

Irène Suter-Sieber

Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit

Die Autorin kommt in ihrem Beitrag zum Ergebnis, dass die Risikosphäre der Arbeitgeberin nicht unbeschränkt ist und insbesondere bei Betriebsschliessungen zufolge COVID-19 der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» regelmässig greift. In der Folge geht die Autorin verschiedenen Fragen rund um Lohnzahlung, Kurzarbeitsentschädigung und deren Zusammenspiel während der Kurzarbeit nach: Welche Entschädigung schuldet die Arbeitgeberin und/oder die Arbeitslosenkasse bei Ferien- und Überstundenbezug durch den Arbeitnehmer, bei Krankheit und bei Kündigung des Arbeitnehmers und wenn ein Arbeitnehmer zu den besonders gefährdeten Personen gehört?

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Arbeitsrecht; Sozialversicherungsrecht; Obligationenrecht; Gesundheitsrecht

Zitiervorschlag: Irène Suter-Sieber, Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit, in: Jusletter 18. Mai 2020

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Kurzarbeitsentschädigung bedingt die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit
3. Wo endet die Risikosphäre der Arbeitgeberin?
 - 3.1. Betriebsrisiko, wirtschaftliches Risiko, höhere Gewalt
 - 3.1.1. Lohnfortzahlungspflicht bei bestehendem Entscheidungsspielraum
 - 3.1.2. Keine Lohnfortzahlungspflicht bei fehlendem Entscheidungsspielraum
 - 3.2. Schlussfolgerung
4. Die zivilrechtliche Bedeutung der Zustimmung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit
 - 4.1. Fragestellung
 - 4.2. Wenn die Kurzarbeit in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt
 - 4.3. Wenn die Kurzarbeit nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt
 - 4.4. Schlussfolgerung
5. Lohn und Kurzarbeitsentschädigung bei Kündigung nach Anordnung der Kurzarbeit
 - 5.1. Sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen der Kündigung
 - 5.2. Zivilrechtliche Konsequenzen der Kündigung
 - 5.3. Risiko der Missbräuchlichkeit der Kündigung
6. Kurzfristiger Ferienbezug und Ferienbezug während Kurzarbeit
 - 6.1. Fragestellung
 - 6.2. Zulässigkeit der Anordnung kurzfristiger Ferien in betrieblichen Notsituationen
 - 6.3. Lohnzahlungspflicht bei Ferienbezug
 - 6.4. Kurzarbeitsentschädigung bei Ferienbezug
7. Durch Arbeitgeberin angeordnete oder gesetzlich erzwungene Überstundenkompensation
 - 7.1. Fragestellung
 - 7.2. Zulässigkeit der Anordnung von Überstundenkompensation durch die Arbeitgeberin bei einem Arbeitsausfall in betrieblichen Notsituationen
 - 7.3. Gesetzlicher Zwang zur Überstundenkompensation während Kurzarbeit
 - 7.4. Aufhebung des gesetzlichen Zwangs zur Überstundenkompensation vom 21. März bis 20. September 2020
8. Lohn und Kurzarbeitsentschädigung bei Krankheit des Arbeitnehmers während der Kurzarbeit
 - 8.1. Fragestellung
 - 8.2. Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bei Krankheit des Arbeitnehmers während Kurzarbeit
 - 8.2.1. Wenn die Kurzarbeit in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt
 - 8.2.2. Wenn die Kurzarbeit nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt
 - 8.3. Kurzarbeitsentschädigung bei Krankheit des Arbeitnehmers
9. Lohn und Kurzarbeitsentschädigung für besonders gefährdete Arbeitnehmer gemäss Art. 10b/c COVID-19-Verordnung 2
10. Zusammenfassung

1. Einleitung

[1] COVID-19 lässt auch die Schweizer Wirtschaft taumeln. In den vergangenen Wochen haben zahlreiche Schweizer Unternehmen Kurzarbeit eingeführt und Kurzarbeitsentschädigung beantragt. So sollen Kündigungswellen verhindert werden.

[2] Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während der Kurzarbeit werfen, insbesondere im Zusammenhang mit den COVID-19 Massnahmen des Bundesrates, zahlreiche arbeitsrechtliche Fragen auf, die in Rechtsprechung und Literatur noch nicht geklärt, wenn überhaupt gestellt sind.

[3] Der einleitende Abschnitt dieses Jusletters behandelt das sozialversicherungsrechtliche Erfordernis der Zustimmung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit und die erheblichen Lohneinbus-

sen, die für die Arbeitnehmer damit verbunden sein können. Sodann wird geprüft, ob Arbeitsausfälle, die letztlich auf die Ausbreitung des Coronavirus zurückzuführen sind (seien dies z.B. ausbleibende Kunden oder behördlich angeordnete Betriebsschliessungen), der Risikosphäre der Arbeitgeberin zuzuordnen sind oder nicht. Im letzteren Fall fällt deren Lohnfortzahlungspflicht weg. In einem nächsten Abschnitt wird die zivilrechtliche Bedeutung der Einwilligung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit beleuchtet. Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung ist die Verhinderung von Kündigungen. Der nächste Abschnitt widmet sich deshalb der Frage, welche Folgen eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses während der Kurzarbeit auf den Lohn und die Kurzarbeitsentschädigung des Arbeitnehmers hat. In den folgenden zwei Abschnitten geht es um Fragen rund um den Ferien- und Überstundenbezug durch Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Kurzarbeit, einschliesslich die zwangsweise Durchsetzung von Ferien- und Überstundenbezug durch die Arbeitgeberin. Und schliesslich befassen sich die letzten zwei Abschnitte mit der Konkurrenz von Verhinderungsgründen. Fraglich ist, wie es sich mit Lohn und Kurzarbeitsentschädigung verhält, wenn ein Arbeitnehmer während der Kurzarbeit erkrankt oder als mit Bezug auf COVID-19 besonders gefährdete Person gilt.¹

2. Kurzarbeitsentschädigung bedingt die Zustimmung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit

[4] Führt ein Betrieb Kurzarbeit ein, haben dessen Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung von der Arbeitslosenkasse (Art. 31 ff. AVIG). Die Kurzarbeitsentschädigung ist in der Höhe allerdings beschränkt. Sie beträgt 80% des anrechenbaren Verdienstauffalls, wobei das als Berechnungsgrundlage dienende Einkommen monatlich auf CHF 12'350 begrenzt ist (Art. 34 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 23 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 22 Abs. 1 UVV). Für arbeitgeberähnliche Angestellte kann gegenwärtig (1. März bis 31. August 2020) ebenfalls Kurzarbeitsentschädigung beantragt werden. Die Pauschale beträgt allerdings lediglich CHF 3'320 pro Monat (Art. 5 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Für Arbeitnehmer im Hochlohnsegment bedeuten diese Beschränkungen einen potentiellen Verzicht auf einen grossen bis massiven Teil ihres Verdiensts.

[5] Die Kurzarbeitsentschädigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer in die Kurzarbeit einwilligt. Tut er dies nicht, qualifiziert der Arbeitsausfall sozialversicherungsrechtlich als nicht anrechenbar und die Arbeitslosenkasse bezahlt nicht (Art. 33 Abs. 1 lit. d AVIG). Ebendiese Bestimmung hält fest, dass der Arbeitnehmer in diesem Fall «nach Arbeitsvertrag entlohnt werden muss». Die Frage, was es für eine allfällige Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin bedeutet, wenn ein Arbeitnehmer der Kurzarbeit nicht zustimmt, wurde höchstrichterlich noch nicht abschliessend geklärt. Sollte die Arbeitgeberin bei fehlender Zustimmung in Arbeitgeberverzug kommen (Art. 324 Abs. 1 OR), hätte dies für sie weitreichende Konsequenzen. Die Arbeitgeberin müsste dann den vollen bisherigen Lohn weiterleisten, ohne dafür von der Arbeitslosenkasse entschädigt zu werden. Der Arbeitnehmer seinerseits wäre nur noch reduziert oder gar nicht mehr leistungspflichtig. Weil gerade gut bis sehr gut verdienende Arbeitnehmer ein monetäres Interesse daran haben, die Kurzarbeit abzulehnen, könnte diese mangelnde Zustimmung mitunter zur Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin führen. Dieses Resultat würde dem Sinne und Zweck der Kurz-

¹ Grosser Dank geht an Rechtsanwältin MLaw Sarah Eichenberger für die wertvolle Mitarbeit an diesem Jusletter.

arbeitsentschädigung zuwiderlaufen. Denn mit der Kurzarbeitsentschädigung soll Stellenabbau und Arbeitslosigkeit verhindert werden. Dieses Ziel wird nicht erreicht, wenn die Arbeitgeberinnen zahlungsunfähig werden und Konkurs gehen.

[6] Um zu beurteilen, ob für die Arbeitgeberin im Falle einer Ablehnung der Kurzarbeit durch den Arbeitnehmer eine Pflicht zur Entrichtung des vollen Lohns besteht, muss zunächst geklärt werden, in welchen Konstellationen die Arbeitgeberin überhaupt noch eine Lohnfortzahlungspflicht trifft.

3. Wo endet die Risikosphäre der Arbeitgeberin?

3.1. Betriebsrisiko, wirtschaftliches Risiko, höhere Gewalt

[7] Der Arbeitsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass Arbeit gegen Lohn geleistet wird. Wenn der Arbeitnehmer keine Arbeit erbringt, schuldet die Arbeitgeberin grundsätzlich auch keinen Lohn («ohne Arbeit kein Lohn»). Der Gesetzgeber hat hier jedoch punktuell eingegriffen und der Arbeitnehmer hat in gewissen Ausnahmefällen auch dann Anspruch auf Lohn, wenn er nicht arbeitet. So etwa gemäss Art. 324a/b OR, wenn er z.B. wegen Krankheit oder Unfall arbeitsunfähig ist. Eine weitere Ausnahme bildet der Arbeitgeberverzug, der in Art. 324 Abs. 1 OR geregelt ist. Kann der Arbeitnehmer die Arbeit «infolge Verschuldens» der Arbeitgeberin nicht leisten oder kommt die Arbeitgeberin «aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug», ist der Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung befreit, erhält aber trotzdem seinen Lohn.² Wie weit genau die Risikosphäre der Arbeitgeberin reicht, ist nicht abschliessend geklärt.

[8] Einigkeit besteht grundsätzlich darüber, dass das *Betriebsrisiko* und das *wirtschaftliche Risiko* zur Sphäre der Arbeitgeberin gehören und sie dort auch die Lohnfortzahlungspflicht trifft. Zum Betriebsrisiko gehören z.B. Personalmangel, fehlende Rohstoffe, Ausfall der Heizung oder Bewilligungsentzug. Unter das wirtschaftliche Risiko fallen z.B. ausbleibende Aufträge, eine defizitäre Produktion oder Preiszerfall.³ Mit diesen Risiken muss die Arbeitgeberin kalkulieren. Ihnen ist gemein, dass sie marktbedingt oder von Dritten verschuldet oder verursacht sind, für die die Arbeitgeberin einzustehen hat (z.B. Hilfspersonen, Arbeitnehmer).

[9] Weniger klar ist die Zuordnung bei der dritten Risikogruppe «*Zufall und höhere Gewalt*»:

- Die Botschaft stützt sich auf die allgemeinen Regeln des Gläubigerverzugs nach Art. 91 OR und stellt darauf ab, ob die Arbeitgeberin die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers *ungerecht-*

² Zum Ganzen statt vieler ADRIAN STAEHLIN, in: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, 4. Aufl., Zürich 2006 (zit. ZK OR-VERFASSER), Art. 324 N 10 ff.

³ Vgl. zum Ganzen ULIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH), Art. 324 N 5 m.w.H.; RÉMY WYLER/BORIS HEINZER/DAVID ZANDIRAD, Droit du travail, 4. Aufl., 2019, S. 263; ZK OR-STAEHLIN (Fn. 2), Art. 324 N 12–14; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI, in: Berner Kommentar Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Bern 2010 (zit. BK OR-AUTOR), Art. 324 N 38 ff.

fertigterweise nicht annimmt.⁴ Auch kantonale Gerichte⁵ und ein Teil der Lehre⁶ stellen auf das Kriterium der Rechtfertigung ab. Für die Frage, in welchen Fällen die Nichtannahme der Arbeit gerechtfertigt sei, verweisen sie auf die Betriebsrisikolehre, womit die Frage offenbleibt, ob Zufall und höhere Gewalt zum Risiko der Arbeitgeberin gehören oder nicht.⁷

- Andere Stimmen unterscheiden danach, ob ein Ereignis mehr oder weniger *spezifisch die Arbeitgeberin* (so z.B. bei der Zerstörung der Fabrik durch Erdbeben) oder aber *eine Vielzahl von Arbeitgeberinnen* gleichermaßen trifft (z.B. wenn Länder Einfuhr- oder Lieferboykotts gegenüber anderen Staaten verhängen, bei grossräumigen politischen Unruhen und bei Naturkatastrophen und Seuchen). Wenn die Arbeitgeberin spezifisch betroffen ist, trägt sie das Lohnrisiko nach Art. 324 Abs. 1 OR, wenn die Arbeitgeberin aber als eine von vielen einen Arbeitsausfall verzeichnet, fällt das Risiko nicht in ihre Sphäre und sie ist von der Lohnzahlungspflicht befreit.⁸

⁴ BBl 1967 II 330.

