Traduction automatique : lisez l'article en français sur www.zbjv.recht.ch.

Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2024

Arbeitsrecht

Veröffentlicht in Band 150

Von Prof. Dr. iur. Roger Rudolph

Inhaltsverzeichnis

I. Behördliche Betriebsschliessung zur Bekämpfung des Coronavirus: kein Annahmeverzug der Arbeitgeberin (BGE 150 III 22)

II. Ordentliche Kündigung aufgrund einer andauernden Krankheit (BGE 150 III 78)

Im Berichtsjahr 2024 hat das Bundesgericht im dritten Band nur gerade zwei Entscheide mit arbeitsrechtlichem Einschlag amtlich publiziert. In BGE 150 III 22 ging es um die im Schrifttum ebenso intensiv wie kontrovers diskutierte Frage, ob eine zur Bekämpfung des Coronavirus angeordnete, behördliche Betriebsschliessung einen Annahmeverzug der Arbeitgeberin auslöst, sodass diese weiterhin zur Lohnzahlung verpflichtet ist. BGE 150 III 78 beschäftigte sich demgegenüber mit dem Problemkreis, ob bzw. in welchen Fällen eine ordentliche Kündigung aufgrund einer andauernden Erkrankung einen Missbrauchstatbestand erfüllt.

I. Behördliche Betriebsschliessung zur Bekämpfung des Coronavirus: kein Annahmeverzug der Arbeitgeberin (BGE 150 III 22)

Arbeitsrechtliche Fälle im Zusammenhang mit der Coronapandemie haben bereits mehrere Gerichte beschäftigt, auch das Bundesgericht. So hatte es eine Testpflicht für ungeimpftes Gesundheits-

personal im Kanton Tessin[1] sowie eine fristlose Entlassung eines Gebäudeverwalters der Universität Neuenburg, der trotz Coronainfektion an die Arbeitsstelle zurückkehrte,[2] zu beurteilen, um nur zwei Beispiele zu nennen.[3] Der anzuzeigende BGE 150 III 22 gab dem Bundesgericht nun Gelegenheit, die vielleicht meistumstrittene arbeitsrechtliche Frage im Umfeld der Coronapandemie zu entscheiden, nämlich jene, ob eine pandemiebedingte behördliche Betriebsschliessung in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt, somit einen Annahmeverzug im Sinne von Art. 324 OR auslöst und folglich die Lohnzahlung weiterhin geschuldet bleibt.

Im konkreten Fall ging es um eine St. Galler Internatsschule, die ihren Betrieb aufgrund von Massnahmen zur Bekämpfung der Pandemie schliessen und auf Online-Unterricht umstellen musste. Dies hatte für drei Lehrpersonen, die ihre Arbeitsverhältnisse im Januar 2020 auf Ende August 2020 gekündigt hatten, eine Reduktion ihres Arbeitspensums zur Folge. Ihnen wurde von der Arbeitgeberin beschieden, dass der Lohn im Umfang der entfallenen Arbeitszeit gekürzt werde, da es aufgrund der bereits erfolgten Kündigung nicht möglich sei, Kurzarbeit zu beantragen.[4] Ihrer Ankündigung folgend richtete die Arbeitgeberin für den Juli und August 2020 einen gekürzten Lohn aus. Damit waren die drei Lehrpersonen nicht einverstanden, weshalb sie die Zahlung der Lohndifferenz gerichtlich einforderten. Dies zunächst mit Erfolg: Sowohl das Kreisgericht St. Gallen als auch das Kantonsgericht St. Gallen hiessen ihre Lohnklagen gut.

Anders sah es das von der Arbeitgeberin angerufene Bundesgericht. Es kam nach sorgfältiger Erörterung der zahlreichen in der Literatur geäusserten Meinungen im Kern zum Schluss, dass Arbeitsverhinderungen als Folge von Massnahmen zur Bekämpfung des Co-

1 BGE 149 I 105.

2 BGer, Urteil 8C_521/2022 vom 26. 4. 2023.

3 Vgl. für eine detaillierte Übersicht über die einschlägige Rechtsprechung Christoph Reusser/Roger Rudolph, Covid-19-Rechtsprechung, Ein Überblick aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Jusletter vom 5. August 2024.

