Personalrechtliche Einzelfragen rund um Covid-19

geschrieben von Dr. Michael Merker | April 10, 2020

Noch nie hatten wir so viele personalrechtliche Fragestellungen zu beurteilen wie in den letzten Wochen. Das erstaunt tatsächlich niemanden. Schwerpunktmässig wurde gefragt, ob man Homeoffice verlangen kann, ob man als Zugehöriger zu einer Risikogruppe zu Hause bleiben kann, ob man seine bereits gebuchten Ferien verschieben kann, ob Lohn gezahlt werden muss, wenn man wegen der Kinder zu Hause bleiben muss, ob man ganz andere Arbeit verrichten muss als vereinbart und wie der Lohn berechnet wird, wenn das Pensum sehr unregelmässig ist. Unsere Antworten:

Ferienbezug

Frage: Müssen bereits vereinbarte Ferien bezogen werden, auch wenn keine Reisemöglichkeit ins Ausland besteht? Eine Mitarbeiterin hat Frühlingsferien eingegeben, sie kann nun aber ihre gebuchte Rundreise nicht antreten. Kann der Arbeitgeber darauf bestehen, dass die Mitarbeiterin die Ferien trotzdem bezieht?

Wer Ferien eingegeben hat, muss diese im Grundsatz beziehen. Dass der betroffene Arbeitnehmende nicht an den Ort verreisen kann, den er für seine Ferien vorgesehen hat, ist kein Problem des Arbeitgebers, sondern ausschliesslich des Arbeitnehmers. Dies folgt relativ klar aus der Risikosphärentheorie. Anders gesagt: Auch bei einer Fehlbuchung etwa durch ein Reisebüro (Flug und Hotel wurden gar nicht gebucht) trägt der Arbeitnehmende das Risiko, die Ferien nicht so verbringen zu können, wie er sich das vorgestellt hat.

Die Ferien dienen der Erholung. Die Gerichte werden in solchen Fällen entscheiden, dass Erholung auch im Rahmen eines Ferienaufenthalts zu Hause mit Wanderungen, Spaziergängen oder Ähnlichem erreicht werden kann. Ich sehe im Moment keine nachhaltigen Gründe, weshalb diese Ferien kurzfristig zulasten des Arbeitgebers abgesagt werden können. Es ist klar, dass dies für den einzelnen unbefriedigend ist, aber er hat die Risiken nicht optimaler Ferien selber zu tragen.

Bei der Festlegung der Ferien ist auf die Interessen des Arbeitnehmenden wie auch des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen. Aus der Sicht des Arbeitgebers gibt es durchaus auch Interessen, dass die Ferien trotz der Corona-Krise «üblich» bezogen werden; verzichten alle Mitarbeitenden nun auf Ferien, kommt es zu Engpässen, wenn die Verwaltungen wieder vollständig hochgefahren werden. Dieses Interesse wird ein Arbeitgeber im Rahmen der vorliegenden Argumentation immer geltend machen können.

Arbeitnehmer gehört der Risikogruppe an

Frage: Kann ein Mitarbeitender, der zur Risikogruppe gehört, zu Hause bleiben, wenn er mit Arztzeugnis belegt, dass er zur Risikogruppe gehört?

Nein. Der Bund hat die Regeln wieder geändert. Für einen Mitarbeiter aus der Risikogruppe gilt gemäss Art. 10c Covid-19-Verordnung 2 Folgendes:

> *1 Arbeitgeber ermöglichen 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.*
>
> *2 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.

3 Ist es besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nicht möglich, im Rahmen der Absätze 1 und 2 ihre Arbeitsverpflichtungen zu erledigen, so werden sie vom Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung beurlaubt.

4 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer machen ihre besondere Gefährdung durch eine persönliche Erklärung geltend. Der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen.

Kann der besonders gefährdete Arbeitnehmer die Arbeit von zu Hause aus erbringen, hat er Anspruch darauf, dass die geeigneten technischen Massnahmen getroffen werden und Homeoffice möglich ist. Er muss dann zwar arbeiten, aber nicht im Betrieb.

Erlaubt die Art der Tätigkeit kein Homeoffice oder sind die technischen Massnahmen so schnell nicht umsetzbar, muss der Mitarbeitende im Betrieb anwesend sein, sofern die Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und soziale Distanz eingehalten werden können. Hygiene und soziale Distanz bedeutet, dass die Möglichkeit bestehen muss, die Hände zu waschen (das dürfte regelmässig der Fall sein), das Bereitstellen von Desinfektionsmitteln wohl auch und, besonders wichtig, die Sicherstellung, dass jederzeit eine Distanz von zwei Metern zum nächsten Mitarbeiter eingehalten werden kann. Ist das nicht der Fall, muss der besonders gefährdete Arbeitnehmer nicht arbeiten (und es kann der Betrieb geschlossen werden, wenn er es trotzdem tut).