⁵ OGer LU vom 30. November 1998, JAR 1999, S. 158 ff.: «Zu beachten ist, dass nach allgemeiner Regelung nur die ungerechtfertigte Annahmeverweigerung den Gläubigerverzug begründet. Bei der umstrittenen Grenzziehung zwischen gerechtfertigter und ungerechtfertigter Annahmeverweigerung geht es darum, den angemessenen Umfang des Betriebsrisikos zu bestimmen, für das der Arbeitgeber einzustehen hat. Sind nämlich die Folgen von Leistungsstörungen ein Ausfluss des Betriebsrisikos, das der Arbeitgeber tragen muss, dann ist der Verzug i.S. von Art. 324 OR ungerechtfertigt. Hat hingegen der Arbeitgeber – weil ausserhalb seines Betriebsrisikos – für die Leistungsstörung nicht einzustehen, dann ist sein Verhalten gerechtfertigt, und er braucht keinen Lohn zu zahlen.»

⁶ THEO GUHL/ALFRED KOLLER, in: Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, § 46. Der Arbeitsvertrag, 9. Aufl., 2000, N 83; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 3), Art. 324 N 10 f.

⁷ Vgl. aber JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMY WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, in: Newsletter DroitDuTravail.ch vom 9. April 2020, S. 4, welche aus dem Wortlaut der Botschaft ableiten, dass es sich nur dann um Arbeitgeberverzug handeln könne, wenn die Arbeitgeberin die Leistung ohne berechtigten Grund («sans motif légitime») nicht annehme. Die Botschaft sehe den Fall höherer Gewalt nicht vor. Deshalb seien die allgemeinen Regeln nach Art. 119 OR anzuwenden, wobei Art. 119 Abs. 3 OR restriktiv auszulegen sei. Der Gesetzgeber habe nicht beabsichtigt, der Arbeitgeberin die Kosten für Fälle höherer Gewalt aufzuerlegen, die über den Unternehmensbereich hinausgehen.

⁸ Vgl. Gewerbliches Schiedsgericht Basel-Stadt vom 14. Februar 1964, BJM 1965 77, wo darauf abgestellt wird, ob der Stromausfall durch das Elektrizitätswerk verursacht wurde (keine Lohnfortzahlungspflicht) oder einem Mangel der Fabrikmotoren zuzuschreiben war (Lohnfortzahlungspflicht); THOMAS PIETRUSZAK, in: Kurzkomentar zum Obligationenrecht, Basel 2014, Art. 324 N 8: Naturkatastrophen, die nicht den Betrieb der Arbeitgeberin spezifisch treffen, sondern z.B. zu einer allgemeinen Unterbrechung der Verkehrswege führen, Seuchen und politische Unruhen sind nicht dem Risikobereich der Arbeitgeberin zuzuordnen; THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, in: Jusletter 14. April 2020, N 22: Die Nichtannahme der Arbeitsleistung ist gerechtfertigt, wenn kein objektiver, d.h. jedermann treffender Grund gegeben ist oder sich die Arbeitgeberin mit der Annahme der Arbeitsleistung unzumutbaren rechtlichen Risiken aussetzen würde; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Fragen bei Umweltkatastrophen, ZBJV 142/2006, S. 178: keine Lohnfortzahlungspflicht bei allgemeiner Unterbrechung der Verkehrswege; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019, Fn. 751 zu Rz. 429: schliessen «aussergewöhnliche Vorfälle» wie Naturkatastrophen und Krieg vom Unternehmerisiko aus.

- Gewisse Autoren⁹ und das SECO¹⁰ verweisen sämtliche Risiken, die dazu führen, dass die Arbeitgeberin keine Arbeit anbieten kann – insbesondere auch Arbeitsausfälle zufolge Naturkatastrophen, Seuchen, Pandemien – *pauschal in die Sphäre der Arbeitgeberin*.

[10] Nach der hier vertretenen Auffassung kann die zuletzt aufgeführte Meinung nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprochen haben. Die Botschaft zu Art. 324 OR sagt klar, dass das Lohnrisiko die Arbeitgeberin nur dann treffe, wenn sie die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers *ungerechtfertigterweise* nicht annehme.¹¹ Das bedeutet im Umkehrschluss, dass es Fälle geben muss, in welchen die Nichtannahme der Arbeitsleistung durch die Arbeitgeberin gerechtfertigt und diese von der Lohnzahlung befreit ist.¹² Der Gesetzgeber wollte offensichtlich nicht jedes beliebige Risiko, das nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt, ohne jede Differenzierung der Arbeitgeberin auferlegen. Es muss also einen Bereich geben, der weder zur Risikosphäre des Arbeitnehmers noch zu derjenigen der Arbeitgeberin gehört und deshalb beide Parteien von der Leistungspflicht befreit sind.¹³

[11] Diesem Schluss kann auch nicht entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung geschaffen habe, um die Arbeitgeberin von ihrer Lohnzahlungspflicht zu entlasten und deshalb Art. 324 Abs. 1 OR bei jeder Nichtannahme der Arbeitsleistung durch die Arbeitgeberin Anwendung finden müsse:

- Erstens können die sozialversicherungsrechtlichen Regeln nicht *tel quel* auf das Zivilrecht angewendet werden. Es gelten unterschiedliche Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Ent-

⁹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 324 N 5: weisen das Risiko der Arbeitgeberin zu und nennen als Beispiele Stromausfall wegen eines schweren Gewitters oder der unterbliebene Rohstoffnachschub zufolge mehrtätiger Sperrung des europäischen Flugraums wegen eines Vulkanausbruchs; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 3), Art. 324 N 38–43, WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 7. Aufl., Basel 2019, (zit. BSK OR-VERFASSEN), Art. 324 N 4: ordnen Naturkatastrophen und staatliche Herstellungsverbote pauschal dem Betriebsrisiko zu; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 5/2020, S. 546: Die Arbeitgeberin hat die Folgen von höherer Gewalt oder von Zufall zu tragen; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter vom 23. März 2020 (zit. GEISER/MÜLLER/PÄRLI), N 22, 40–42 und 92: Die Folgen einer Pandemie sind «vorhersehbar» und gehören deshalb zum Betriebsrisiko.

¹⁰ SECO, «FAQ Pandemie und Betrieb», 11. März 2020 (https://www.sz.ch/public/upload/assets/45378/faq_pandemia_de.pdf), alle Websites zuletzt besucht am 14. Mai 2020), Frage 19: «Was sind die Folgen für die Lohnfortzahlung, wenn der Betrieb auf Grund einer behördlichen Anweisung geschlossen wird?», Antwort: «Da der Betrieb das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt, besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlungspflicht, auch wenn dies den Arbeitgeber stark belasten kann. Der Arbeitnehmer kann allerdings auf Grund seiner Treupflicht unter Umständen dazu verpflichtet werden die verpassten Arbeitszeiten nachzuholen.»

¹¹ BBl 1967 II 330: «Der Arbeitgeber gerät nach allgemeinen Grundsätzen in Annahmeverzug, wenn er ungerechtfertigterweise die vom Arbeitnehmer ordnungsgemäss angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt oder die ihm obliegenden Vorbereitungs- und Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt (Art. 91 OR).» Die Botschaft fährt fort, dass die Annahmeverweigerung bereits dann ungerechtfertigt sei, wenn die Arbeitgeberin sich nicht auf einen gesetzlich anerkannten Grund berufen könne und verweist dabei auf den französischen Text von Art. 91 OR («sans motif légitime»). Das geht zu weit und es handelt sich offensichtlich um einen Übersetzungsfehler («sans motif légitime» muss richtigerweise mit «ohne berechtigten Grund» übersetzt werden.

¹² Bestätigt in einem konkreten Anwendungsfall durch OGer LU vom 30. November 1998, JAR 1999, S. 158 ff.: Kein Annahmeverzug der Arbeitgeberin, wenn sie für eine gekündigte Arbeitnehmerin eine Nachfolgerin einstellt, die Gekündigte noch während der Kündigungsfrist schwanger wird, aber nach der vermeintlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses noch sechs Wochen mit dem Anbieten der Arbeit zuwartet.

¹³ Auch das Kriterium der «Vorhersehbarkeit» eines Arbeitsausfalls ist nicht brauchbar, da es im zivilrechtlichen Kontext von Art. 91 OR nicht vorgesehen und offenbar dem Sozialversicherungsrecht (Art. 33 AVIG) entliehen ist (THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, in: Jusletter 14. April 2020, N 18).

sprechend ist die zivilrechtliche Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin keine gesetzliche Voraussetzung zum Erhalt der Kurzarbeitsentschädigung.

- Zweitens steht der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zwar der Arbeitgeberin zu, kommt aber letztlich dem Arbeitnehmer als versicherter Person zu Gute. Art. 1a AVIG stellt in diesem Zusammenhang klar, dass das AVIG den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle garantieren will. Das AVIG unterscheidet nicht nach dem zivilrechtlichen Grund des Erwerbsausfalls. Die Kurzarbeitsentschädigung deckt somit nicht nur das Lohnzahlungsrisiko der Arbeitgeberin nach Art. 324 Abs. 1 OR ab, sondern muss umso mehr das Risiko decken, dass der Arbeitnehmer ohne Lohn ausgehen könnte.
- Drittens bezweckt die Kurzarbeitsentschädigung, Kündigungen und damit Arbeitslosigkeit zu verhindern. Das Gesetz unterscheidet aber nicht danach, ob die Kündigung von der Arbeitgeberin oder vom Arbeitnehmer ausgeht (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG; siehe auch unten N 5.1.1).

[12] Wo genau die Grenze zu ziehen ist zwischen der Risikosphäre der Arbeitgeberin und dem Bereich, in welchem beide Parteien befreit sind, bleibt ein schwieriges Unterfangen. Die Nichtannahme der Arbeitsleistung durch die Arbeitgeberin muss aber umso eher gerechtfertigt sein, je weiter weg die Ursache des Arbeitsausfalls von der individuellen Arbeitgeberin liegt und je weniger singulär sie betroffen ist.

[13] Die WHO definiert eine Pandemie als eine weltweite Ausbreitung einer neuen Krankheit¹⁴ und hat COVID-19 am 11. März 2020 zur Pandemie erklärt.¹⁵ Es gibt nur wenige Situationen, die eine noch weitere Tragweite und Betroffenheit bewirken könnten, denkbar wäre das z.B. bei Kriegswirren oder drastischen klimatischen Veränderungen wie das Ansteigen des Meeresspiegels oder die Erderwärmung. Nach der hier vertretenen Auffassung ist die COVID-19-Pandemie deshalb klar dem Bereich zuzuordnen, den die Arbeitgeberin nicht mehr zu verantworten hat; die Nichtannahme der Arbeit somit gerechtfertigt und sie von der Lohnzahlungspflicht befreit ist.

[14] Die gegenwärtig unzähligen Betriebsreduktionen und -schliessungen in der Schweiz können mit ganz wenigen Ausnahmen alle auf die Pandemie zurückgeführt werden. Das Coronavirus und dessen rasante Ausbreitung standen am Anfang der Kausalkette. Die einzelnen Betriebe sind aber unterschiedlich mittelbar betroffen:

- Gewisse Betriebe (z.B. Konzertveranstalter, Fitnesscenter) mussten vorübergehend aufgrund staatlicher Anordnung schliessen oder reduzieren (Art. 6, 10a Abs. 2 und 3 COVID-19-Verordnung 2).
- Andere Betriebe sind indirekt zufolge staatlicher Eingriffe eingeschränkt (z.B. Passagierflugbetriebe wegen temporärer Einreise- und Ausreisebeschränkungen).
- Wiederum andere Betriebe verzeichnen Umsatzeinbussen und Arbeitsausfälle zufolge Lieferverzögerungen oder wegen Ausbleibens der Kundschaft.

¹⁴ WHO, «What is a pandemic?», 24. Februar 2010 («https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/en/»).

¹⁵ WHO, «WHO Timeline – COVID-19», 27. April 2020 («<https://www.who.int/news-room/detail/08-04-2020-who-timeline-covid-19>»).

- Schliesslich gibt es Betriebe, die ihre Tore schliessen, ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein, so z.B. solche, welche die staatlichen Schutzmassnahmen (Abstands- und Hygienevorschriften) umsetzen könnten, aber nicht wollen oder Betriebe, welche schliessen, weil einzelne Mitarbeiter positiv auf das Coronavirus getestet wurden und die Arbeitgeberin deshalb befürchtet, dass andere Mitarbeiter infiziert sein könnten.

