Stimmen der Lehre und eine Replik darauf
4. Fazit

1. Die Fragestellung¹

[1] Mit dem Ziel, der durch das neuartige Coronavirus verursachten Gesundheitskrise beizukommen, hat der Bundesrat im letzten Monat durch mehrere Notverordnungen Regelungen geschaffen, die auch grossen Einfluss auf die Arbeitswelt zeitigen. Insbesondere wurde dabei eine Kategorie von Arbeitnehmern² eingeführt, die es bislang nicht gegeben hat, nämlich die «besonders gefährdeten Arbeitnehmer».³ Gemeint sind gemäss Art. 10b Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus («Covid19-VO2») voll arbeitsfähige Arbeitnehmer ab einem Alter von 65 Jahren sowie Personen aller Altersklassen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs.⁴ Der Covid19-VO2 ist ein Anhang 6 angefügt, welcher die Krankheitskategorien gemäss Art. 10b Abs. 2 Covid19-VO2 präzisiert und laufend ergänzt.

[2] Die besondere Gefährdung dieser Personen wird aus der Erkenntnis abgeleitet, dass die Covid19-Krankheit tendenziell schwerer verläuft und die Letalität erhöht ist, wenn ein gewisses Lebensalter überschritten oder eine Prädisposition oder Vorerkrankung vorliegt, die im Anhang 6 enthalten ist. Im Zusammenhang mit der Coronakrise macht diese neue Kategorie von Personen Sinn – sie bedürfen aufgrund ihres Alters oder ihrer gesundheitlichen Disposition besonderen Schutzes. In arbeitsrechtlicher Hinsicht wirft diese neue Kategorie von Arbeitnehmern indessen diverse diffizile Folgefragen auf, deren Konsequenzen weit über die in der Covid19-VO2 vorgesehenen Massnahmen hinausgehen. Dazu gehört die Frage, ob die besondere Gefährdung gemäss Art. 10b Covid19-VO2 einen Arbeitnehmer für den Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR qualifiziere. Die Verordnung selber bleibt eine Antwort schuldig.

¹ Publikationen und Stand der Gesetzgebung bis Redaktionsschluss am 23. April 2020 berücksichtigt. Die Autorin trägt sich mit der Hoffnung, dass der Beitrag zum Zeitpunkt der Publikation noch aktuell sein wird.

² Im Interesse eines guten Sprachflusses wird in diesem Beitrag ausschliesslich die männliche Sprachform verwendet. Die weibliche ist selbstverständlich mitgemeint.

³ Art. 10b Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Stand 17. April 2020).

⁴ Art. 10b Abs. 2 Covid19-VO2.

2. Die Konzeption des Sperrfristenschutzes bei Krankheit und Unfall

2.1. Die Idee des Gesetzgebers

[3] Art. 336c OR statuiert – neben weiteren Kategorien, die hier aber nicht von Interesse sind⁵ – dass Arbeitnehmern, die ohne eigenes Verschulden aufgrund von Krankheit oder Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert sind, während 30 Tagen im ersten Dienstjahr, 90 Tagen im zweiten bis fünften und 180 Tagen ab dem sechsten Dienstjahr nicht gekündigt werden darf.⁶ Eine Kündigung, die während einer dieser Fristen erklärt worden ist, ist nichtig. Ist die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, so wird der Lauf der Kündigungsfrist unterbrochen und erst nach Ende der Sperrfrist fortgesetzt.⁷

[4] Die sozialpolitische Begründung für diesen Schutz sah die Botschaft aus dem Jahre 1984 **nicht darin**, dass «*der Arbeitnehmer infolge der Arbeitsverhinderung keine Stelle 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.*»⁸ Dieser Zweckgedanke wird bis heute von Lehre und Rechtsprechung weitestgehend aufrecht gehalten.⁹

2.2. Ein abschliessender Katalog

[5] Die Tatbestände, welche für den Gesetzgeber diese Ungewissheiten mit sich bringen, bestehen im Rahmen von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR ausschliesslich in entweder «Krankheit» oder «Unfall» bzw. der davon verursachten Arbeitsverhinderung.¹⁰ Dabei ist diese Aufzählung genauso abschliessend, wie der Katalog von Art. 336c Abs. 1 OR es ist¹¹, der Wortlaut der Klausel lässt keinen Raum für weitere Tatbestände, welche sich nicht entweder unter «Krankheit» oder «Unfall» subsumieren lassen.

