

Zivilrecht – Arbeitsrecht – KGE (Einzelrichter der Zivilkammer) vom 20. Juni 2024, X. AG c. Y. – TCV C3 23 48

Arbeitsvertrag: Lohnfortzahlungspflicht; Kurzarbeitsentschädigung

- Bei einem Arbeitsvertrag stehen die Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin und die Lohnzahlung der Arbeitgeberin im Austauschverhältnis, weshalb an sich gilt «kein Lohn ohne Arbeit». Von diesem Grundsatz gibt es zwei gewichtige Ausnahmen: Lohnfortzahlungspflicht bei Annahmeverzug der Arbeitgeberin (Art. 324 OR) oder aus sozialpolitischen Gründen (Art. 324a OR; E. 3.2).
- Die Arbeitgeberin gerät in Annahmeverzug, wenn die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, welches ihr bzw. ihrer Risikosphäre zuzurechnen ist; darunter fällt namentlich das Betriebsrisiko, wohingegen objektive Gründe im Sinne von Art. 91 OR nicht von der Arbeitgeberin zu verantworten sind (E. 3.2).
- Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zählt Betriebsschliessungen zur Bekämpfung des Coronavirus nicht zum Betriebsrisiko, sondern qualifiziert sie als objektive Gründe, weshalb die Arbeitgeberin gegenüber ihrer Arbeitnehmerin nicht für den Differenzbetrag zwischen Kurzarbeitsentschädigung und üblichem Lohn aufzukommen hat (E. 3.3).

Contrat de travail : obligation de continuer à verser le salaire ; indemnité pour réduction de l'horaire de travail

- Dans le contrat de travail, la prestation de travail du travailleur et le paiement du salaire par l'employeur se trouvent dans une relation d'échange, de sorte que s'applique l'adage « pas de salaire sans travail ». Il existe deux importantes exceptions à ce principe : l'obligation de continuer à verser le salaire en cas de demeure de l'employeur (art. 324 CO) et celle découlant de causes (de nature sociopolitique) inhérentes à la personne du travailleur (art. 324a CO ; consid. 3.2).
- L'employeur est en demeure, lorsque l'exécution du travail est devenue impossible en raison d'un événement qui entre dans sa sphère de risque ; il s'agit notamment du risque d'exploitation, alors que les raisons objectives au sens de l'art. 91 CO ne sont pas de la responsabilité de l'employeur (consid. 3.2).
- La jurisprudence du Tribunal fédéral ne considère pas les fermetures d'entreprises dans le but de lutter contre le Coronavirus comme un risque d'exploitation, mais les qualifie de raisons objectives, de sorte que l'employeur n'est pas tenu de payer au travailleur la différence entre l'indemnité pour réduction de l'horaire de travail et le salaire habituel (consid. 3.3).

Aus den Erwägungen

2. Die Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin, die A. AG, und die Beschwerdegegnerin schlossen einen unbefristeten Arbeitsvertrag mit Beginn am 16. November 2001 ab. Die Beschwerdegegnerin war als Serviceangestellte beschäftigt und der Bruttolohn betrug gemäss Arbeitsvertrag Fr. 2'810.00 und der Nettolohn Fr. 2'510.45 pro Monat.

Aufgrund der Covid-19-Pandemie hat der Bundesrat am 13. März 2020 die ausserordentliche Lage nach Art. 7 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiegesetz, EpG) ausgerufen und weitreichende Beschränkungen des öffentlichen Lebens in Kraft gesetzt, unter anderem für Schwimmbäder und Wellnesszentren (Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19] vom 13. März 2020; COVID-19-Verordnung 2). Am 16. März 2020 hat der Bundesrat die Schliessung sämtlicher öffentlich zugänglichen Einrichtungen für das Publikum beschlossen, namentlich auch Restaurationsbetriebe sowie Schwimmbäder und Wellnesszentren (Art. 6 Abs. 2 lit. b und d COVID-19-Verordnung 2 Änderung vom 16./17. März 2020). Die Beschwerdeführerin hat für einen Grossteil ihrer Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung beantragt. Die Beschwerdegegnerin hat das von der Beschwerdeführerin unterbreitete Formular «Zustimmung Kurzarbeit» unterzeichnet. In der Folge hat die Beschwerdeführerin für die Beschwerdegegnerin für die Zeit vom 16. März 2020 bis zum 31. Mai 2020 Kurzarbeitsentschädigung beantragt und erhalten. Am 29. Mai 2020 wurde der Beschwerdegegnerin die Kündigung per 31. Juli 2020 ausgehändigt.