[15] Würde aber einzig auf die Pandemie als Ursache abgestellt, müssten alle der oben erwähnten Arbeitgeberinnen keine Löhne mehr bezahlen. Dieses Resultat befriedigt nicht, weshalb zu differenzieren ist:

3.1.1. Lohnfortzahlungspflicht bei bestehendem Entscheidungsspielraum

[16] Kann die Arbeitgeberin (zumindest theoretisch) noch frei disponieren und die Risiken der verschiedenen Szenarien selbstständig abwägen, muss der Arbeitsausfall noch der Risikosphäre der Arbeitgeberin zugeordnet werden. So steht es etwa einem Treuhandunternehmen grundsätzlich frei, den Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten; der Bundesrat schränkt solche Dienstleistungsbetriebe nicht ein. Werden die Arbeitnehmer (vereinzelt oder gesamthaft) vorübergehend nicht beschäftigt, weil keine genügende Homeoffice-Infrastruktur besteht und die Einhaltung von Abstandsvorschriften und Hygienemassnahmen im Büro nicht sichergestellt werden können, erfolgt dies auf Anordnung der Arbeitgeberin unter entsprechender Abwägung der Risiken. Die auf der autonomen Entscheidung der Arbeitgeberin beruhende Nichtannahme der durch die Arbeitnehmer angebotenen Arbeit stellt trotz schwieriger Umstände einen Annahmeverzug dar. Art. 324 Abs. 1 OR ist anwendbar. Der Arbeitnehmer hat daher grundsätzlich Anspruch auf volle Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin.¹⁶

[17] Dies bedeutet mitunter, dass der Arbeitnehmer die Wahl hat, ob er in die Kurzarbeit einwilligt (wenn die Kurzarbeitsentschädigung von den Behörden denn überhaupt gewährt wird) und damit auf einen Anteil des Lohnes verzichtet oder ob er auf der vollumfänglichen Lohnfortzahlungspflicht seiner Arbeitgeberin beharrt und damit das Risiko deren Zahlungsunfähigkeit respektive seiner Kündigung in Kauf nimmt. Lehnt der Arbeitnehmer die Kurzarbeit ab, muss ihm die Arbeitgeberin den vertraglich vereinbarten Lohn vollumfänglich weiter entrichten.

3.1.2. Keine Lohnfortzahlungspflicht bei fehlendem Entscheidungsspielraum

[18] Hat die Arbeitgeberin während anhaltender Pandemie keinen Einfluss auf eine Reduktion oder Schliessung des Betriebs oder wäre die Weiterführung des Betriebs wirtschaftlich komplett unsinnig (was die Arbeitgeberin zu beweisen hat), ist die Verweigerung der Arbeitsannahme aus objektiver Sicht gerechtfertigt und es liegt keine Verzugssituation vor. Die Ausnahmeregelung von Art. 324 Abs. 1 OR greift hier nicht, da dieser Fall keiner Risikosphäre mehr zugeordnet werden kann. Vielmehr kommt der allgemeine Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» zum Tragen.

[19] Dies muss nach der hier vertretenen Auffassung unabhängig vom unmittelbaren Grund der Betriebsschliessung und von der Länge der Kausalkette gelten. Wenn der ausländische Hersteller seine Produktion Coronavirus-bedingt einstellt, der Zulieferer den Schweizer Retailhandel nicht

¹⁶ Ein realer oder hypothetischer Ersatzverdienstes ist nach Art. 324 Abs. 2 OR abzuziehen.

mehr beliefern kann und ein einzelner Retailer deshalb den Betrieb einstellen muss, trifft Letzteren keine Lohnfortzahlungspflicht. Dasselbe muss für ein Luxusuhrengeschäft gelten, bei dem (schon bevor die Behörden den Betrieb geschlossen haben) aufgrund der Folgen von COVID-19 die Laufkundschaft ausblieb. Auch hier verwirklicht sich ein Risiko, das mittelbar der Pandemie zuzuordnen ist, deshalb nicht in die Risikosphäre des Uhrengeschäfts fällt und dieses keine andere Wahl hat, als den Betrieb vorübergehend einzustellen.

[20] In diesen Fällen, in welchen die Arbeitgeberin ohnehin keine Lohnfortzahlungspflicht trifft, bewirkt der Arbeitnehmer mit der Verweigerung der Zustimmung zur Kurzarbeit nichts (abgesehen von der Verwirkung seines eigenen Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung). Dieses Resultat überzeugt, denn in der Praxis werden grösstenteils Arbeitnehmer im Hochlohnsegment die Verweigerung der Zustimmung in Betracht ziehen. Kann nun das eingetretene Risiko vernünftigerweise nicht der Sphäre der Arbeitgeberin zugeordnet werden und verfügt sie über keinen Entscheidungsspielraum, wäre es stossend, wenn sehr gut verdienende Arbeitnehmer die Arbeitgeberin mit der Verweigerung der Zustimmung in den finanziellen Ruin treiben könnten. Dies würde zur Schädigung sämtlicher, auch der weniger gut bezahlten Arbeitnehmer führen und liefere dem Ziel der Kurzarbeitsentschädigung somit diametral zuwider.

3.2. Schlussfolgerung

[21] Verfügt die Arbeitgeberin hinsichtlich einer Betriebsschliessung aufgrund des Coronavirus über keinen Entscheidungsspielraum, wird der Betrieb etwa auf behördliche Anordnung hin geschlossen oder ist der Arbeitsausfall objektiv unvermeidbar, liegt die Arbeitsverhinderung weder in der Risikosphäre der Arbeitgeberin noch des Arbeitnehmers und für den entsprechenden Zeitraum besteht keine Lohnfortzahlungspflicht. Stimmen Arbeitnehmende in diesem Fall der Kurzarbeit nicht zu, haben sie keinen Lohnfortzahlungsanspruch.

[22] Wenn die Einführung der Kurzarbeit aber auf eine eigenständige Entscheidung der Arbeitgeberin zurückzuführen ist, diese also theoretisch noch eine Wahl hätte, fällt das Risiko auf die Arbeitgeberin zurück. In diesem Fall ist weiterhin der volle Lohn geschuldet, wenn ein Arbeitnehmer die Kurzarbeit ablehnen sollte.

4. Die zivilrechtliche Bedeutung der Zustimmung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit

4.1. Fragestellung

[23] Wie oben ausgeführt, setzt der Anspruch gegenüber der Arbeitslosenkasse auf Kurzarbeitsentschädigung voraus, dass der Arbeitnehmer in die Kurzarbeit einwilligt. Gänzlich offen ist damit aber die Frage, welche zivilrechtlichen Konsequenzen diese Zustimmung gegenüber der Arbeitgeberin hat. Dieser Frage widmen sich die folgenden Abschnitte.

4.2. Wenn die Kurzarbeit in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt

[24] Wenn die Kurzarbeit in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt, kommt die Arbeitgeberin nach Art. 324 Abs. 1 OR in Annahmeverzug. Der Lohnfortzahlungsanspruch bei Annahmeverzug

nach Art. 324 Abs. 1 OR ist relativ zwingend, d.h. der Arbeitnehmer kann nicht darauf verzichten (Art. 362 Abs. 1 OR). Dies gilt allerdings nach Art. 341 Abs. 1 OR nur für bereits entstandene Forderungen, jedoch nicht für die Zukunft. Der Arbeitnehmer kann also rechtsgültig darin einwilligen, dass er im Umfang (künftiger) Kurzarbeit einen reduzierten Lohnanspruch hat; die Arbeitgeberin kommt dann schon gar nicht erst in Annahmeverzug.¹⁷ Die Gesetzesmaterialien zeigen klar, dass auch der Gesetzgeber von der Zulässigkeit vertraglicher Einführung von Kurzarbeit ausging.¹⁸

[25] Für das Einholen der Zustimmung verwenden die Arbeitgeberinnen häufig das SECO-Formular 716.315¹⁹, das normalerweise zum Nachweis der Einwilligung der einzelnen Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitslosenkasse verwendet wird. In diesem Formular erklären sich die Arbeitnehmer einzeln und unterschriftlich mit der Anordnung von Kurzarbeit für einen bestimmten Zeitraum einverstanden. Im Formular wird aber nicht darauf hingewiesen, dass die Kurzarbeit auch zu einer Verminderung des Lohnes für die Zeit der Kurzarbeit führt. Für den Arbeitnehmer ist aber allein aufgrund der Tatsache, dass die Arbeitgeberin Kurzarbeit einführt, erkennbar, dass die Kurzarbeit nur dann Sinn macht, wenn sie mit einer Lohnkürzung verbunden ist. Entsprechend willigt der Arbeitnehmer mit seiner Zustimmung zur Kurzarbeit auch in die mit der Kurzarbeit einhergehende Lohnkürzung ein.²⁰ Die Offerte der Arbeitgeberin zur Kurzarbeit und das Akzept des Arbeitnehmers qualifizieren somit als vorübergehende Vertragsänderung. Damit steht auch fest, dass der Arbeitnehmer seine Einwilligung zur Kurzarbeit grundsätzlich nicht einseitig widerrufen kann, sondern für den vereinbarten Zeitraum der Kurzarbeit an die Vertragsänderung gebunden ist. Immerhin kann davon ausgegangen werden, dass die Einwilligung des Arbeitnehmers unter der Bedingung steht, dass er von der Arbeitgeberin nicht aus wirtschaftlichen Gründen doch noch entlassen wird (dazu nachfolgend Ziff. 5.2).

[26] Gewisse Autoren vertreten die Ansicht, dass der Arbeitnehmer die Zustimmung auch stillschweigend geben kann, indem er von der Arbeitgeberin über die Kurzarbeit informiert wird und diese widerspruchslos duldet.²¹ Dem ist beizupflichten. Denn auch in diesem Fall ist für den Arbeitnehmer erkennbar, dass die Kurzarbeit nur dann Sinn macht, wenn sie mit einer Lohnkürzung verbunden ist. Vorsicht ist geboten bei Arbeitsverträgen mit Schriftformvorbehalt. Wenn aber die Aufhebung des Formvorbehaltes nicht selbst einer Form unterstellt ist, wird regelmässig davon auszugehen sein, dass die Parteien den Formvorbehalt ebenfalls stillschweigend aufgehoben haben, wenn der Arbeitnehmer Kurzarbeit widerspruchslos duldet.

[27] Es stellt sich ausserdem die Frage, wie die Einwilligung eines Arbeitnehmers zur Kurzarbeit zu verstehen ist, wenn er sich im Hochlohnsegment bewegt. Wenn der Betrieb nur teilweise schliesst, erhält der Arbeitnehmer für die Zeit, in welcher er noch teilweise arbeitet, weiterhin den vollen Lohn von der Arbeitgeberin. Für den Arbeitsausfall erhält er über die Arbeitslosen-

¹⁷ Vgl. GewGer ZH, JAR 1980, 181; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 3), Art. 324 N 19 m.w.H.

¹⁸ BBl 1967 II 330 f.: «Diese Einreihung [unter die relativ zwingenden Vorschriften nach Art. 362 OR] steht einer Abrede über das unentgeltliche Aussetzen des Arbeitnehmers von der Arbeit oder über die vorübergehende Herabsetzung der wöchentlichen oder täglichen Arbeitszeit nicht entgegen. Denn nur bei einer einseitigen Anordnung von Arbeitsaussetzung oder Kurzarbeit käme der Arbeitgeber in Annahmeverzug.»

¹⁹ SECO, «Formular 716.315: Zustimmung zur Kurzarbeit» (https://www.arbeit.swiss/dam/secoalv/de/dokumente/formulare/arbeitgeber/kae/716-315-d_ausfuellbar.pdf.download.pdf/716-315-d_ausfuellbar.pdf).

²⁰ CHRISTINE HEUSS-LÜDIN, Kurzarbeit, Basel 1977, S. 83; ZK OR-STAEHELIN (Fn. 2), Art. 322 N 44; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 322 N 13.

²¹ ZK OR-STAEHELIN (Fn. 2), Art. 322 N 44; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 322 N 13.

kasse jedoch nur 80% von maximal CHF 12'350 pro Monat; arbeitgeberähnliche Arbeitnehmende sogar nur CHF 3'320 pro Monat (siehe oben Ziff. 2). Das kann zu massiven Lohneinbussen führen und es stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer von der Arbeitgeberin fordern kann, dass sie für das Lohndelta aufkommt.

[28] Berechnungsbeispiel für einen Arbeitnehmer mit einem Fixsalär von CHF 420'000 p.a. (CHF 35'000 p.M.), Arbeitsausfall von 70%, für einen Monat:

Tätigkeit	Entschädigung	Betrag	Kostenträger
Arbeit 30%	30% Lohn	CHF 10'500	Arbeitgeberin
Arbeitsausfall 70%	80% von 70% von CHF 12'350 Kurzarbeitsentschädigung	CHF 6'916	Arbeitslosenkasse (gegenwärtig keine Karenztage nach Art. 32 AVIG)
TOTAL		CHF 17'416	

[29] Wenn der Arbeitnehmer ausdrücklich oder stillschweigend in die Kurzarbeit einwilligt, ist er – wie oben ausgeführt – implizit auch mit der Lohnkürzung einverstanden, die mit der Kurzarbeit einhergeht. Für den Arbeitnehmer im Hochlohnsegment darf nichts anderes gelten als für die anderen Arbeitnehmer. Er weiss, dass er den vertraglich vereinbarten Lohn nur noch für die Teilzeit erhält, in der er effektiv weiterarbeiten kann. Er weiss auch, dass für die Kurzarbeit die Arbeitslosenkasse aufkommt und dass Sozialversicherungsleistungen ganz grundsätzlich immer nach oben hin begrenzt sind. Für eine Irrtumsanfechtung bleibt nach hier vertretener Ansicht deshalb kein Raum. Anders wäre die Rechtslage wohl nur dann, wenn die Arbeitgeberin vor der Zustimmungserklärung des Arbeitnehmers den Anschein erweckt hätte, dass sie für die Lohndifferenz aufkommen wolle.

[30] Will der Arbeitnehmer sich mit der Lohneinbusse nicht zufriedengeben, wird er die Zustimmung zur Kurzarbeit verweigern und stattdessen seinen vollen Lohn aus Art. 324 Abs. 1 OR geltend machen. Er geht dann allerdings das Risiko ein, die Kündigung zu erhalten (zu deren Rechtmässigkeit siehe nachfolgend Ziff. 5.3).