2.3. Gesundheitsstörung ohne Auswirkung auf die Stellensuche

[6] Aufgrund der engen Zweckdefinition von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR gilt, dass eine Gesundheitsstörung, die keine Auswirkungen auf die Stellensuche hat, keinen zeitlichen Kündigungsschutz auslösen kann. Gleichermassen gilt, dass die Sperrfrist nur solange dauert, als die Arbeits-

⁵ Vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. a, c und d OR.

⁶ Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

⁷ Art. 336c Abs. 2 OR.

⁸ BBl 1984 605.

⁹ Vgl. etwa BGE 128 III 212 E.3.a; Entscheide des Arbeitsgerichts Zürich («Entscheide ArG ZH») 2012, Nr. 16; ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, N2 in fine; DENIS HUMBERT/ANDRE LERCH in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, N 11.134. A.M. THOMAS GEISER, Kündigungsschutz bei Krankheit, AJP 1996, 550, 553, welcher den «*angeblichen gesetzgeberischen Zweck*» mit der Begründung in Frage stellt, dass der Kündigungsschutz schliesslich auch bestehe, wenn der Arbeitnehmer gar keine neue Stelle suchen wolle, weshalb der Kündigungsschutz bei jeder Arbeitsverhinderung greifen müsse, unabhängig davon, wie sie sich auf die Stellensuche auswirke.

¹⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 9), N8 auf S. 1079 unten: «*Nicht die Krankheit oder der Unfall lösen die Sperrfrist aus, sondern die aus diesen Ursachen folgende Arbeitsverhinderung.*»

¹¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 9), a.a.O. sowie N5; HUMBERT/LERCH (Fn. 9), N 11.126.

unfähigkeit besteht. Nach ihrem Wegfall endet auch die diesbezügliche Sperrfrist, selbst wenn die Gesundheitsstörung weiter andauert.¹²

2.4. Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit

[7] Ein Phänomen, welches neuerdings vermehrt auftaucht, ist die sogenannte arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit. Sie wird in der Regel durch belastende Umstände am Arbeitsplatz bzw. im Team, wie Mobbing und Gehässigkeiten von Teamkollegen oder Vorgesetzten etc. verursacht und kann erhebliche Beschwerden insbesondere psychischer Natur provozieren, die schliesslich zu einer Arbeitsunfähigkeit führen. Die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist allerdings – wie es der Name schon sagt – auf den konkreten Arbeitsplatz bzw. die dortige Teamkonstellation bezogen. Ausserhalb dieser belastenden Konstellation ist dieser Arbeitnehmer aber voll funktions- und damit namentlich auch arbeitsfähig.¹³

[8] In den letzten Jahren sind sowohl die arbeitsrechtliche Lehre als auch Zivil- und Verwaltungsgerichte aller Stufen vermehrt auf die Schiene eingeschwenkt, Arbeitnehmern bei arbeitsplatzbezogener Arbeitsunfähigkeit den zeitlichen Kündigungsschutz abzusprechen. Unter Verweis auf den Zweck des Kündigungsschutzes wird postuliert, wenn eine Arbeitsverhinderung eine neue Stelle nicht tangiere, so entfalle auch der Sperrfristenschutz.¹⁴ Dieser Sichtweise ist zuzustimmen.