Wie ist vorzugehen, wenn der Mitarbeitende glaubt, die Regeln seien nicht eingehalten? Der Arbeitgeber ist aufzufordern, sein Konzept offenzulegen, wie diese Regeln eingehalten

werden. Blosse Lippenbekenntnisse reichen da nicht aus, man muss schon sehen, dass dem Bundesrecht entsprochen werden kann. Kann die Distanz eingehalten werden, besteht *Arbeitspflicht.* Wer dann trotzdem nicht kommt, riskiert eine Kündigung und die Einstellung der Lohnzahlungen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang auch das Merkblatt für Bauarbeiten des SECO in der Fassung vom 19. März (weil sich dort die Fragestellung akzentuiert stellt):

Sind alle besonders gefährdeten Mitarbeiter darüber informiert, zu Hause zu bleiben?	☐	Besonders gefährdete Personen zu Hause bleiben. Der Arbeitgeber beurlaubt besonders gefährdete Personen, falls eine Arbeit von zu Hause aus nicht möglich ist. Der Arbeitgeber bezahlt den Lohn weiter.

Fassung vom 19. März 2020

Diese Fassung *gilt aber nicht mehr* und ist durch eine neue ersetzt worden, was aufschlussreich ist:

Werden besonders gefährdete Personen durch Massnahmen am Arbeitsplatz ausreichend geschützt?	☐	☐ Als besonders gefährdeten 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, Krebs Bei Beschäftigung auf Baustellen von besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sind die Arbeitgeber verpflichtet, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen.

Damit ist *Stand heute* klar, dass auch gefährdete Personen *nicht* der Arbeit fernbleiben können, es sei denn, sie seien krank oder es wäre Homeoffice möglich oder der Arbeitgeber halte sich nicht an die Bundesvorgaben.

Zu viel oder zu wenig Arbeit

Frage: Was passiert, wenn einfach zu wenig Arbeit da ist oder ein Teil der Mitarbeitenden sehr viel

Arbeit hat, der andere Teil aber nichts zu tun hat?

Im Grundsatz ist das so: Wenn der Arbeitgeber keine Arbeit zur Verfügung stellen kann, befindet er sich im Annahmeverzug, muss also den Lohn trotzdem bezahlen. Aus der Treuepflicht des Arbeitnehmenden gegenüber seinem Arbeitgeber kann aber abgeleitet werden, dass der Arbeitnehmende auch zu anderen Aufgaben verpflichtet werden kann als im Arbeitsvertrag beschrieben. In besonderen Zeiten wie der vorliegenden dürfte dieses Weisungsrecht weitergehen als zu normalen Zeiten. Die Art der Arbeit, die als zumutbar angesehen werden muss, ist im Einzelfall zu prüfen. Es ist davon auszugehen, dass relativ weitgehend andere Arbeiten angeordnet werden können.

Die öffentlichen Arbeitgeber sind überdies dabei, solche Folgen über Notverordnungsrecht vorzusehen, mit der Folge, dass Mitarbeiter auch in anderen Abteilungen eingesetzt werden können. Im Einzelfall wird zu prüfen sein, ob die Anordnung verhältnismässig ist oder nicht.

Kinderbetreuung statt Homeoffice

Frage: Wie müssen sich Mitarbeiter verhalten, die zwar Arbeit haben, wegen der Betreuung der Kinder aber nicht die volle Arbeitszeit im Homeoffice leisten können?

Wer dauerhaft die vertraglich vereinbarte Arbeitsleistung nicht erbringen kann, der verletzt den Arbeitsvertrag. Aber: Gestützt auf das Arbeitsgesetz sind für die Betreuung von Kindern drei Tage freizugeben, unter voller Lohnzahlung. Danach ist im Grundsatz kein Lohn mehr geschuldet. Die Kompensation von Überstunden ist eine Lösung, auch der (was in den Kantonen angedacht wird) teilweise oder stundenweise Bezug von Ferien ist eine Möglichkeit. Da ist von beiden Seiten Flexibilität gefragt.

Der Bund hat auf dieses Problem bereits reagiert, und die Eltern haben Anspruch auf eine Entschädigung, wenn sie ihre Erwerbsarbeit wegen des Ausfalls der Fremdbetreuung ihrer Kinder unterbrechen müssen. Das steht in der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus wie folgt:

Art. 2 Anspruchsberechtigte

[1] Anspruchsberechtigt sind Eltern mit Kindern bis zum vollendeten 12. Altersjahr und weitere Personen, sofern sie folgenden Voraussetzungen erfüllen:

a. Sie müssen aufgrund von behördlichen Massnahmen gemäss den Artikeln 35 und 40 des Epidemiengesetzes vom 28. September 2012[3] (EpG) im Zusammenhang mit der Coronaepidemie (COVID-19) die Erwerbstätigkeit unterbrechen:
   1. infolge Ausfalls der Fremdbetreuung ihrer Kinder; oder
   2. infolge Quarantäne.
b. Im Zeitpunkt der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit sind sie:
   1. Arbeitnehmende im Sinne von Artikel 10 ATSG[4]; oder
   2. Selbstständigerwerbende im Sinne von Artikel 12 ATSG.