[31] Einvernehmliche Regelungen über die (Teil-)Übernahme des Lohnausfalls des Arbeitnehmers durch die Arbeitgeberin wirken diesen Risiken entgegen. Nach hier vertretener Auffassung dürfen solche privatrechtlichen Regelungen im überobligatorischen Bereich auch nicht zu einer nachträglichen Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung durch die Behörden führen. Zweck der Kurzarbeitsentschädigung ist einzig, Kündigungen zu verhindern. Eine irgendwie geartete finanzielle Notlage des Betriebes ist keine Voraussetzung, um Kurzarbeitsentschädigung zu erhalten.²²

²² Mit derselben Begründung lehnte der Ständerat am 5. Mai 2020 einen Vorstoss ab, der dazu geführt hätte, dass Unternehmen, die Kurzarbeitsentschädigung beanspruchen, während zwei Jahren keine Dividenden mehr hätten ausschütten dürfen. Der Vorstoss, der vom Nationalrat zunächst gutgeheissen worden war, ist damit erledigt (vgl. NZZ vom 6. Mai 2020, «Ständerat versenkt Dividendenverbot» («<https://www.nzz.ch/schweiz/coronakrise-dividendenverbot-bei-kurzarbeit-scheitert-ld.1555175?reduced=true>»)).

4.3. Wenn die Kurzarbeit nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt

[32] Wenn die Kurzarbeit nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt, muss der Arbeitnehmer keine Arbeit leisten (oder nur noch zum Teil) und die Arbeitgeberin schuldet für den Ausfall keinen Lohn. Das Akzept oder die Ablehnung der Kurzarbeit durch den Arbeitnehmer vermag am Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» nichts zu ändern. Die Einwilligung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit zeigt aber Wirkungen gegenüber der Arbeitslosenkasse – denn diese bezahlt die Kurzarbeitsentschädigung nur für jene Mitarbeiter, die in die Kurzarbeit einwilligen.

4.4. Schlussfolgerung

[33] Wenn der Arbeitnehmer in die Kurzarbeit einwilligt, ist ihm klar, dass er auch eine Lohnreduktion zu gewärtigen hat. Dies gilt für Arbeitnehmer im Hochlohnsegment genau gleich wie für Arbeitnehmer, deren Löhne sich unterhalb des Maximums der Kurzarbeitsentschädigung bewegen, auch wenn bei Ersteren die Lohneinbusse wesentlich höher ausfällt. Eine Pflicht der Arbeitgeberin, die Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitslosenkasse für Arbeitnehmer im Hochlohnsegment aufzubessern, wäre höchstens dann denkbar, wenn die Arbeitgeberin beim Arbeitnehmer entsprechende Erwartungen geweckt hätte.

5. Lohn und Kurzarbeitsentschädigung bei Kündigung nach Anordnung der Kurzarbeit

5.1. Sozialversicherungsrechtliche Konsequenzen der Kündigung

[34] Sinn der Kurzarbeitsentschädigung ist es, Kündigungen zu vermeiden. Kann dieses Ziel nicht (mehr) erreicht werden, schuldet die Arbeitslosenkasse keine Kurzarbeitsentschädigung. Entsprechend haben gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG Arbeitnehmer nur dann Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn «das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist». Der Wortlaut des Gesetzes stellt nur auf den Umstand ab, *dass* das Arbeitsverhältnis gekündigt ist. Daraus könnte geschlossen werden, dass es nicht darauf ankommt, von wem die Kündigung ausgeht²³ und welche Motive zur Kündigung führen²⁴. Die Botschaft führt zu dieser Bestimmung aber aus, dass sie zusammen mit der Regelung zu lesen sei, wonach die Kurzarbeit tatsächlich zur Erhaltung von Arbeitsplätzen dienen soll (heute Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG). Das kann aber nur bedeuten, dass der Gesetzgeber mit dem Institut der Kurzarbeitsentschädigung keine generelle Kündigungshürde errichten wollte. Es sollen lediglich Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen im Zusammenhang mit dem vorübergehenden Arbeitsausfall vermieden werden – allerdings egal von wem sie ausgehen. Wenn der Arbeitnehmer also z.B. wegen ungenügender Leistungen entlassen wird oder der Arbeitnehmer selbst das Arbeitsverhältnis auflöst, weil die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht verletzt hat, lässt sich aus den Gesetzesmaterialien nicht ableiten, dass die Kurzarbeitsentschädigung entfallen soll.

²³ So AVIG-Praxis KAE, B27.

²⁴ BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2019 (zit. KUPFER BUCHER), S. 257; AVIG-Praxis KAE, B27.

[35] Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geht nicht etwa bereits mit dem Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung unter, sondern erst ab Beginn der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist.²⁵ Es soll der Arbeitgeberin nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie die Kündigung mit einer gewissen Vorlaufzeit notifiziert hat. Denn es scheint unbillig jene zu bestrafen, die mit einer zu langen Frist kündigen und damit die Chancen für einen nahtlosen Übergang zu einer neuen Arbeitgeberin und Verhinderung der Arbeitslosigkeit erhöhen.

[36] Wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis erst im Anschluss an die Kurzarbeit kündigt, stellt sich die Frage, ob die Arbeitslosenkasse einen Rückforderungsanspruch auf bereits ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung hat. Diese Frage ist grundsätzlich zu verneinen. Eine Rückforderung würde dem Gesetzeswortlaut von Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG widersprechen. Und – wie eben gesagt – geht der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erst mit Wirkung ab Beginn der vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfrist unter. Denkbar wäre eine Rückforderung aber wohl dann, wenn sich nachträglich herausstellt, dass die Arbeitgeberin bereits bei der Voranmeldung der Kurzarbeit den Beschluss gefasst hatte, dass es zu Entlassungen kommen wird. Denn nach Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG setzt der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung voraus, dass erwartet werden darf, dass Arbeitsplätze erhalten bleiben.

5.2. Zivilrechtliche Konsequenzen der Kündigung

[37] Wenn der Arbeitnehmer in die Kurzarbeit eingewilligt hat, aber dann während oder im Anschluss an die Kurzarbeit entlassen wird, wird er in seinem Vertrauen darauf, dass durch die Kurzarbeit Kündigungen verhindert werden sollen, enttäuscht. Denn für die Arbeitgeberin ist erkennbar, dass der Arbeitnehmer nur deshalb in die Kurzarbeit und Lohnkürzung einwilligt, weil er davon ausgeht, sein Arbeitsplatz sei für eine gewisse Zeit gesichert. Die zivilrechtliche Einwilligung zur Kurzarbeit steht somit unter der auflösenden Bedingung, dass die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer nicht trotzdem entlässt. Die vorübergehende Vertragsänderung, wonach der Arbeitnehmer in die Kurzarbeit und die Lohnkürzung einwilligt, wird mit dem Eintritt der Bedingung aufgehoben. Dies hat zur Konsequenz, dass die Arbeitgeberin den Arbeitnehmer für den durch die Kurzarbeit entstandenen Lohnausfall (voller Lohn während der Kurzarbeit) nachträglich zu entschädigen hat.²⁶

[38] Dies darf und kann nach hier vertretener Auffassung allerdings nur dann gelten, wenn die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis aus wirtschaftlichen Gründen im Zusammenhang mit dem vorübergehenden Arbeitsausfall auflöst. Der Arbeitnehmer kann insbesondere nicht davon ausgehen, er sei auch vor einer Kündigung aus Leistungs- oder Verhaltensgründen geschützt. Und natürlich kann er den vollen Lohn auch dann nicht nachträglich einfordern, wenn er selbst das Arbeitsverhältnis kündigt.

²⁵ AVIG-Praxis KAE, B28; a.M. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 324 N 7: bereits ab Zeitpunkt der Zustellung der Kündigung; ebenso ANDREA HALBEISEN/ROGER RUDOLPH, Kurzarbeit und Kurzarbeitsentschädigung, TREX 2009, S. 290 ff. (zit. HALBEISEN/RUDOLPH), S. 291.

²⁶ Zum Ganzen BJM 1976 S. 313; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 324 N 7 m.w.H.; BK OR-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 3), Art. 324 N 9; HALBEISEN/RUDOLPH, S. 291; vgl. auch BGE 107 V 177 ff. E. 1b, m.w.H.; BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 9), Art. 324 N 16.

5.3. Risiko der Missbräuchlichkeit der Kündigung

[39] In Fällen, in welchen der Arbeitnehmer die Kurzarbeit ablehnt, sieht sich die Arbeitgeberin häufig genötigt, die Kündigung auszusprechen, um ihrem allfälligen Risiko der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324 Abs. 1 OR ein Ende zu bereiten. Dass es sich dabei nicht etwa um eine missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 OR handelt, hat das Bundesgericht ausdrücklich bestätigt. Als ein Arbeitnehmer die Zustimmung zur Kurzarbeit verweigerte und darauf von der Arbeitgeberin entlassen wurde, sah das Bundesgericht darin eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen.²⁷ Dasselbe muss für jene Fälle gelten, in welchen sich die Arbeitgeberin auf den Standpunkt stellt, sie schulde wegen höherer Gewalt keinen Lohn mehr, aber aus Gründen der Vorsicht trotzdem kündigt. Denn solange die Frage nach dem Ende der Risikosphäre der Arbeitgeberin gerichtlich nicht geklärt ist, kann es sich auch in diesen Fällen nur um eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen handeln.

6. Kurzfristiger Ferienbezug und Ferienbezug während Kurzarbeit

6.1. Fragestellung

[40] In diesem Abschnitt geht es zunächst um die Frage, ob die Arbeitgeberin vor Einführung der Kurzarbeit ihre Arbeitnehmer kurzfristig zu Ferien anhalten kann (nachfolgend Ziff. 6.2). Ist die Kurzarbeit einmal eingeführt und bei der kantonalen Amtsstelle vorangemeldet, stellt sich die Frage, wie hoch der Ferienlohnanspruch des Arbeitnehmers während der Kurzarbeit ausfällt (nachfolgend Ziff. 6.3) und ob die Arbeitgeberin von der Arbeitslosenkasse dafür entschädigt wird (nachfolgend Ziff. 6.4).

6.2. Zulässigkeit der Anordnung kurzfristiger Ferien in betrieblichen Not-situationen

[41] Nachdem die Behörden Versammlungsverbote und Betriebsschliessungen angeordnet hatten, sahen sich viele Arbeitgeberinnen veranlasst, ihre Arbeitnehmer zum Ferienbezug anzuhalten. Das sollte in erster Linie Kurzarbeit hinauszögern, dem Abbau von Rückstellungen dienen, aber auch verhindern, dass die Arbeitnehmer zu einem unliebsamen späteren Zeitpunkt Ferien beziehen, nämlich dann, wenn die Wirtschaft wieder ins Rollen kommt. Es stellt sich die Frage, ob solche kurzfristigen Zwangsferien zulässig sind.

[42] Unter normalen Umständen bestimmt gemäss Art. 329c Abs. 2 OR die Arbeitgeberin den Zeitpunkt des Ferienbezuges, hat aber dabei die Wünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Ausserdem bedarf es für die Anordnung von Ferien einer gewissen «Vorlaufzeit» (mindestens drei Monate).²⁸

[43] Viele Arbeitgeberinnen konnten heuer angesichts der besonderen Dringlichkeit die Ankündigungsfrist von drei Monaten nicht einhalten. Zusammen mit den Reisebeschränkungen, welche die meisten Länder beschlossen hatten, führte dies dazu, dass die Arbeitnehmer in ihrer Ferien-

²⁷ BGer 4A_555/2011 vom 23. Februar 2012, E. 2.3.3.

²⁸ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 329c N 7 m.w.H.

gestaltung stark eingeschränkt waren. Der Sinn und Zweck der Ferien – nämlich die Erholung des Arbeitnehmers – war damit aber nicht *per se* vereitelt. Vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer in Krisenzeiten ausserdem eine erhöhte Treuepflicht gegenüber der Arbeitgeberin hat, muss die einseitige Anordnung kurzfristiger Ferien nach hier vertretener Ansicht möglich und durchsetzbar sein.²⁹ In vielen Fällen werden die Arbeitnehmer ausserdem die Notlage erkannt und kooperiert haben. Wenn der Arbeitnehmer aber gegen die kurzfristige Ferienanordnung nicht protestiert und die Ferien tatsächlich bezieht, wäre die spätere Berufung auf nochmalige Ferien oder deren finanzielle Abgeltung wohl missbräuchlich.

[44] Nach hier vertretener Auffassung ist davon auszugehen, dass die kurzfristige Anordnung des Ferienbezugs nur für solche Ferienguthaben möglich ist, die aus vorangehenden Jahren stammen und dem Arbeitnehmer bis zum Zeitpunkt des Ferienbezugs angewachsen sind.³⁰

6.3. Lohnzahlungspflicht bei Ferienbezug

[45] Wenn der Arbeitnehmer während der Kurzarbeit Ferien bezieht, stellt sich die Frage, ob er Anspruch auf vollen Lohn oder nur den Kurzarbeitslohn hat.