3. Sperrfristenschutz für besonders gefährdete Arbeitnehmer?

3.1. Die neue Arbeitsverhinderung ist präventiver Natur

[9] Besonders gefährdete Arbeitnehmer bringen fraglos gesundheitliche Dispositionen mit, die sie im Hinblick auf eine Infektion mit dem Sars-CoV2-Virus besonders verletzlich machen. Und diese gesundheitliche Disposition kann gemäss der fein austarierten Massnahmenkaskade, die der Bundesrat im Laufe der letzten Wochen aus der anfänglich beinahe schon rudimentär anmutenden Regelung von Art. 10c Covid19-VO2 gemacht hat, zu einer totalen Arbeitsverhinderung führen (Freistellung unter Lohnfortzahlung). Diese Arbeitsverhinderung wird indessen nicht direkt durch den Gesundheitszustand selber verursacht, etwa, in dem sich dieser zu einer akuten Erkrankung ausgewachsen hätte. Vielmehr ist sie die Antwort auf die Tatsache, dass der Arbeitgeber weder Homeoffice noch den Arbeitsplatz am Arbeitsort – bei gleichbleibender oder angepasster Tätigkeit – so anbieten kann, dass die Abstands-, Kontakt- und Schutzvorschriften gemäss Art. 10c Abs. 3 Covid-VO2 eingehalten werden können. Diese spezielle und neue Form der Arbeitsverhinderung soll nachfolgend «präventive Arbeitsverhinderung» genannt werden. Das Ablehnungsrecht des Arbeitnehmers gemäss Art. 10c Abs. 6 Covid-VO2, welcher die Arbeit «aus

¹² THOMAS GEISER, a.a.O. (Fn. 9), S. 553.

¹³ HANS-PETER EGLI, Entscheide ArG ZH 2008, S. 49; HUMBERT/LERCH (Fn. 9), N 11.146; Entscheide ArG ZH 2014, Nr. 18; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 9), N8 auf S. 1083.

¹⁴ Entscheide ArG ZH 2014, Nr. 18; Bundesverwaltungsgericht, Urteil A-5819/2016 vom 22.11.2017 sowie A-2718/2016 vom 16.3.2017; BGE 8C_451/2013 vom 20.11.2013 = JAR 2014 S. 360; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 9), N8 auf S. 1084 mit Verweisen; implizit auch HUMBERT/LERCH (Fn. 9), N 11.147.

besonderen Gründen», aufgrund derer er die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus als zu hoch erachten, ablehnen kann, ist im Rahmen des vorliegenden Beitrags kein Thema.¹⁵

[10] Die präventive Arbeitsverhinderung steht damit unter einem anderen Stern als eine normale, krankheitsbedingte Arbeitsverhinderung: Bei ihr geht es nämlich nicht um Genesung von einem gesundheitlichen Akutzustand, vielmehr geht es um die Aufrechterhaltung der ja immer noch intakten Gesundheit des Arbeitnehmers. Entsprechend sieht Art. 10c Abs. 8 Covid-VO2 auch vor, dass der Arbeitnehmer seine besondere Gefährdung durch eine «persönliche Erklärung» geltend mache. Er reicht mit anderen Worten gerade **nicht** ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis ein. Der Arbeitgeber kann aber ein Arzzeugnis verlangen, welches die «besondere Gefährdung» bestätigt.¹⁶

[11] Damit unterscheidet sich die präventive Arbeitsverhinderung in zwei zentralen Punkten von der klassischen Konstellation, die Art. 336c Abs. 1 lit. b OR regelt: Weder ist der Arbeitnehmer «*durch Krankheit und Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert*», noch besteht der «Zweck» der Arbeitsverhinderung in der Ausheilung der Krankheit oder des Unfalls, bei Ungewissheiten über deren Dauer und Ausmass. Das Konzept von Art. 336c Art. 1 lit. b OR passt folglich nicht so recht auf die präventive Arbeitsverhinderung. Lassen sich dessen Rechtsfolgen dennoch darauf übertragen?

3.2. Ausgangspunkt: Auswirkung auf die Stellensuche

[12] Wie gezeigt worden ist, wird der zeitliche Kündigungsschutz bei Arbeitsverhinderungen infolge Krankheit und Unfall, abgesehen von vereinzelter Kritik¹⁷, von Gerichten aller Stufen nach wie vor mit dem in der Botschaft von 1984 genannten Zweck legitimiert, dass die Anstellung eines Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit als höchst unwahrscheinlich erscheine. Soll die präventive Arbeitsverhinderung zum Schutz des Arbeitnehmers darunter subsumiert werden, muss sie diesem Zweckgedanken entsprechen, ansonsten sich die zusätzliche Belastung, die eine Sperrfrist für den Arbeitgeber darstellt, nicht rechtfertigt.