Der Wortlaut ist nicht ganz eindeutig. Man weiss nicht so genau, ob bei *Schulschliessungen* ein Unterbruch der *Fremdbetreuung* vorliegt. An sich ist davon ausgegangen, dass dies nicht der Fall ist, weil Fremdbetreuung eher den privaten Aspekt betrifft als die öffentliche Schule. Das hätte zur Folge, dass mit «Fremdbetreuung» nicht die Betreuung durch die Schule gemeint ist, sondern effektiv die Betreuung durch privat engagierte Betreuungspersonen, die wegen der Epidemie ausfallen.

In den Erläuterungen zur Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 20. März 2020 steht Folgendes:

Art. 2 Anspruchsberechtigte Anspruch auf die Entschädigung haben Eltern mit betreuungsbedürftigen Kindern sowie Personen, die sich aufgrund ärztlicher Anordnung in Quarantäne befinden. Als betreuungsbedürftig gelten Kinder bis zum vollendeten 12.

Altersjahr. Die Anspruchsberechtigung setzt ein Kindsverhältnis nach Artikel 252 ZGB voraus. Der Zivilstand der Eltern ist hingegen nicht von Belang.

Eine weitere Anspruchsvoraussetzung ist die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit. Diese muss aufgrund des Ausfalls der Fremdbetreuung der Kinder oder aufgrund der angeordneten Quarantäne erfolgen.

Kann die Erwerbsarbeit von zu Hause aus verrichtet werden (Homeoffice), gilt dies nicht als Erwerbsunterbruch, und es besteht kein Anspruch. Da während der Schulferien Schulen geschlossen sind und die Betreuung während dieser Zeit ohnehin anders organisiert werden muss, wird für Schulund Kindergartenkinder während der Schulferien keine Entschädigung ausgerichtet. Hätte die Betreuung während der Schulferien von einer gefährdeten Person gemäss Artikel 2 Absatz 5 wahrgenommen werden sollen, wird die Entschädigung nicht eingestellt und der Anspruch besteht weiter.

Diese Differenzierung in den Erläuterungen hat zur Folge, dass offenbar *die Betreuung in der Schule* bzw. dann die *unterbleibende Betreuung der Schule als Ausfall der Fremdbetreuung gilt.* Es ist deshalb zu prüfen, ob die Mitarbeitenden mit Kindern, die aus Betreuungsgründen nicht mehr zur Arbeit erscheinen können oder wollen und deren Anwesenheit eigentlich erforderlich ist, weil Homeoffice nicht optimal funktioniert, diese Entschädigung in Anspruch nehmen können.

Lohn bei schwankendem Pensum

Frage: Welcher Lohn wird entschädigt, wenn das Pensum Schwankungen unterworfen ist oder wenn unter dem Jahr (regelmässig, aber uneinheitlich) Zusatzaufgaben erledigt werden mussten?

Zu entschädigen ist, was normalerweise angefallen wäre und

Bestandteil der vereinbarten Arbeit ist, nicht aber, was zusätzlich und vor allem *neu* ist.

Allerdings gilt gemäss herrschender Lehre und Rechtsprechung (wenn auch für das OR; das dürfte aber gestützt auf die Verweisungskaskade im öffentlichen Personalrecht in den meisten Fällen Anwendung finden) Folgendes: Die Lohnzahlungen des Arbeitgebers können aus verschiedenen Gründen Schwankungen unterworfen sein, sei es, dass die Lohnhöhe durch Zulagen oder Zuschläge (etwa für Nachtdienst oder Pikettdienst) zu einem schwankenden Lohn führt, sei es, weil zwar die Lohnhöhe pro Zeiteinheit vereinbart wurde, nicht jedoch das Arbeitsvolumen. Dies ist vor allem bei der unregelmässigen Teilzeitarbeit sowie dem aufgabenorientierten Arbeitsverhältnis der Fall.

Zur Berechnung dieses Lohns gibt es zwei Prinzipien:

- *Lohnausfallprinzip*: Hier wird konkret berechnet, was der Arbeitnehmer in der Periode, wäre er nicht ausgefallen (im vorliegenden Fall wäre der Arbeitgeber nicht im Annahmeverzug), tatsächlich verdient hätte (dazu werden teilweise selbst regelmässig geleistete Überstunden gezählt, das ist aber umstritten).
- *Referenzperiodenprinzip*: Hier wird der Lohn als Durchschnittswert errechnet, der sich aus dem tatsächlich erzielten Einkommen während einer bestimmten, mehr oder weniger langen Dauer des Arbeitsverhältnisses (sog. Referenzperiode) ergibt (häufig 12 Monate).

Aus diesen Methoden und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dazu folgt, dass der Mitarbeiter *wirtschaftlich nicht schlechter gestellt werden darf, als wenn die Arbeitsverhinderung nicht eingetreten wäre.* Das führt konsequenterweise dazu, dass auch die mutmasslichen Einsätze oder Zulagen zu entschädigen sind.