[46] In der juristischen Literatur besteht grösstenteils Einigkeit darüber, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer, wenn dieser der Kurzarbeit zugestimmt und den Ferienbezug im fraglichen Zeitpunkt gewünscht hat,³¹ Ferienlohn nur im Umfang der Kurzarbeitsentschädigung zu bezahlen hat (80% des anrechenbaren Verdienstausfalles; maximal 80% von CHF 12'350). Der Arbeitnehmer verzichtet mit der Einwilligung zur Kurzarbeit auf einen Teil seines Lohnes (dazu oben Ziff. 4) und ist deshalb so zu stellen, wie wenn er gearbeitet oder eben nicht gearbeitet hätte. Er wird also gleichbehandelt wie sein kurzarbeitender Arbeitskollege.³² Wenn der Betrieb teilweise aufrechterhalten bleibt, beschlägt der Kurzarbeitslohn allerdings nur jenen Teil der Arbeitszeit, der zufolge Kurzarbeit ausgefallen wäre. Für jene Zeit, in welcher der Arbeitnehmer gearbeitet hätte, schuldet die Arbeitgeberin den vollen Lohn. Den vollen Lohn für die ganze Zeit schuldet die Arbeitgeberin dann, wenn der Arbeitnehmer die Kurzarbeit nicht akzeptiert.

[47] Es stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin den (allenfalls reduzierten) Ferienlohn auch dann schuldet, wenn der Arbeitsausfall nicht in ihre Risikosphäre fällt und damit grundsätzlich das Prinzip «ohne Arbeit kein Lohn» greift.

²⁹ So auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 329c N 13 m.w.H.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 9), N 65 ff.; vgl. auch BGer in JAR 1997 S. 162 ff., deutsche Übersetzung in Praxis 1996 Nr 224: Die Verschiebung von Ferien durch die Arbeitgeberin im letzten Moment ist nur ausnahmsweise möglich; a.M. BK OR-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 3), Art. 329c N 11; RUBIN BORIS, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genf 2014 (zit. RUBIN), Remarques préliminaires concernant les articles 31 ss. N 13: Zwangsferien sind nur in Fällen absoluter Notwendigkeit zulässig. In Krisenzeiten muss die Arbeitgeberin der Kurzarbeitsentschädigung Vorrang einräumen. Nur wenn sie diese nicht erhält, hätte sie möglicherweise das Recht, kurzfristig Ferien anzuordnen.

³⁰ So auch STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 329c N 9 und 13; weitergehend (allerdings nicht im Zusammenhang mit kurzfristig angeordneten Zwangsferien) BK OR-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 3), Art. 329c N 8; ebenso CA GE in JAR 1988 S. 247: Wenn der Arbeitnehmer künftige Ferienguthaben vorbeziehen muss, hat ihm die Arbeitgeberin zum späteren (geplanten) Ferienzeitpunkt wenigstens unbezahlten Urlaub zu gewähren.

³¹ Angemerkt sei, dass sich dieselbe Frage für kurzfristig angeordnete Ferien in der Regel nicht stellt, da diese zeitlich regelmässig vor und nicht während der Kurzarbeit liegen (vgl. oben Ziff. 6.2).

³² Zum Ganzen BK OR-REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 3), Art. 329d N 9 m.w.H.; ZK OR-STAEHELIN (Fn. 2), Art. 329d N 7; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 329d N 5 m.w.H.; MANUELA KELLER-RAPOLD, Kurzarbeit und Massenentlassung – ein Überblick, AJP 2010, S. 253; HALBEISEN/RUDOLPH (Fn. 25), S. 292; vgl. auch HANS-PETER EGLI, Strittige Fragen zum Thema «Ferien», ArbR 2006, S. 140.

[48] Der Ferienanspruch des Arbeitnehmers besteht unabhängig von Kurzarbeit und allfälligem Annahmeverzug der Arbeitgeberin. Es handelt sich dabei nicht um eine eigentliche Ausnahme vom Prinzip «Lohn gegen Arbeit», sondern um einen gesetzlichen/vertraglichen Anspruch, für den eine Gegenleistung erbracht wird (die Arbeitsleistung vor den Ferien und die gestärkte Arbeitskraft nach den Ferien)³³ und der nötigenfalls am Ende des Arbeitsverhältnisses in einen monetären Gegenwert umgewandelt werden kann (Art. 329d Abs. 2 OR). Hinzu kommt, dass die Arbeitgeberin über den Zeitpunkt der Ferien bestimmen darf, wenn auch unter Rücksichtnahme auf die Wünsche des Arbeitnehmers (Art. 329c Abs. 2 OR). Wie oben ausgeführt (Ziff. 6.2), darf sich die Arbeitgeberin aber gerade in ausserordentlichen Situationen auch über die Wünsche des Arbeitnehmers hinwegsetzen. Wenn ein Arbeitnehmer während Kurzarbeit Ferien bezieht und die Arbeitgeberin dies duldet, ist die Arbeitgeberin nach hier vertretener Ansicht deshalb verpflichtet, einen (allenfalls reduzierten) Ferienlohn zu entrichten – unabhängig davon, ob sie nach Art. 324 Abs. 1 OR eine Lohnfortzahlung trifft oder der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» greift.

6.4. Kurzarbeitsentschädigung bei Ferienbezug

[49] In den Fällen von Ferienbezug während Kurzarbeit stellt sich sodann die Frage, ob, und falls ja, in welchem Umfang die Arbeitgeberin den Ferienlohn auf die Arbeitslosenkasse abwälzen kann.

[50] Im SECO-Formular «COVID-19 Antrag und Abrechnung Kurzarbeitsentschädigung» wie auch im Formular 716.303 d, das vor COVID-19 eingesetzt wurde,³⁴ müssen Ferien von den Sollstunden abgezogen werden. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Arbeitslosenkasse für die Zeit *während* des Ferienbezugs keine Kurzarbeitsentschädigung entrichtet, auch wenn die Ferien in die Zeit eines wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls fallen. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Kassen gar keine Ferienentschädigung bezahlen würden.^{35,36} Art. 34 Abs. 2 AVIG sieht vor, dass die Ferienentschädigung in den massgebenden Lohn zur Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung einzurechnen ist.³⁷ Bei der Berechnung des anrechenbaren Stundenverdienstes dürfen die Arbeitgeberinnen deshalb sowohl bei Arbeitnehmern im Monatslohn als auch bei Arbeitnehmern im Stundenlohn einen Ferienzuschlag addieren.³⁸

[51] Diese Abrechnungsmodalität ist gesetzlich gewollt, aber ungenau. Denn sie führt dazu, dass die Arbeitslosenkasse für Arbeitnehmer, die während der Kurzarbeit im Verhältnis zur Kurzarbeitsperiode zu wenig Ferien beziehen, eine zu hohe Entschädigung bezahlen und *vice versa*.

³³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 329d N 2.

³⁴ Beide erhältlich unter arbeit.swiss, «Formulare für Kurzarbeitsentschädigung» (<https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/formulare/fuer-arbeitgeber/kurzarbeitsentschaedigung.html/>).

³⁵ So aber STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 329d N 5; ZK OR-STAEHELIN (Fn. 2), Art. 329d N 7, Art. 329d N 5; MANUELA KELLER-RAPOLD, Kurzarbeit und Massenentlassung – ein Überblick, AJP 2010, S. 253; HALBEISEN/RUDOLPH (Fn. 25), S. 292; vgl. auch BK OR-REHBINDER/STRÖCKLI (Fn. 3), Art. 329d N 9.

³⁶ Ganz ausgeschlossen ist die Kurzarbeitsentschädigung lediglich für Arbeitsausfälle, die *durch* Betriebsferien verursacht wurden und für einzelne Tage davor und danach (Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG).

³⁷ Diese Bestimmung wurde bei der Revision des AVIG 1982 gestützt auf ein Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts im AVIG ergänzt (BB1 1989 III 394; BGE 112 V 220 E. 2d = Pra 76 (1987) Nr. 57).

³⁸ AVIG-Praxis KAE, E10 und E11.

[52] Problematisch ist gegenwärtig in diesem Zusammenhang, dass das oben erwähnte vereinfachte COVID-19 Abrechnungsformular nur noch mit Monatslöhnen rechnet und keine Umrechnung in Stundenlohn mit Ferienzuschlag mehr erfolgt. Dem können die Arbeitgeberinnen nach hier vertretener Auffassung Rechnung tragen, indem sie entweder die Monatslöhne entsprechend erhöhen oder Ferienbezüge nicht von den Sollstunden abziehen; der Transparenz halber unter Angabe des Grundes.

7. Durch Arbeitgeberin angeordnete oder gesetzlich erzwungene Überstundenkompensation

7.1. Fragestellung

[53] Dieser Abschnitt behandelt die Frage, ob die Arbeitgeberin bei einem Arbeitsausfall ihre Arbeitnehmer zur Überstundenkompensation anhalten kann (nachfolgend Ziff. 7.2). Hatten die Arbeitnehmer bei Einführung der Kurzarbeit noch Überstundenguthaben, sorgte bis zum 20. März 2020 die Arbeitslosenkasse für den Zwangsbezug und richtete dafür keine Kurzarbeitsentschädigung aus (nachfolgend Ziff. 7.3). Im Zuge des COVID-19-Massnahmepakets hat der Bundesrat diese Bestimmung für ein halbes Jahr ausser Kraft gesetzt (nachfolgend Ziff. 7.4). In beiden Fällen stellt sich wiederum die Frage nach dem von der Arbeitgeberin geschuldeten Lohn für Überstundenkompensation während der Kurzarbeit.

7.2. Zulässigkeit der Anordnung von Überstundenkompensation durch die Arbeitgeberin bei einem Arbeitsausfall in betrieblichen Notsituationen

[54] Neben der kurzfristigen Anordnung von Ferien, ist auch der (erzwungene) Überstundenabbau ein probates Mittel der Arbeitgeberinnen, um Arbeitsausfälle auszugleichen und den Gang zur Arbeitslosenkasse zumindest vorläufig zu verhindern. Wiederum stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen dies zulässig ist.

[55] Eine Kompensation von Überstunden³⁹ mit Freizeit ist grundsätzlich nur möglich, wenn der Arbeitnehmer einwilligt (Art. 321c Abs. 2 OR, Art. 13 Abs. 2 ArG⁴⁰). Oft erklärt der Arbeitnehmer bereits im Arbeitsvertrag sein Einverständnis zur Kompensation von Überstunden mit Freizeit und dass die Arbeitgeberin über den Zeitpunkt der Kompensation im Rahmen der gesetzlichen Regeln einseitig bestimmen darf. Solche Vereinbarungen sind grundsätzlich durchsetzbar.⁴¹ In diesen Fällen ist es für die Arbeitgeberin also i.d.R. unproblematisch, vom Arbeitnehmer während eines Arbeitsausfalls die Kompensation von Überstunden zu verlangen.

[56] Auch wenn es keine solche vertragliche Regelung gibt, muss die einseitige Anordnung des Überstundenbezugs durch die Arbeitgeberin während eines Arbeitsausfalls zufolge einer Krise durchsetzbar sein. Die Frage nach der Durchsetzbarkeit der einseitigen Anordnung von Über-

³⁹ Sofern die Parteien die monetäre und zeitliche Kompensation von Überstunden (nicht aber von Überzeit) nicht sowieso vertraglich wegbedungen haben (Art. 321c Abs. 3 OR).

⁴⁰ Überzeitguthaben sind immer auch Überstunden, weshalb hier nur der Begriff Überstunden verwendet wird.

⁴¹ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 321c N 11 m.w.H.

stundenkompensation stellt sich regelmässig im Kontext der Freistellung. Das Bundesgericht erachtet die Verweigerung der Überstundenkompensation durch den gekündigten Arbeitnehmer als rechtsmissbräuchlich, wenn dieser für eine lange Frist freigestellt ist.⁴² Es liegt nahe, diese Rechtsprechung analog auf die vorliegende Situation des Arbeitsausfalls in einer Krisensituation anzuwenden. Die Pflicht des Arbeitnehmers zur Kooperation ergibt sich unseres Erachtens aber bereits aus seiner erhöhten Treuepflicht. Das Interesse der Arbeitgeberin an der Überstundenkompensation bei einem Arbeitsausfall in einer Krisenzeit wird das Interesse des Arbeitnehmers regelmässig überwiegen, über den genauen Zeitpunkt der Überstundenkompensation selbst bestimmen zu können. Es muss der Arbeitgeberin somit erlaubt sein, die Kompensation von Überstunden einseitig anzuordnen, auch wenn der Arbeitnehmer nicht bereits im Arbeitsvertrag darin eingewilligt hat.⁴³ Und auch hier gilt, wie beim kurzfristigen Ferienbezug, dass sich der Arbeitnehmer wohl dann rechtsmissbräuchlich verhält, wenn er zunächst kooperiert, d.h. gegen den Überstundenabbau nicht protestiert und Überstunden einzieht, aber nach Ende des Arbeitsverhältnisses eine finanzielle Abgeltung verlangt.

7.3. Gesetzlicher Zwang zur Überstundenkompensation während Kurzarbeit

[57] Wenn die Arbeitgeberin einmal Kurzarbeit eingeführt hatte, kamen in der Zeit vor dem 20. März 2020 die Regeln gemäss Art. 46 Abs. 4 und 5 AVIV zur Anwendung. Nach diesen Vorschriften mussten Überstunden, welche die Mitarbeiter in einem gewissen Zeitrahmen vor der Kurzarbeit geleistet hatten, von den anrechenbaren Ausfallstunden abgezogen werden. Das führte im Ergebnis dazu, dass die Arbeitnehmer zwingend Überstunden während der Kurzarbeit (also statt der Ausfallstunden) abbauen mussten und die Arbeitslosenkasse für diese Zeit keine Kurzarbeitsentschädigung leistete.⁴⁴

[58] Da dieser durch das Gesetz erzwungene Überstundenabbau die Zeit eines Arbeitsausfalls beschlägt, muss (analog dem Ferienlohn) immerhin gelten, dass die Arbeitgeberin für diese Zeit den Lohn nur im Umfang der Kurzarbeitsentschädigung zu bezahlen hat, wenn der Arbeitnehmer der Kurzarbeit zugestimmt hat.