[13] Im Unterschied zu einer Arbeitsverhinderung infolge einer Krankheit oder eines Unfalls ist die präventive Arbeitsverhinderung nach der hier vertretenen Ansicht indessen gerade nicht mit den klassischen Unsicherheiten über «Fortdauer und Ausmass» der Arbeitsunfähigkeit behaftet. Im Gegenteil. Nicht nur erfreuen sich diese Arbeitnehmer nach wie vor einer im Hinblick auf die Arbeitsfähigkeit intakten Gesundheit – ohne die besondere, coronabedingte Gefährdungslage würde niemand ihre volle Arbeitsfähigkeit in Frage stellen – auch die Anforderungen an einen Arbeitsplatz sind genau bekannt. Sie entsprechen exakt jenen, die in Art. 10c Covid-VO2 aufgelistet sind. Ein neuer Arbeitgeber ist damit gerade nicht mit «Ungewissheiten» über «Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit» konfrontiert, sondern er hat eine arbeitsfähige Person vor

¹⁵ Es sei aber der Hinweis erlaubt, dass solche «besonderen Gründe» nicht in der psychischen Verfassung oder der Ängstlichkeit einer Person liegen können – beides führt nicht zu einer *Erhöhung der Ansteckungsgefahr*, sondern höchstens zu einer Erhöhung der Angst vor einer Ansteckung, was nicht massgebend zur Verweigerung der Arbeit sein kann. A.M. KURT PÄRLI, *Besonders gefährdete Arbeitnehmer/innen*, in: Jusletter 20. April 2020, N23.

¹⁶ Wohl falsch in BAG in «Erläuterungen zur Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2)», Fassung vom 16. April 2020, S. 34, wo unter Absatz 8 ausgeführt wird, das Arzzeugnis dürfe sich nur zur Arbeitsfähigkeit äussern. Richtigerweise müsste das ärztliche Attest die besondere Gefährdung attestieren, siehe auch Art. 10c Abs. 6 Covid-VO2.

¹⁷ Vgl. Fn. 9.

sich und kann offenen Auges entscheiden, ob er sie unter wohl bekannten Auflagen einstellen will oder nicht. Bereits aus diesen Überlegungen muss die Erweiterung des Sperrfristenschutzes auf besonders gefährdete Personen abgelehnt werden, ähnlich, wie er für die arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeiten abgelehnt wird.

[14] Nichts desto trotz ist natürlich nicht von der Hand zu weisen, dass sich die besondere Gefährdung auf dem Stellenmarkt als nachteilig erweisen könnte. Doch dieser Nachteil fällt nach der hier vertretenen Ansicht in die Risikosphäre des Arbeitnehmers. Genauso, wie der Nachteil einer jungen, frisch verheirateten Frau, die es bisweilen vielleicht schwerer hat, eine Stelle zu finden, weil Arbeitgeber eine baldige Schwangerschaft befürchten, von ihr alleine zu tragen ist. Oder derjenige einer älteren Person, die bei guten Qualifikationen wegen ihres Alters Mühe auf dem Stellenmarkt hat. Die abgesehen von den nötigsten Ausnahmen strikte Trennung der Privatsphäre des Arbeitnehmers von der geschäftlichen ist wichtig und notwendig und sollte auch hinsichtlich der besonderen Gefährdung nicht unnötig ausgeweitet werden.¹⁸

3.3. Die Stimmen der Lehre und eine Replik darauf

[15] GEISER/MÜLLER/PÄRLI haben in ihrem Beitrag «Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus» im Jusletter vom 23. März 2020 die Ansicht vertreten, die besondere Gefährdung sei mit Krankheit gleichzusetzen und es liege eine ganze oder teilweise Verhinderung der Arbeit wegen der Krankheit bzw. wegen der Gesundheitsgefährdung vor.¹⁹ Substantiierte Begründungen bleiben sie indessen schuldig, weshalb diese Meinung so jedenfalls nicht zu überzeugen vermag.