3.1 Es ist vorliegend unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin im März 2020 der Kurzarbeit zugestimmt und das entsprechende Formular unterzeichnet hatte. In der Folge beantragte die Beschwerdeführerin für die Beschwerdegegnerin für die Zeit vom 13. März 2020 bis zum 31. Mai 2020 Kurzarbeitsentschädigung. Die Beschwerdegegnerin fordert nun für die Zeit der Kurzarbeit die Lohndifferenz von 20 % nach, zumal sie der Kurzarbeit zugestimmt habe, um ihren Arbeitsplatz zu schützen. Die Arbeitgeberin habe das Arbeitsverhältnis jedoch gleichwohl gekündigt. Die Kurzarbeit habe ihren Zweck nicht erfüllt, sodass die stillschweigende Bedingung, unter welcher sie als Arbeitnehmerin zugestimmt gehabt habe, nachträglich dahingefallen sei. Die Beschwerdeführerin hält im Wesentlichen dagegen, der von März bis Mai 2020 hoheitlich ausgerufene Covid-19-Lockdown falle weder in die Risikosphäre der Arbeitnehmerin noch in jene der Arbeitgeberin. Weil entgegen der Auffassung der Vorinstanz Art. 324 OR nicht anwendbar sei, gelte die Rechtsfolge nach Art. 119 OR, mithin das Prinzip «Ohne Arbeit kein Lohn». Sie habe nie versprochen, dass die Arbeitsplätze erhalten bleiben würden. Vielmehr habe sie erklärt, dass die Hotels kurzfristig geschlossen werden müssten und die Situation langfristig schwierig sei.

3.2 Der Arbeitsvertrag ist ein synallagmatischer Schuldvertrag, bei welchem die Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin und die Lohnzahlung der Arbeitgeberin im Austauschverhältnis stehen. Für nicht geleistete Arbeit hat die Arbeitnehmerin daher grundsätzlich keinen Lohnanspruch; es gilt der Grundsatz «kein Lohn ohne Arbeit» (Art. 82, Art. 119 Abs. 2 OR; Bundesgerichtsurteil 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2; PORTMANN/RUDOLPH, Basler Kommentar, 7. A., 2019, N 1 zu Art. 324 OR). Von diesem Grundsatz gibt es allerdings insbesondere zwei gewichtige Ausnahmen: Zum einen hat die Arbeitgeberin den Lohn der Arbeitnehmerin zu entrichten, wenn sie sich selber im Annahmeverzug befindet (Art. 324 OR). Zum anderen besteht aus sozialpolitischen Gründen eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin für eine gewisse Dauer, sofern die Arbeitnehmerin aus Gründen, die in ihrer Person liegen, unverschuldet an der Arbeitsleistung verhindert ist (Art. 324a OR).

Gemäss Art. 324 Abs. 1 OR bleibt die Arbeitgeberin, wenn die Arbeit infolge ihres Verschuldens nicht geleistet werden kann oder sie aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug kommt, zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass die Arbeitnehmerin zur Nachleistung verpflichtet ist. Art. 324 OR ist *lex specialis* zu den allgemeinen Bestimmungen über den Gläubigerverzug und geht diesen dementsprechend vor. Im Falle eines Annahmeverzugs der Arbeitgeberin ist die Arbeitnehmerin in Abweichung von Art. 95 OR nicht zum Vertragsrücktritt berechtigt, sondern behält ihren Lohnanspruch, ohne die nicht geleistete Arbeit nachholen zu müssen (BGE 124 III 346 E. 2.a, 116 II 142 E. 5.b; Bundesgerichtsurteil 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. A., 2012, N. 2 zu Art. 324 OR). Der Annahmeverzug gemäss Art. 324 OR setzt kein Verschulden der Arbeitgeberin voraus. Er tritt auch dann ein, wenn die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, welches in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt (Bundesgerichtsurteil 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2 mit Hinweisen; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 4 zu Art. 324 OR; STAEHELIN, Zürcher Kommentar, 4. A., N. 10 zu Art. 324 OR). Entscheidend ist damit immer die Frage, in wessen Risikosphäre das entsprechende Ereignis fällt (Bundesgerichtsurteil 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2). Nach nahezu einheitlicher Auffassung trägt die Arbeitgeberin das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko (BGE 124 III 346 E. 2a; Bundesgerichtsurteile 4A_53/2023 vom 30. August 2023 E. 4.1, 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2; je mit Hinweisen).