[59] Hat der Arbeitnehmer nicht zugestimmt, ist für den Überstundenabbau der volle Lohn geschuldet. Denn ähnlich wie beim Ferienanspruch besteht der Lohnanspruch des Arbeitnehmers bei der Kompensation von Überstunden unabhängig von der Frage, ob die Arbeitgeberin in Arbeitgeberverzug ist oder der Arbeitsausfall nicht in ihre Risikosphäre fällt und sie deshalb keinen Lohn mehr zu bezahlen hat. Es handelt sich um die Kompensation von zuvor geleisteten Arbeitsstunden, die nichts mit der Kurzarbeit zu tun haben und die, würden sie nicht kompensiert, am Ende des Arbeitsverhältnisses ebenfalls voll zu entschädigen bzw. sogar mit einem Lohnzuschlag belastet wären (Art. 321c Abs. OR).

⁴² BGE 123 III 84 E. 5a; vgl. auch OG LU, JAR 2013 S. 517: im Grundsatz bejaht – im konkreten Anwendungsfall aber verneint.

⁴³ Zustimmend GEISER/MÜLLER/PÄRLI (Fn. 9), N 62.

⁴⁴ Beispiel in BGer 8C_707/2011 vom 10. Februar 2012; siehe auch AVIG-Praxis KAE, B7, B8, B15 mit Berechnungsbeispiel und M1 zu Kolonne 9.

7.4. Aufhebung des gesetzlichen Zwangs zur Überstundenkompensation vom 21. März bis 20. September 2020

[60] Der Bundesrat hat die Absätze 4 und 5 von Art. 46 AVIV im Rahmen des Massnahmenpakets zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen des Coronavirus mit Wirkung vom 21. März bis 20. September 2020 ausser Kraft gesetzt. Die Arbeitslosenkasse darf somit gegenwärtig nicht mehr verlangen, dass die Arbeitnehmer in der Zeit, in der sie sowieso nicht arbeiten könnten, auf Kosten der Arbeitgeberinnen Überstunden abbauen. Entsprechend müssen auf dem neuen vereinfachten Abrechnungsformular Überstundenguthaben nicht mehr von den anrechenbaren Ausfallstunden abgezogen werden.⁴⁵

[61] Unter den neuen Regeln ist es bei einer Teilbetriebsschliessung denkbar, dass ein Arbeitnehmer wünscht, während der verbleibenden Arbeitszeit Überstundenguthaben abzubauen. Wird dies von der Arbeitgeberin gegenüber der Arbeitslosenkasse korrekt deklariert (nämlich als Ist-Arbeitszeit respektive als Abzug von den Sollstunden und nicht etwa als Arbeitsausfall), entrichtet die Arbeitslosenkasse dafür keine Kurzarbeitsentschädigung und die Arbeitgeberin hat dafür den vollen Lohn zu bezahlen, wie wenn der Arbeitnehmer gearbeitet hätte.

[62] Der Wegfall von Art. 46 Abs. 4 und 5 AVIV mit Wirkung ab dem 21. März 2020 führt im Ergebnis zu einer Ungleichbehandlung: Denn jene Arbeitgeberinnen, die schon vor dem 21. März 2020 (zufolge der frühen Entwicklung der Corona-Krise in China) zu Kurzarbeit gezwungen waren, mussten noch Überstundenguthaben ihrer Arbeitnehmer abbauen, ohne von der Arbeitslosenkasse dafür entschädigt zu werden. Und ihre Arbeitnehmer mussten den gesetzlichen Überstundenabbau hinnehmen; bei Einwilligung zur Kurzarbeit zum reduzierten Kurzarbeitslohn.

8. Lohn und Kurzarbeitsentschädigung bei Krankheit des Arbeitnehmers während der Kurzarbeit

8.1. Fragestellung

[63] Führt ein Betrieb Kurzarbeit ein und ist ein Arbeitnehmer in dieser Zeit krankheitsbedingt arbeitsunfähig, stellt sich die Frage nach der Konkurrenz der Verhinderungsgründe: Wenn die Kurzarbeit in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt, schuldet sie dann Lohnzahlung nach Art. 324 OR oder Art. 324a/b OR (nachfolgend Ziff. 8.2.1)? Und wenn sie das Risiko nicht trägt, muss sie dann trotzdem Krankenlohn bezahlen (nachfolgend Ziff. 8.2.2)? Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob die Arbeitslosenkasse für Arbeitnehmer in Kurzarbeit, die zufolge Krankheit gar nicht arbeiten könnten, Kurzarbeitsentschädigung entrichten muss (nachfolgend Ziff. 8.3).

⁴⁵ Erhältlich unter arbeit.swiss, «Formulare für Kurzarbeitsentschädigung» ([«https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/formulare/fuer-arbeitgeber/kurzarbeitsentschaedigung.html/»](https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/service/formulare/fuer-arbeitgeber/kurzarbeitsentschaedigung.html/)).

8.2. Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bei Krankheit des Arbeitnehmers während Kurzarbeit

8.2.1. Wenn die Kurzarbeit in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt

[64] Unklar und höchstrichterlich nicht geklärt ist die Konkurrenz zwischen Art. 324 Abs. 1 OR und Art. 324a Abs. 1 OR. Gerät die Arbeitgeberin auch dann in Verzug, wenn der Arbeitnehmer die Leistung gar nicht erbringen könnte, weil er aus in seiner Person liegenden Gründe ebenfalls an der Arbeit verhindert ist?

[65] Bei Art. 324 Abs. 1 OR handelt es sich um einen Spezialfall des Gläubigerverzugs, wobei die Arbeitgeberin mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät.⁴⁶ Art. 324a Abs. 1 OR hingegen ist *lex specialis* für Fälle, in welchen der Grund für die Unmöglichkeit der Leistungserbringung gerade nicht der Risikosphäre der Arbeitgeberin zuzuordnen ist, sondern in den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers liegt.⁴⁷

[66] Die Unterscheidung zwischen der Lohnfortzahlung gemäss Art. 324 OR und derjenigen gemäss Art. 324a/b OR ist ausschlaggebend für die Höhe und die Dauer der Entschädigung, welche die Arbeitgeberin an den Arbeitnehmer zu leisten hat:

- Im Rahmen von Art. 324 OR hat die Arbeitgeberin den Lohn voll und zeitlich unbeschränkt zu entrichten.⁴⁸ Abzuziehen ist lediglich ein allfälliger (auch hypothetischer) Ersatzverdienst, der im vorliegenden Fall aber wegen gleichzeitiger Krankheit des Arbeitnehmers in aller Regel nicht erzielbar ist.
- Gelangt hingegen Art. 324a/b OR zur Anwendung, besteht grundsätzlich erst ein Anspruch auf Bezahlung des Lohns, wenn das Arbeitsverhältnis bereits drei Monate gedauert hat (Karenzfrist) oder es für mehr als drei Monate eingegangen worden ist (Art. 324a Abs. 1 OR). Die Lohnfortzahlungspflicht ist zeitlich beschränkt: Sie dauert nach der gesetzlichen Regelung im ersten Dienstjahr nur drei Wochen und wird in den nachfolgenden Dienstjahren «angemessen» verlängert (Art. 324a Abs. 2 OR). Mehrere (auch verschiedene) Verhinderungsgründe pro Jahr werden zusammengerechnet, lösen also nicht etwa je eine neue Zahlungsfrist aus.

[67] In einem ersten Schritt ist zu prüfen, ob der für den Arbeitnehmer vorteilhaftere Art. 324 OR zur Anwendung gelangt, wenn Arbeitgeberverzug und unverschuldete Arbeitsunfähigkeit aufeinandertreffen.

[68] Voraussetzung für das Entstehen des Gläubigerverzugs im Sinne von Art. 91 OR und namentlich des Arbeitgeberverzugs gemäss Art. 324 Abs. 1 OR, ist, dass der Arbeitnehmer seine Leistung gehörig anbietet.⁴⁹ Ist ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig, kann er seine Leistung vorübergehend gerade nicht mehr gehörig anbieten. Wenn aber von vornherein klar ist, dass der Arbeitnehmer seine Leistung nicht erbringen kann, weil die Arbeitgeberin in Verzug ist (sei das zufolge definitiver Freistellung des Arbeitnehmers oder Anordnung von Kurzarbeit), trifft den Arbeitnehmer

⁴⁶ Statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 324 N 2.

⁴⁷ Statt vieler STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 324a-324b N 6.

⁴⁸ Statt vieler BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 9), Art. 324 N 11.

⁴⁹ BSK OR-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 9), Art. 324 N 3a; BSK OR-LEIMGRUBER (Fn. 9), Art. 91 N 2 f.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 324 N 9.

schon aus diesem Grund keine Arbeitspflicht mehr. Seine Arbeitsleistung ist unmöglich geworden, weil die Arbeitgeberin sie nicht annehmen kann (oder will). Der Arbeitnehmer kann also nicht mehr im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR an der Arbeit verhindert sein. Entsprechend kann die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a/b OR nicht zur Anwendung kommen. Die Lohnzahlung richtet sich stattdessen nach Art. 324 OR.⁵⁰ Auf den Pandemiefall angewendet bedeutet dies Folgendes: Wenn der Arbeitsausfall in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt und sie deshalb nach Art. 324 OR eine Lohnzahlungspflicht aus Arbeitgeberverzug trifft und in dieser Zeit ein Arbeitnehmer krank wird, richtet sich die Lohnfortzahlungspflicht für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit nach Art. 324 OR, ist also zeitlich nicht beschränkt.

[69] Wiederum stellt sich die Frage, ob der arbeitsunfähige Arbeitnehmer Anspruch auf vollen Lohn oder nur den reduzierten Kurzarbeitslohn hat, wenn er in die Kurzarbeit eingewilligt hat. Zufolge der Einwilligung des Arbeitnehmers zur Kurzarbeit und Lohnneinbusse ist der Lohn für jene Zeit der Arbeitsunfähigkeit, die auf einen Arbeitsausfall fällt, reduziert (80% des anrechenbaren Verdienstaufalles; maximal 80% von CHF 12'350). Für jene Zeiten aber, in welcher der Arbeitnehmer noch hätte arbeiten können (Teilbetriebsschliessung), ist es der volle Lohn. Für den Arbeitnehmer, der die Kurzarbeit abgelehnt hat, ist es in jedem Fall der volle Lohn.

8.2.2. Wenn die Kurzarbeit nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt

[70] Zu prüfen ist sodann, ob die Lohnzahlungspflicht nach Art. 324a/b OR dann auflebt, wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist, der Arbeitsausfall, der die Kurzarbeit begründet, aber nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt. Wiederum liegt eine Doppelkausalität vor.

[71] Die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nach Art. 324a/b OR stellt eine sozialpolitisch begründete Ausnahme vom Prinzip dar, wonach bei Leistungsunmöglichkeit des Schuldners (hier der Arbeitnehmer) auch der Gläubiger (hier die Arbeitgeberin) die Gegenleistung verweigern darf, wie dies in Art. 119 Abs. 3 OR vorbehalten wird. Deshalb scheint die Lösung nahezu liegen, der Arbeitnehmer habe auch dann Anspruch auf Lohnfortzahlung nach Art. 324a/b OR, wenn er während einer Periode krank wird, in welcher die Arbeitgeberin aus Gründen ausserhalb ihrer Risikosphäre keine Arbeit anbieten kann (und deshalb grundsätzlich keinen Lohn entrichten müsste). Dieser Schnellschluss überzeugt allerdings aus zwei Gründen nicht:

1. Art. 324a Abs. 1 OR kommt zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer *ohne* sein Verschulden aus Gründen, die *in seiner Person liegen*, an der Arbeitsleistung verhindert ist. Wenn der Hinderungsgrund aber *nicht* in seiner Person liegt (z.B. bei verspäteter Ankunft am Arbeitsplatz wegen Verkehrschaos) oder die Arbeitsverhinderung *verschuldet* ist (z.B. freiwillig gewählte Schönheitsoperation), hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch auf Lohn.⁵¹ Art. 324a Abs. 1 OR bildet die Ausnahme zu genau dieser Regel, also der Regel, dass der Arbeitnehmer keinen Lohnanspruch hat, wenn er verschuldet oder aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, der Arbeit fernbleibt. Art. 324a Abs. 1 OR bildet aber keine allgemeine Ausnahme zur Regel «ohne Arbeit kein Lohn». Dass die Regel und die Ausnahme

⁵⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 324 N 13; a.A. ALFRED BLESIG, Freistellung, in: Wolfgang Portmann/Adrian von Kaenel (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht 2018, S. 253 m.w.H.; ALFRED BLESIG, Die Freistellung des Arbeitnehmers, Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 2010, Rz. 326.

⁵¹ Zum Ganzen STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 3), Art. 324a–324b N 6 und 29.

einen inneren Zusammenhang aufweisen müssen, ergibt sich u.E. auch aus der Systematik der Regelung in den drei Absätzen von Art. 119 OR.⁵²

2. Hinzu kommt, dass die Arbeitgeberin im vorliegenden Fall (z.B. weil der Betrieb behördlich geschlossen wurde) dem Arbeitnehmer sowieso keine Arbeit anbieten könnte, ganz unabhängig davon, ob dieser gesund oder krank ist. Den Arbeitnehmer trifft keine Arbeitspflicht mehr und er kann deshalb gar nicht mehr im Sinne von Art. 324a Abs. 1 OR an der Arbeit verhindert sein. Damit entfällt die Grundlage für die Anwendung ebendieser Bestimmung.