[16] THOMAS GEISER führt in seinem Beitrag in der AJP 5/2020²⁰ aus, solange die Verordnung vorgesehen habe, dass solche [besonders gefährdete, Anmerkung der Autorin] Personen nur im Home-Office beschäftigt werden dürften, sei die Frage [nach dem Sperrfristenschutz, Anmerk. der Autorin] zu Recht bejaht worden, weil sie aus einem gesundheitlichen Grund teilweise arbeitsunfähig seien, indem sie die vertraglich vereinbarte Arbeit nicht mehr in der bisherigen Weise hätten erbringen können. Das müsse für die Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR genügen. Die Arbeitsfähigkeit sei immer mit Bezug auf das konkrete Arbeitsverhältnis und damit arbeitsplatzbezogen zu beurteilen. Dies führe zwingend zu einer unterschiedlichen rechtlichen Behandlung jener besonders gefährdeten Personen, die bis anhin im Betrieb gearbeitet hätten und jenen, die schon bisher ausschliesslich zu Hause gearbeitet hätten. Letztere würden keinen Kündigungsschutz geniessen, weil sie auch nicht teilweise an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung verhindert seien.

[17] Dieser differenzierte Ansatz ist insofern zu begrüessen, als er eine besondere Gefährdung nicht per se mit einer Arbeitsverhinderung oder gar einer Krankheit gleichsetzt. Er ist zudem konsequent, wenn man berücksichtigt, dass sich GEISER bereits im Jahre 1996 dafür ausgesprochen hat, dass die Auswirkungen auf die Stellensuche kein Kriterium für die Anwendung des

¹⁸ Vgl. dazu auch THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, in: Jusletter 14. April 2020, N35.

¹⁹ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020, 3.4.1 auf S. 25.

²⁰ THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: AJP 5/2020, 5.4, 5.3.

Sperrfristenschutzes sein könne.²¹ Diese Auffassung wird vorliegend mit Verweis auf die Rechtsprechung indessen nicht geteilt.²²

[18] Im Übrigen vermag der Ansatz insbesondere im Lichte der neusten Fassung von Art. 10c Covid-VO2 aber nicht zu überzeugen. Art. 10c Covid-VO2 weitet sinnvollerweise die Einsatzmöglichkeiten einer besonders gefährdeten Person ungeachtet der vertraglichen Vereinbarungen so aus, dass deren Arbeitskraft möglichst verwertet werden kann, sei dies im Homeoffice statt am üblichen Arbeitsplatz, sei das bei normalem oder bei angepasstem Tätigkeitskatalog. Die ultima ratio – Freistellung mit Lohnfortzahlung – soll damit möglichst vermieden werden. Eine so enge Definition von Arbeitsverhinderung, wie sie GEISER vertritt (*«vertraglich vereinbarte Tätigkeit kann nicht mehr in der bisherigen Weise erbracht werden»*), läuft dem nicht nur zuwider, sie führt auch zu uneinheitlichen Ergebnissen, die für die Praxis kaum nachvollziehbar sein werden. Um nur eines zu nennen: Besonders gefährdete Personen, die bereits bisher ein Einzelbüro hatten, sind nach der Sichtweise von GEISER nicht an der Arbeit verhindert, ergo kein Sperrfristenschutz. Besonders gefährdete Personen, die bisher Seite an Seite mit Arbeitskollegen gearbeitet haben und die jetzt ins Homeoffice wechseln, sollen an der Arbeit verhindert sein (obwohl sie arbeiten), ergo soll der Sperrfristenschutz greifen.

[19] Solche Widersprüche lassen sich einfach vermeiden, wenn man die Arbeitsverhinderung als das begreift, was sie eigentlich ist: Eine durch gesundheitliche Gründen verursachte *Unmöglichkeit*, die Arbeit zu verrichten. Hingegen sollten aus Gründen der besonderen Gefährdung vorgenommene Veränderungen hinsichtlich Arbeitsort oder Tätigkeitsbereich nicht als Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 336c Abs. 1 lit. c OR qualifiziert werden, umso mehr als in diesem Fall die Arbeitsfähigkeit gerade erhalten wird, also keine Arbeitsunfähigkeit zu verzeichnen ist. In Bezug auf die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit ist eine Versetzung in eine andere Abteilung oder Niederlassung ja auch eine Möglichkeit, eine Arbeitsunfähigkeit einer z.B. von Mobbing betroffenen Person zu verhindern. Nach Wissen der Autorin ist in diesem Zusammenhang (zu Recht) niemals die Auffassung vertreten worden, der Einsatz am neuen Ort stelle eine sperrfristenrelevante Arbeitsverhinderung dar, weil er nicht mit der vertraglich vereinbarten Leistung übereinstimme.