Art. 324 OR ist von Bedeutung, wo es um die Rechtsfolge geht. Mit anderen Worten stellt Art. 324 OR nur in der Rechtsfolge eine *lex specialis* dar, und zwar zur allgemeinen Bestimmung von Art. 95 OR. Was den Tatbestand betrifft, greift die Bestimmung bloss auf Art. 91 OR zurück (Bundesgerichtsurteil 4A_53/2023 vom 30. August 2023 E. 5.1). Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungs-handlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert (Art. 91 OR). Der Annahmeverzug tritt somit nur ein, wenn das Verhalten der Arbeitgeberin nicht gerechtfertigt ist. An einer Rechtfertigung fehlt es, wenn kein objektiver Grund gegeben ist, der alle trifft (Bundesgerichtsurteil 4A_53/2023 vom 30. August 2023 E. 5.3 mit Hinweis auf PERRENOUD, in: Thévenoz/Werro [Hrsg.], *Commentaire romand, Code des obligations I*, 3. A., 2021, N. 8 zu Art. 324 OR). Ein objektiver Grund, der den Gläubigerverzug ausschliesst, wurde beispielsweise bejaht, als der Gläubiger wegen Kriegswirren und kriegswirtschaftlicher Massnahmen gewisse Vorbereitungs-handlungen nicht treffen konnte (BGE 63 II 226). Ein objektiver Grund wird auch bejaht, wenn sich der Gläubiger mit der Annahme der Leistung unzumutbarer rechtlicher Risiken aussetzen würde. Keine Rechtfertigung im Sinne von Art. 91 OR sind demgegenüber persönliche Gründe auf Seiten des Gläubigers (Bundesgerichtsurteil 4A_53/2023 vom 30. August 2023 E. 5.3). Im arbeitsrechtlichen Kontext ist im Zusammenhang mit dem Annahmeverzug der Arbeitgeberin häufig vom Betriebsrisiko die Rede. Unbestrittenermassen gilt der Grundsatz, dass die Arbeitgeberin das Betriebsrisiko zu tragen hat (BGE 124 III 346 E. 2a; Bundesgerichtsurteil 4A_53/2023 vom 30. August 2023 E. 5.4). Der Begriff des Betriebsrisikos ist indessen gesetzlich nicht definiert. In der Regel sind damit Umstände gemeint, die in die Risikosphäre der Arbeitgeberin und nicht der Arbeitnehmerin fallen und keine objektiven Gründe im Sinne von Art. 91 OR sind. Ob ein Umstand in das Betriebsrisiko der Arbeitnehmerin fällt, muss im Einzelfall bestimmt werden. Insbesondere ist danach zu fragen, ob es sich – in der Terminologie von Art. 91 OR – um einen persönlichen Grund auf Seiten der Arbeitgeberin oder um einen objektiven Grund handelt (Bundesgerichtsurteil 4A_53/2023 vom 30. August 2023 E. 5.4 mit Hinweis).

3.3 Die Vorinstanz anerkannte einen Anspruch auf Auszahlung der Lohndifferenz von 20 % für die Periode vom 16. März 2020 bis 31. Mai 2020. Damit geht sie implizit davon aus, dass die Beschwerdeführerin

als Arbeitgeberin das Betriebsrisiko trägt und sie somit während den behördlichen Einschränkungen eine Lohnfortzahlungspflicht gestützt auf Art. 324 OR trifft. Diese Schlussfolgerung lässt sich jedoch mit der neuesten bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht in Einklang bringen. Der Begriff Betriebsrisiko umfasst in der Regel Umstände, die in die Risikosphäre der Arbeitgeberin und nicht der Arbeitnehmerin fallen und keine objektiven Gründe im Sinne von Art. 91 OR sind. Das Bundesgericht qualifizierte in seinem Urteil 4A_53/2023 vom 30. August 2023 Betriebsschliessungen zur Bekämpfung des Coronavirus als objektive Gründe im Sinne von Art. 91 OR. Die aufgrund der Covid-19-Pandemie vom Bundesrat beschlossenen Betriebsschliessungen betrafen nämlich nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern erfolgten betriebsübergreifend. Es wurden nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen. Das Risiko verwirklichte sich gerade nicht einzig aufgrund von betrieblichen Voraussetzungen, wie beispielsweise einer nicht genügenden Auftragslage der Beschwerdeführerin. Es handelte sich hierbei somit um ein allgemeines Risiko. Die einzige Möglichkeit, damit die Arbeitnehmer trotz der aussergewöhnlichen Situation finanziell entschädigt wurden, war die Beantragung der Kurzarbeit, was vorliegend auch geschehen ist. Eine darüberhinausgehende monetäre Verpflichtung der Arbeitgeberin bestand nicht. Da die coronabedingten Einschränkungen nicht dem Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin zuzuschreiben sind und es sich damit um einen objektiven Grund handelt, ist diese Situation auch nicht vergleichbar mit anderen Situationen, in denen Kurzarbeit mit Zustimmung und im Vertrauen auf den Erhalt der Arbeitsstelle beantragt wurde. Daran ändert auch nichts, dass die Hotelbetriebe theoretisch nicht schliessen mussten, zumal aufgrund der Schliessung der weiteren Einrichtungen wie Thermalbäder und der allgemeinen Situation eine Öffnung des Hotelbetriebs kaum Sinn machte. Die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin hat folglich nicht für den Differenzbetrag zwischen Kurzarbeit und üblichem Lohn einzustehen.

Im Übrigen ist auch die Voraussehbarkeit zu verneinen, wenn sie denn überhaupt als Kriterium zu beachten ist, was umstritten ist und vom Bundesgericht im Urteil 4A_53/2023 vom 30. August 2024³ offengelassen wurde. Die Covid-19-Pandemie kam im März 2020 plötzlich und unerwartet. Ein solch flächendeckendes Ereignis war für die Arbeitgeberschaft damit keineswegs voraussehbar (vgl. Bundesgerichtsurteil 4A_53/2023 vom 30. August 2023 E. 5.10).