[72] Das bedeutet für jene Fälle, in welchen der Arbeitnehmer keine Arbeit leisten muss, weil seine Arbeitgeberin zufolge behördlicher Anordnung die Tore schliessen musste, das Folgende: Unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer arbeitsfähig ist oder nicht, muss die Arbeitgeberin nach dem Prinzip «ohne Arbeit kein Lohn» den Lohn nicht bezahlen. Allfällige Ansprüche gegenüber einer Krankentaggeldversicherung⁵³ oder der Unfallversicherung sind davon grundsätzlich unabhängig und beurteilen sich nach den anwendbaren Gesetzen und Vertragsbestimmungen.

[73] Diese Schlussfolgerung scheint auf den ersten Blick die Arbeitnehmer hart zu treffen, da die Arbeitslosenkassen für arbeitsunfähige Arbeitnehmer in der Regel keine Kurzarbeitsentschädigung ausrichten werden – auf diese Problematik wird im folgenden Abschnitt eingegangen.

8.3. Kurzarbeitsentschädigung bei Krankheit des Arbeitnehmers

[74] Zur Frage, ob ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auch dann besteht, wenn ein Arbeitnehmer erkrankt, äussert sich das SECO aus aktuellem Anlass wie folgt: «Nicht anspruchsberechtigt sind Arbeitnehmende, [...] die ihre Arbeitsleistung aus persönlichen Gründen – wie beispielsweise Krankheit, Angst vor Ansteckung oder familiäre Verpflichtungen – nicht erbringen können.»⁵⁴ Auch im «FAQ zum Ausfüllen des Antrags- und Abrechnungsformulars COVID-19» vom 20. April 2020⁵⁵ hält das SECO fest, dass krankheitsbedingte Absenzen von den Sollstunden abzuziehen seien, was im Ergebnis zu einem tieferen anrechenbaren Arbeitsausfall führt. Eine Erklärung liefert das SECO nicht. Dasselbe ergibt sich aus dem Abrechnungsformular, das vor dem Auftreten von COVID-19 eingesetzt wurde. Auch damals mussten jeweils sämtliche bezahlten und unbezahlten Absenzen (einschliesslich Krankheit, Unfall, Militärdienst) von den Sollstunden abgezogen werden.⁵⁶ Nach den Formularen, die das SECO zur Verfügung stellt, leisten die Arbeitslosenkassen also keine Kurzarbeitsentschädigung für krankheitsbedingte Absenzen (und die anderen Absenzen nach Art. 324a Abs. 1 und Abs. 3 OR) der Arbeitnehmer.

⁵² Vgl. dazu BSK OR-WIEGAND (Fn. 9), Art. 119 N 10: «[Art. 119 Abs. 3 OR] knüpft an Abs. 2 an, der die Gegenleistungs- oder Preisgefahr betrifft.»

⁵³ Häufig setzen die Zahlungen erst nach dreissigtägiger Karenzfrist ein.

⁵⁴ arbeit.swiss, «Kurzarbeitsentschädigung (KAE)» («<https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/menue/unternehmen/versicherungsleistungen/kurzarbeit.html>»).

⁵⁵ SECO, «FAQ zum Ausfüllen des Antrag- und Abrechnungsformulars COVID-19», 20. April 2020 («https://www.arbeit.swiss/dam/secoalv/de/dokumente/formulare/arbeitgeber/kae_covid_19/FAQ%20zum%20Ausf%C3%BCllen%20des%20Antrag-%20und%20Abrechnungsformulars%20Covid-19_DE.pdf.download.pdf/FAQ%20zum%20Ausf%C3%BCllen%20des%20Antrag-%20und%20Abrechnungsformulars%20Covid-19_DE.pdf»).

⁵⁶ SECO, «Formular 716.303: Abrechnung von Kurzarbeit» («https://www.arbeit.swiss/dam/secoalv/de/dokumente/formulare/arbeitgeber/kae/716-303_d_V3_0_ausfuellbar.pdf.download.pdf/716-303_d_V3_0_ausfuellbar.pdf»); siehe auch AVIG-Praxis KAE, M1_Zu Kolonne 6.

[75] Es stellt sich die Frage, ob dieses Vorgehen rechtmässig ist; die Arbeitslosenkassen also zu Recht für die Zeit der Krankheit eines Arbeitnehmers die Kurzarbeitsentschädigung verweigern. Nach hier vertretener Auffassung ist diese Frage zu verneinen.

[76] Nach Art. 31 Abs. 1 lit. b AVIG hat der Arbeitnehmer, dessen normale Arbeitszeit verkürzt oder dessen Arbeit ganz eingestellt ist, grundsätzlich Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar ist. Der Arbeitsausfall ist im Grundsatz anrechenbar, wenn er

1. auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG) oder
2. auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen ist (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 AVIV).

[77] Der Arbeitsausfall ist insbesondere dann nicht anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG). Solche Arbeitsausfälle gehören zum «normalen Betriebsrisiko» und können nicht von der Arbeitgeberin auf die Arbeitslosenkasse abgewälzt werden. Unter das normale Betriebsrisiko fallen gewöhnliche Arbeitsausfälle, die regelmässig und wiederholt auftreten und demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind;⁵⁷ so z.B. Arbeitsausfälle zufolge Renovationsarbeiten im Betrieb.⁵⁸ Das SECO hat in seinem FAQ Pandemie und Betriebe vom 11. März 2020 verschiedenste Szenarien von Arbeitsausfällen im Zusammenhang mit COVID-19 als nicht zum «normalen Betriebsrisiko» gehörig qualifiziert; darunter (i) das Ausbleiben von Roh- und Betriebsstoffen zufolge Einfuhr-/Ausfuhrverboten oder Lieferschwierigkeiten, (ii) Betriebsverbote, (iii) wenn die Aufrechterhaltung des Betriebes wegen Ausbruchs der Pandemie nicht mehr möglich ist, (iv) wenn die Kundschaft zufolge eines Versammlungsverbotes ausbleibt etc. Entsprechend haben die kantonalen Amtsstellen in der Folge sehr grosszügig Kurzarbeit bewilligt (Art. 36 AVIG).

[78] Wenn nun während bewilligter Kurzarbeit ein Arbeitnehmer erkrankt (oder bei Beginn der Kurzarbeit schon erkrankt war), trifft es natürlich zu, dass sein individueller Ausfall nicht gemäss Art. 32 AVIG wirtschaftlich oder behördlich bedingt ist.⁵⁹ Aber die eigentliche «Ursache» des Arbeitsausfalls ist nicht die Arbeitsunfähigkeit eines einzelnen Arbeitnehmers, sondern der Umstand, dass die Arbeitgeberin schon aufgrund der Pandemie keine oder nur noch reduziert Arbeit anbieten kann. Und eben aus diesem Grund wurde die Kurzarbeit von der kantonalen Amtsstelle im Voranmeldungsverfahren bewilligt. Ganz egal, ob der einzelne Arbeitnehmer arbeitsfähig ist oder nicht, könnte er sowieso keine Arbeit leisten. Dann ist aber nicht einleuchtend, weshalb die Arbeitslosenkasse für den erkrankten Arbeitnehmer keine Kurzarbeitsentschädigung entrichten sollte.

[79] Zu Recht anders zu beurteilen sind jene Fälle, in welchen die Arbeitgeberin selbst oder ein Vorgesetzter erkrankt, verunfallt oder gar stirbt und es deshalb im Betrieb zu einem Arbeits-

⁵⁷ BGE 119 V 498 E. 1.

⁵⁸ KUPFER BUCHER (Fn. 24), S. 280 mit zahlreichen weiteren Beispielen.

⁵⁹ RUBIN (Fn. 29), Art. 31 N 35: «Le système de contrôle utilisé par l'employeur doit être à même d'identifier le motif des heures non travaillées, afin de permettre de distinguer les heures perdues pour des raisons économiques de celles correspondant à des vacances, ou à des absences telles que maladie, accident, service obligatoire, etc.».

ausfall der anderen Arbeitnehmer kommt. Solche Fälle gehören zum normalen Betriebsrisiko.⁶⁰ In diesem Sinne entschied das Bundesgericht im Falle der Rockgruppe Gotthard, die nach dem Tod des Leadsängers Steve Lee gezwungen war, diverse Konzerte abzusagen. In der Musikbranche gehöre die Absage von Konzerten wegen der Abwesenheit einzelner Musiker zum normalen Betriebsrisiko, weshalb keine Kurzarbeitsentschädigung geschuldet sei.⁶¹ Diese Fälle sind vom vorliegend zur Diskussion stehenden Problem klar abzugrenzen. Beim Arbeitsausfall der ganzen Belegschaft wegen Abwesenheit eines einzelnen wichtigen Mitarbeiters, ist die erkrankte Person nicht identisch mit dem Rest der Arbeitnehmer, die wegen seinem Ausfall ihrer Arbeit nicht mehr nachgehen können. Im vorliegenden Fall liegt der Grund des Arbeitsausfalls aber darin, dass der Betrieb wegen der Ausbreitung des Coronavirus reduziert oder geschlossen werden muss. Der gleichzeitige krankheitsbedingte Ausfall einzelner Arbeitnehmer ist ein zusätzlicher Ausfallgrund, der aber für die Kurzarbeitsentschädigung keine Relevanz haben kann, weil die Arbeit sowieso nicht mehr erbracht werden könnte.

[80] Die Verweigerung der Kurzarbeitsentschädigung für kranke Mitarbeiter bedürfte einer gesetzlichen Grundlage. Solch eine gesetzliche Grundlage fehlt aber für den Fall der Krankheit und die weiteren Verhinderungsgründe nach Art. 324a Abs. 1 OR. Andere Verweigerungsgründe sind demgegenüber in stattlicher Zahl im Gesetz zu finden: Keine Kurzarbeitsentschädigung wird ausgerichtet:

- wenn das Arbeitsverhältnis gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG),
- wenn die Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG),
- wenn der Arbeitsausfall auf Feiertage fällt oder durch Betriebsferien verursacht ist (Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG),
- wenn der Arbeitnehmer mit der Kurzarbeit nicht einverstanden ist (Art. 33 Abs. 1 lit. d AVIG),
- gegebenenfalls während zwangsweisem Überstundenbezug (Art. 46 Abs. 4 und 5 AVIV),⁶²
- gegebenenfalls während einer Karenzfrist (Art. 32 Abs. 2 i.V.m. Art. 37 lit. b AVIG)⁶³ etc.

[81] Die Krankheit oder sonstige Verhinderungsgründe nach Art. 324a Abs. 1 OR sind im Gesetz also nirgendwo als Ausschlussstatbestände zu finden. Auch die Verordnung schweigt sich dazu aus.⁶⁴

[82] Damit lässt sich festhalten, dass die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers keine Voraussetzung für den Erhalt der Kurzarbeitsentschädigung bildet und das Gesetz keine Ausnahmeregelung enthält, welche kranke Arbeitnehmer von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliesst. Wenn die

⁶⁰ JUDITH MÜLLER, Das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung, in: von Kaenel Adrian (Hrsg.), Unternehmensanierung und Arbeitsrecht, Zürich 2010, S. 120; AVIG-Praxis KAE, D6; vgl. auch RUBIN (Fn. 29), Art. 32 N 8: «Des raisons personnelles (maladie, arrestation du responsable de l'entreprise, etc.), [...], ne peuvent être assimilées à des facteurs économiques au sens de l'art. 32 al. 1 let. a LACL.»

⁶¹ BGE 138 V 333 E. 4.2.

⁶² Gegenwärtig ausser Kraft.

⁶³ Gegenwärtig ausser Kraft.

⁶⁴ Vgl. Art. 33 Abs. 2 AVIG, wonach der Bundesrat die Kompetenz hat, weitere Arbeitsausfälle als nicht anrechenbar zu erklären.

Arbeitslosenkassen und das SECO das Lohnrisiko für kranke Arbeitnehmer an die Arbeitgeberin oder gar den Arbeitnehmer zurückschieben, erfolgt dies ohne gesetzliche Grundlage.⁶⁵

9. Lohn und Kurzarbeitsentschädigung für besonders gefährdete Arbeitnehmer gemäss Art. 10b/c COVID-19-Verordnung 2

[83] Mit Art. 10b der COVID-19-Verordnung 2 hat der Bundesrat die neue Kategorie der «besonders gefährdeten» Personen geschaffen. Es handelt sich um Personen über 65 Jahren und Personen, die eine Vorerkrankung aufweisen und für welche deshalb das Coronavirus besonders gefährlich ist.

[84] Art. 10c der COVID-19-Verordnung 2 regelt die besonderen Pflichten der Arbeitgeberinnen betreffend Schutz der Gesundheit von besonders gefährdeten Arbeitnehmern. Diese Bestimmung wurde mehrmals revidiert, wobei die Regeln und Begrifflichkeiten laufend angepasst und verändert wurden. Nicht zuletzt deshalb stellt diese Bestimmung die Arbeitgeberinnen vor grosse Herausforderungen und wird in Zukunft wohl auch die Gerichte beschäftigen.