[20] Darüber hinaus können die Parteien von Arbeitsverträgen bekanntlich jederzeit Änderungen des Arbeitsvertrages vereinbaren. Wird die Arbeit aber aufgrund eines geänderten Arbeitsvertrages neu im Homeoffice geleistet oder die Tätigkeit sonstwie im gegenseitigen Einvernehmen modifiziert, könnte selbst nach der Sichtweise von GEISER nicht von einer Arbeitsverhinderung gesprochen werden. Doch diese Unterscheidung wird nicht getroffen. Vielmehr bleibt er beim Ergebnis, dass alle besonders gefährdeten Personen, die eine Änderung von Arbeitsort oder Aufgabengebiet infolge ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit erfahren, als arbeitsunfähig bezeichnet werden und daher in den Genuss von Sperrfristenschutz kommen sollen.

[21] Nach der hier vertretenen Ansicht ist dies abzulehnen, insbesondere auch, weil es indirekt die Erleichterungen, welche der Bundesrat betreffend die Änderbarkeit von Einsatzort und Tätigkeiten beabsichtigt hat, torpediert.²³ Darüber hinaus wird nicht berücksichtigt, dass solche Änderungen in den meisten Fällen einvernehmlich erfolgen dürften, womit nach der von GEISER

²¹ GEISER, a.a.O. (Fn. 20).

²² Vgl. Fn. 9.

²³ Vgl. dazu sogleich.

vertretenen Definition der Arbeitsverhinderung eigentlich auch nicht mehr von einer Arbeitsverhinderung gesprochen werden könnte, wenn Arbeit im Rahmen eines neu vereinbarten Vertrages erbracht wird. Wollte man diesem Ansatz folgen, so müsste man also noch weitere Unterscheidungen treffen und danach fragen, ob die Änderung gegenüber der vertraglich vereinbarten Arbeit einvernehmlich erfolgt sei oder nicht. Doch davon kann Sperrfristenschutz nicht abhängig sein und war er auch noch nie. Die von Lehre und Rechtsprechung bis heute breit mitgetragene ratio legis hinter Art. 336c Abs. 1 lit. d OR liefert eben schon eine sinnvolle Handhabe, gerade auch in Covid-Zeiten.²⁴

[22] Zusammenfassend liefert der Ansatz von GEISER keine überzeugenden Ergebnisse. Er trifft Unterscheidungen und provoziert Folgefragen, die unnötig sind und die aufgrund marginaler Unterschiede in den tatsächlichen Verhältnissen zu einer uneinheitlichen Rechtslage führen.

[23] Weiter hat sich KURT PÄRLI zum Thema verlauten lassen. Er nimmt es in seinem am 20. April 2020 ebenfalls im Jusletter publizierten Beitrag²⁵ unter die Lupe. Auch er will den Sperrfristenschutz angewendet haben, dies mit der Begründung, es liege auf der Hand, dass besonders gefährdete Arbeitnehmer während der Dauer der Coronakrise auf dem Arbeitsmarkt wegen ihrer besonderen Gefährdung besondere Schwierigkeiten haben würden. Zudem führt er aus, der Sperrfristenschutz unter Art. 336c Abs. 1 lit. b OR sei ein Beitrag zur Verwirklichung der Ziele der Covid-VO2, weil die grösstmögliche Wirksamkeit von Art. 10b und 10c derselben nur gewährleistet werden könne, wenn Arbeitnehmer ihre besondere Gefährdung gegenüber dem Arbeitgeber offenbaren würden. Dies würden sie aber nur tun, wenn sie keine Angst vor einem Stellenverlust haben müssten.²⁶

[24] Den Überlegungen von PÄRLI ist zunächst einmal entgegen zu halten, dass sie die Interessen der davon betroffenen Gegenpartei unerwähnt lassen, die aber, wie bei jedem gesetzgeberischen Prozess und damit auch bei jeder Verschiebung der ursprünglichen Lösung, ebenfalls berücksichtigt werden sollten. Bereits deshalb erscheint es schon als fraglich, den Sperrfristenschutz ohne explizite rechtliche Grundlage und bei fraglicher Zweckerfüllung auf latent schlummernde gesundheitliche Prädispositionen auszuweiten, die nicht direkt kausal zu einer Arbeitsverhinderung führen.

[25] Wie wohl der Grossteil der Rechtsnormen ist auch Art. 336c Abs. 1 lit. b OR das Abbild eines fein austarierten Gleichgewichts zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen. Das Arbeitsvertragsrecht mag zwar zu den sozialen Rechtsgebieten gehören²⁷, doch das heisst nicht, dass es ausschliesslich den Interessen von Arbeitnehmern dient. Die in der Schweiz hochgehaltene Kündigungsfreiheit wird bekanntlich nur von bestimmten, speziell gerechtfertigten Sachverhalten eingeschränkt. Risiken aus der Privatsphäre des Arbeitnehmers – und dazu gehören Krankheiten – finden im Arbeitsvertragsrecht wie erwähnt nur sehr beschränkt Berücksichtigung, insbesondere, wenn sie das arbeitsrechtliche Synallagma – Arbeit gegen Lohn – direkt tangieren.²⁸ Das heisst mit anderen Worten, auch ohne Berücksichtigung der neu eingeführten Belastungen der Arbeitgeber durch die Covid-VO2 wäre die ursprüngliche Balance der gegenläufigen Interessen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern nach der hier vertretenen Ansicht nicht

²⁴ Vgl. Fn. 9.

²⁵ PÄRLI (Fn. 17).

²⁶ PÄRLI (Fn. 17), N33.

²⁷ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 9, N2 zu Art. 362 m.w.H.)

²⁸ PIETRUSZAK (Fn. 20), N35.

mehr gewahrt, würden Aspekte aus der Privatsphäre des Arbeitnehmers wie latente Gesundheitsgefährdungen **ohne** dadurch verursachte Arbeitsverhinderungen unter den Art. 336c Abs. 1 lit. b OR subsumiert.²⁹

[26] PÄRLI führt zu Recht aus, die neue Situation müsse auch Einfluss auf die Auslegung des bestehenden Rechts haben.³⁰ Nun, die Covid-VO2 führt in Art. 10c und insbesondere in Abs. 7 potenziell kostspielige Massnahmen ein, welche für Arbeitgeber eine grosse finanzielle Belastung darstellen können. Arbeitgeber müssen entweder mehr oder weniger aufwändige Massnahmen treffen, um die Arbeitsleistung der besonders gefährdeten Arbeitnehmer weiterhin entgegennehmen zu können oder sie werden zu einer Freistellung unter voller Lohnfortzahlung verpflichtet. Spätestens damit wird das arbeitsrechtliche Synallagma komplett über Bord geworfen. Das muss reichen – gerade in Coronazeiten. Es kann nicht sein, dass Arbeitgeber über diesen Zwang hinaus für einen längeren als absolut notwendigen Zeitraum gezwungen werden, für etwas zu bezahlen, für das sie keinen Gegenwert erhalten.³¹ Pro memoria: Präventive Arbeitsverhinderungen ohne Krankheitswert lassen sich mangels Krankheit nicht über eine allenfalls bestehende Krankentaggeldversicherung abfedern. Dieses Risiko trifft Arbeitnehmer daher unvorbereitet und es ist – analog der Haltung des SECO betreffend die Kurzarbeit³² – auch nicht unter das übliche Betriebsrisiko zu subsumieren.

[27] Dies muss umso mehr gelten, als Arbeitnehmer bei Arbeitsplatzverlust von der Arbeitslosenversicherung profitieren können und damit grundsätzlich abgesichert sind. Auch dies ist in einer – bisher nie dagewesenen Situation, wo grundsätzlich zwei in ihrer Existenz bedrohten Identitäten sich gegenüberstehen – miteinzubeziehen. Arbeitgeber hingegen, die längst nicht alle von Kurzarbeit profitieren³³, sind angesichts von Lockdown und aufziehenden Rezessionswolken dringendst darauf angewiesen, ihre Finanzen im Griff zu haben und Leistungen, für die sie keinen Gegenwert bekommen, streichen zu können.^{34,35} Und nein, es kann auch keine Lösung sein, dass Arbeitgeber sich mit Covid-Notkrediten verschulden, um arbeitsrechtlichen Erwartungshaltungen gerecht zu werden, die auf keiner ausreichenden Rechtsgrundlage stehen.