[85] Ein grosser Teil der Probleme, welche Art. 10c der COVID-19-Verordnung 2 mit sich bringt, soll hier ausgeblendet werden. Die nachfolgenden Erörterungen konzentrieren sich auf die Frage, welche Regeln für die Lohnzahlung und die Kurzarbeitsentschädigung von besonders gefährdeten Arbeitnehmern während der Kurzarbeit gelten. Im Kern wollte der Verordnungsgeber erreichen, dass «besonders gefährdete» Personen auch am Arbeitsplatz besonders geschützt werden. Ist dies nicht möglich und ist auch keine alternative Beschäftigung möglich, sollen sie unter Lohnfortzahlung «freigestellt» werden (vormalige Formulierung: «beurlaubt»).

[86] Wenn ein besonders gefährdeter Arbeitnehmer während der Kurzarbeit noch arbeiten kann und will (Homeoffice, Ersatzarbeit), ist er mit Bezug auf Lohn und Kurzarbeitsentschädigung nicht anders zu behandeln als der kurzarbeitende Arbeitskollege; d.h. voller Lohn für die Arbeitszeit und Kurzarbeitsentschädigung für Ausfallstunden.

[87] Wenn ein besonders gefährdeter Arbeitnehmer nicht mehr arbeiten kann oder will,⁶⁶ ist er von der Arbeitgeberin «unter Lohnfortzahlung freizustellen».⁶⁷ Die rechtlichen Konsequenzen für seine Entschädigung sind die Folgenden:

- *Hypothetische Arbeitsleistung*: Wurde der Betrieb nur teilweise geschlossen, muss dies wohl so verstanden werden, dass der Arbeitnehmer für die Zeit, in welcher er noch hätte arbeiten können, Anspruch auf vollen Lohn nach Art. 324 Abs. 1 OR hat; unter Abzug des Ersatzverdienstes nach Art. 324 Abs. 2 OR.

⁶⁵ Immerhin ist – in analoger Anwendung von Art. 28 Abs. 2 AVIG, der das Taggeld bei Arbeitsunfähigkeit während Arbeitslosigkeit regelt – davon auszugehen, dass allfällige Taggelder einer Kranken- oder Unfallversicherung von der Kurzarbeitsentschädigung abzuziehen wären.

⁶⁶ Art. 10c Abs. 6 der COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 16. April 2020 mit Wirkung per 17. April 2020 regelt, dass der Arbeitnehmer die Übernahme einer ihm zugewiesenen Arbeit einseitig ablehnen darf, wenn er sich für ungenügend geschützt erachtet.

⁶⁷ Art. 10c Abs. 7 der COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 16. April 2020 mit Wirkung per 17. April 2020. Es ist davon auszugehen, dass mit der vormaligen Formulierung «beurlaubt» nicht Ferien gemeint waren, sondern ebenfalls die Freistellung.

- *Arbeitsausfall*: Für die Zeit des Arbeitsausfalls kann nach hier vertretener Auffassung die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 10c Abs. 7 der COVID-19-Verordnung 2 nicht greifen. Denn Art. 10c der COVID-19-Verordnung 2 steht unter der Prämisse, dass die Arbeitgeberin überhaupt Arbeit anbieten kann.⁶⁸ Diese Bestimmung kann also von vornherein keine Anwendung finden, wenn die Arbeitgeberin Kurzarbeit eingeführt hat. Dies bedeutet für Lohn und Kurzarbeitsentschädigung Folgendes:
 - Wenn die Kurzarbeit in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt, kommt bezüglich Lohnzahlung Art. 324 Abs. 1 OR zur Anwendung. Hat der Arbeitnehmer in die Kurzarbeit eingewilligt, erhält er nur den reduzierten Lohn, ansonsten den vollen Lohn.
 - Fällt die Kurzarbeit nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin, greift der Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn». Dies muss nur schon deshalb gelten, weil die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer sowieso keine Arbeit mehr anbieten kann, ganz unabhängig davon, ob er gesund, krank (dazu oben Ziff. 8.2.2) oder eben besonders gefährdet ist. Aus diesem Grund kann kein alternatives Lohnfortzahlungsstatut Anwendung finden.
 - Die obigen Ausführungen werden in der Praxis nur für jene besonders gefährdeten Arbeitnehmer von Relevanz sein, welche die Kurzarbeit abgelehnt haben. Denn nach Ansicht des SECO sollen die Arbeitslosenstellen für besonders gefährdete Arbeitnehmer, die in die Kurzarbeit eingewilligt haben, Kurzarbeitsentschädigung entrichten. Dies soll lediglich – aber immerhin – voraussetzen, dass die Arbeitgeberin eine genaue Begründung liefert, weshalb die erforderlichen Präventivmassnahmen nicht ergriffen werden konnten.⁶⁹ Nach hier vertretener Auffassung muss Kurzarbeitsentschädigung auch dann geschuldet sein, wenn sich der Arbeitnehmer trotz ergriffener Präventivmassnahmen der Arbeitgeberin nach Art. 10c Abs. 6 der COVID-19-Verordnung 2⁷⁰ am Arbeitsplatz nicht ausreichend geschützt fühlt.

[88] Unklar und hier nicht weiter zu diskutieren ist die Frage, ob besonders gefährdete Arbeitnehmer Anspruch auf Taggeld gegenüber einer Krankentaggeldversicherung oder der Unfallversicherung (wegen Berufskrankheit) haben könnten. Wenn dem so wäre, wären solche Leistungen von der Kurzarbeitsentschädigung abzuziehen (analog Art. 28 Abs. 2 AVIG).

[89] Abschliessend sei noch auf Folgendes hingewiesen. Nach Art. 10c Abs. 6 der COVID-19-Verordnung 2⁷¹ darf der Arbeitnehmer die Übernahme einer ihm von der Arbeitgeberin zugewiesenen Arbeit einseitig ablehnen, wenn er sich am Arbeitsplatz für ungenügend geschützt erachtet. Stellt sich in der Folge heraus, dass sich der Arbeitnehmer während der Freistellung nach Art. 10c Abs. 7 der COVID-19-Verordnung 2 an einem anderen Arbeitsplatz, bei einer selbständigen Tätigkeit, aber wohl auch in der Freizeit vergleichbaren Risiken aussetzt wie an seinem

⁶⁸ Siehe den Wortlaut der Absätze 1–4 von Art. 10c Abs. 6 der COVID-19-Verordnung 2 in der Fassung vom 16. April 2020 mit Wirkung per 17. April 2020.

⁶⁹ SECO, «Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz – Coronavirus», 20. April 2020 (https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/neues_coronavirus/gesundheitschutz_arbeitsplatzcoronavirus.html); arbeit.swiss, «FAQ Kurzarbeitsentschädigung / COVID-10» (<https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/menue/unternehmen/versicherungsleistungen/kurzarbeit/faq-kae.html>).

⁷⁰ In der Fassung vom 16. April 2020 mit Wirkung per 17. April 2020.

⁷¹ In der Fassung vom 16. April 2020 mit Wirkung per 17. April 2020.

angestammten Arbeitsplatz, ohne die Schutzmassnahmen, die er von der Arbeitgeberin verlangt hat anzuwenden, verhält er sich rechtsmissbräuchlich und geht der Lohnzahlung verlustig.

10. Zusammenfassung

[90] Zur Beantwortung der Frage, ob die Arbeitgeberin für Arbeitsausfälle, die aufgrund des Coronavirus entstehen, ganz grundsätzlich eine Lohnfortzahlungspflicht trifft, muss zwischen zwei verschiedenen Konstellationen unterschieden werden: Verfügt die Arbeitgeberin hinsichtlich einer Betriebsschliessung aufgrund des Coronavirus über keinen Entscheidungsspielraum mehr, wird der Betrieb etwa auf behördliche Anordnung hin geschlossen oder ist der Arbeitsausfall objektiv unvermeidbar, liegt die Arbeitsverhinderung weder in der Risikosphäre der Arbeitgeberin noch des Arbeitnehmers und für den entsprechenden Zeitraum besteht grundsätzlich keine Lohnfortzahlungspflicht. Stimmen Arbeitnehmende in diesem Fall der Kurzarbeit nicht zu, haben sie keinen Lohnfortzahlungsanspruch. Einzig dann, wenn der Arbeitsausfall auf eine eigenständige Entscheidung der Arbeitgeberin zurückzuführen ist, diese also theoretisch noch eine Wahl hätte, fällt das Risiko auf die Arbeitgeberin zurück. In diesem Fall ist weiterhin der volle Lohn geschuldet, wenn ein Arbeitnehmer die Kurzarbeit ablehnen sollte. In beiden Konstellationen steht der Arbeitgeberin die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung offen, welche nicht als missbräuchlich zu qualifizieren ist.

[91] Die Arbeitslosenkasse richtet nur dann Kurzarbeitsentschädigung aus, wenn der Arbeitnehmer seine Zustimmung zur Kurzarbeit erteilt. Die Zustimmung qualifiziert i.d.R. aber auch zivilrechtlich als Einwilligung zu einer Lohnreduktion. Das bedeutet, dass auch die Lohnzahlung durch die Arbeitgeberin für die Zeit des Arbeitsausfalls auf 80% des Lohnes, maximal aber 80% von CHF 12'350 beschränkt ist, für arbeitgeberähnliche Arbeitnehmer sogar nur CHF 3'320 pro Monat. Die Arbeitgeberin hat insbesondere keine Pflicht, Arbeitnehmern im Hochlohnsegment mehr als das sozialversicherungsrechtliche Maximum zu bezahlen. Will der Arbeitnehmer sich mit dieser Lohneinbusse nicht zufriedengeben, wird er die Zustimmung zur Kurzarbeit verweigern und stattdessen seinen vollen Lohn aus Art. 324 Abs. 1 OR geltend machen. Diesen Anspruch hat er allerdings nur dann, wenn der Arbeitsausfall eben in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt.

[92] Kündigungen im Zusammenhang mit Kurzarbeit sind für Arbeitgeberinnen besonders heikel. Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung ist es, Kündigungen zu vermeiden. Deshalb fällt die Kurzarbeitsentschädigung weg, wenn eine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen ausgesprochen wird. Die Kündigung hat aber auch zivilrechtliche Konsequenzen. Denn der Arbeitnehmer, der in die Kurzarbeit einwilligt, darf davon ausgehen, dass sein Arbeitsverhältnis zumindest für eine gewisse Zeit nicht aus wirtschaftlichen Gründen aufgelöst wird. Passiert dies trotzdem, kann er den entgangenen Lohn zurückfordern.

[93] In Krisenzeiten müssen die Arbeitnehmer aufgrund ihrer Treuepflicht nicht nur den einseitig von der Arbeitgeberin angeordneten Überstundenbezug dulden, sondern auch kurzfristig angeordneten Ferienbezug.

[94] Der Ferienlohn ist bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung zu berücksichtigen. Die Arbeitslosenkasse kommt also finanziell auch für den Ferienbezug während der Kurzarbeit auf. Zufolge ungenauer Berechnungsmodalitäten allerdings entweder unter- oder überproportional. Dies ist einer der Gründe, weshalb sich die Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe nicht zwin-

gend mit der Lohnzahlungspflicht der Arbeitgeberin decken muss. Das gilt umso mehr, als dass das neue COVID-19 Abrechnungsformular für die Kurzarbeitsentschädigung stark vereinfacht wurde und Pauschalierungen enthält.

[95] Wenn ein Arbeitnehmer während einer Betriebsschliessung auch deshalb nicht arbeiten könnte, weil er nach Art. 324a Abs. 1 OR an der Arbeit verhindert ist, also z.B. erkrankt, oder nicht arbeiten kann, weil er zu den besonders gefährdeten Personen gehört, stellt sich die Frage nach der Konkurrenz der Verhinderungsgründe, somit auch die Frage, nach welchen Regeln der Lohn zu bezahlen ist. Nach hier vertretener Auffassung kommt bei einem Arbeitsausfall, der in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt, allein die Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324 Abs. 1 OR zur Anwendung. Wenn der Arbeitsausfall nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt, schuldet sie dem Arbeitnehmer keinen Lohn. Die Regeln zur (zeitlich beschränkten) Krankenlohnfortzahlungspflicht nach Art. 324a/b OR sind subsidiär und kommen deshalb nicht zur Anwendung. Grund dafür ist, dass die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer sowieso keine Arbeit anbieten könnte, ganz egal, ob er gesund oder krank oder besonders gefährdet ist. Der erkrankte oder besonders gefährdete Arbeitnehmer wird zivilrechtlich also gleichbehandelt wie seine kurzarbeitenden Arbeitskollegen. Diese Schlussfolgerung ist deshalb nicht ohne Nebenwirkungen, weil die Arbeitslosenkassen gestützt auf die Formulare des SECO für kranke Mitarbeiter keine Kurzarbeitsentschädigung entrichten. Die Verweigerung lässt sich nach hier vertretener Meinung allerdings auf keine gesetzliche Grundlage stützen, weshalb die Kassen die Zahlungen nicht verweigern dürften.

[96] Abschliessend sei darauf hingewiesen, dass der Bundesrat im Rahmen seiner Kompetenz zur Anordnung von Notstandsrecht bereits mehrere Verordnungen erlassen hat, die direkt oder indirekt Konsequenzen auf das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung und auch auf die Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberinnen haben. Berücksichtigt werden konnten für den vorliegenden Beitrag die Erlasse bis und mit 14. Mai 2020. Es ist nicht auszuschliessen, dass der Bundesrat in den kommenden Wochen weitere einschlägige Regelungen in Kraft setzen wird.

IRÈNE SUTER-SIEBER, Dr. iur., Rechtsanwältin, Partnerin bei Walder Wyss AG.