[28] Unter diesen nie vorher dagewesenen Umständen muss zudem hinter das landläufig kaum in Frage gestellte Dogma, dass der Arbeitnehmer die schwächere Vertragspartei sei, die Schutz brauche, ein Fragezeichen gesetzt werden. Wenn Arbeitgeber sich zum angeblichen Schutz des Arbeitnehmers in Zeiten wie diesen nicht vor Zahlungen schützen können, die ihnen nichts brin-

²⁹ Vgl. vorne Ziff. 3.2.

³⁰ PÄRLI (Fn. 27), N33.

³¹ Immerhin schützen die Kurzarbeitsregelungen Arbeitgeber zur Zeit noch weitgehend vor diesen Ausgaben, sofern die besonders gefährdete Person ihre Zustimmung zur Kurzarbeit erklärt und der Betrieb insgesamt dafür qualifiziert. Das kann aber keine Lösung sein. Wenn seit dem 27. April etwa Coiffeursalons wieder öffnen dürfen, stellt sich die Frage nach dem Schutz der nach wie vor an der Arbeit verhinderten besonders gefährdeten Personen aus diesen Berufsgruppen immer noch, ohne Kurzarbeitspuffer zugunsten der Arbeitgeber. Mit zunehmenden Lockerungen der Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus durch den Bundesrat werden solche Fälle zunehmen. Vgl. auch Fn. 33.

³² Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG; SECO, Grundlegende Fragen Kurzarbeit, unter <https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/menue/unternehmen/versicherungsleistungen/kurzarbeit.html/>, zuletzt besucht am 23. April 2020.

³³ Betriebe, die für Kurzarbeit qualifizieren (u.a. mindestens 10% Arbeitsausfall), können – bei Einverständnis des Arbeitnehmers – auch besonders gefährdete Arbeitnehmer anmelden. Damit sind diese Personen indirekt geschützt, da kein Arbeitgeber während der Kurzarbeit kündigen wird mit der Folge, dass er den Lohn während der Kündigungsfrist selber berappen muss.

³⁴ Übrigens: Unter anderen rechtlichen Umständen wäre derlei Finanzgebahren ein Fall für Verantwortlichkeitsklagen und Staatsanwälte.

³⁵ Es sei auf die omnipräsente Diskussion um die Mieten verwiesen.

gen, droht die Gefahr eines Konkurses. Damit wäre das Kind aber mit dem Bade ausgeschüttet. Zwar hätten besonders gefährdete Arbeitnehmer ihren Kündigungsschutz, doch ihre Ansprüche würden über die Insolvenzschiädigung abgewickelt. Zudem würden wahrscheinlich mehr Jobs verloren gehen als ohne Sperrfristenzwang. Dies wiederum ist nicht im Interesse der Öffentlichkeit. Man denke an die weitgehenden Ausweitungen und Vereinfachungen im Bereich der Kurzarbeit. Legitimation? Erhalt der Arbeitsplätze. Wenn also die derzeitige Lage die Auslegung von bestehendem Recht beeinflussen soll, dann müssen diese Überlegungen und Zusammenhänge dringend miteinbezogen werden.

4. Fazit

[29] Art. 336c Abs. 1 lit. b OR definiert einen engen Rahmen, in welchem Arbeitgeber aufgrund einer Tatsache aus der Privatsphäre des Arbeitnehmers mit einer Sperrfrist belastet werden sollen. Ohne explizite gesetzliche Grundlage muss es dabei sein Bewenden haben. Ein Sperrfristen-schutz für besonders gefährdete Personen ist abzulehnen. Damit ist allen, auch Arbeitnehmern, am meisten gedient. Denn je besser die Wirtschaft die aktuelle Krise übersteht, desto eher finden insbesondere die besonders gefährdeten Arbeitnehmer wieder eine Stelle. Und von der Stellensuche bleiben sie, Sperrfrist hin oder her, ja nicht verschont. Die Sperrfrist würde das Problem der Stellensuche ja nur auf einen späteren Zeitpunkt verschieben, doch nicht ohne vorher der Wirtschaft zusätzlichen Schaden zugefügt zu haben – zulasten der gleichen Arbeitnehmergruppe. Bad idea.

ASTRID LIENHART, lic.iur. HSG, Rechtsanwältin, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Partnerin bei der Zürcher Anwaltskanzlei Rechtskraft.