4 Die Voraussetzung des ungekündigten Arbeitsverhältnisses für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung findet sich in Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG. Der Umstand, dass in der ganz überwiegenden Mehrzahl der Fälle, in denen keine Kündigung vorlag, Kurzarbeitsentschädigungen bei Betriebsschliessungen beantragt werden konnten, dürfte ein wesentlicher Grund dafür sein, dass sich die Gerichte nicht öfter mit solchen Lohnklagen konfrontiert sahen.

ronavirus nicht in die Risikosphäre der Arbeitgeberin im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR (Betriebsrisiko) fallen. Betriebsschliessungen zur Bekämpfung des Coronavirus stellten, so das Bundesgericht weiter, objektive Gründe dar, welche im Sinne von Art. 91 OR die Nichtannahme der gehörig angebotenen Leistung des Arbeitnehmers rechtfertigten. Die Arbeitgeberin sei daher nicht zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus nicht erbringen konnte.[5]

Das Verdikt des Bundesgerichts vom 30. August 2023 gibt Anlass zu drei Randbemerkungen: Erstens steht der Entscheid mindestens teilweise im Widerspruch zu einem Urteil, welches das Bundesgericht rund zwei Monate zuvor gefällt hatte, als es um die touristische Schifffahrt auf einem Tessiner See ging und wo sich die Arbeitgeberin vergeblich auf die Nichtvorhersehbarkeit der Pandemie berief.[6] Zweitens ist das Bundesgericht am *3. Mai 2023* in einem weiteren Fall, als es um die Lohnzahlungspflicht eines pandemiebedingt geschlossenen Restaurants ging, auf dessen Beschwerde nicht eingetreten, weil der erforderliche Streitwert von Fr. 15 000.– nicht erreicht war.[7] Die Beschwerde führende Arbeitgeberin stellte sich allerdings auf den Standpunkt, dass im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliege und folglich auf ihr Rechtsmittel einzutreten sei. Dem hielt das Bundesgericht nun aber entgegen, dass die «aufgeworfene Rechtsfrage mit öffentlich beratenem Urteil vom *30. August 2023* beantwortet» worden sei.[8] Damit bleibt es ein Mysterium und das Geheimnis des Bundesgerichts, wie ein Entscheid, der erst im August 2023 beraten und entschieden wurde, schon im Mai 2023 als bekannt bzw. existent vorausgesetzt werden kann. Drittens hat das Bundesgericht bemerkenswert pointiert erwogen, dass «zur Auslegung des privaten Arbeitsrechts (…) allein die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts berufen» sei und nicht etwa das

5 BGE 150 III 22 E. 4 und 5. Vgl. zum Ganzen die zustimmende Besprechung von Adrian von Kaenel, in: ARV 2024, 335 ff.

6 BGer, Urteil 4A_379/2022 vom 28. 6. 2023. Der Entscheid wurde kritisch besprochen von Thomas Geiser, in: AJP 2023, 121 ff., und Adrian von Kaenel (Fn. 5), 342 («mehrfach verunglückt»).

7 BGer, Urteil 4A_158/2023 vom 3. 5. 2023.

8 BGer, Urteil 4A_158/2023 vom 3. 5. 2023 E. 1.4 (kursive Hervorhebung durch den Verfasser).

SECO. Hintergrund der Erwägung ist, dass das SECO im FAQ «Pandemie und Betriebe» anders als das Bundesgericht die Lohnzahlungspflicht im Falle einer behördlichen Betriebsschliessung bejahte, worauf sich auch die St. Galler Vorinstanzen stützten. Damit, so das Bundesgericht, würden die Vorinstanzen dieser Meinungsäusserung des SECO übermässig Gewicht beimessen. Auch die kantonalen Zivilgerichte seien nicht an die Meinung des SECO gebunden.

II. Ordentliche Kündigung aufgrund einer andauernden Krankheit (BGE 150 III 78)

Das Bundesgericht hat in BGE 150 III 78 seine Rechtsprechung bestätigt, wonach eine Arbeitgeberin bei einer andauernden Krankheit nach Ablauf der gesetzlichen Sperrfrist (vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR) das Arbeitsverhältnis grundsätzlich frei kündigen kann, ohne dass deswegen Missbräuchlichkeit im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR vorliegt.[9] Der neue Entscheid fördert insofern kaum Neues zutage, und man kann sich fragen, ob seine Aufnahme in die amtliche Publikation gerechtfertigt ist.

Wohl ist die Krankheit eine persönliche Eigenschaft im Sinne von Art. 336 Abs. 1 lit. a OR und kann insofern als Kündigungsgrund einen Missbrauchstatbestand erfüllen. Allerdings steht die Krankheit bzw. die deswegen ausfallende Arbeitsleistung in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, was nach dem klaren Gesetzeswortlaut in der Regel rechtfertigende Wirkung hat und die Missbräuchlichkeit ausschliesst. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz anerkennt das Bundesgericht nur in krassen Fällen («situations très graves»), konkret nur dann, wenn aus dem Beweisergebnis eindeutig hervorgeht, dass die Arbeitgeberin die Krankheit des Arbeitnehmers direkt verursacht hat, z. B. wenn sie es versäumt hat, Massnahmen zum Schutz des Arbeitnehmers wie in Art. 328 Abs. 2 OR vorgesehen zu ergreifen, und der Arbeitnehmer aus diesem Grund krank geworden ist.[10]

Eine solche Ausnahmesituation war im zu entscheidenden Fall nicht nachgewiesen, weshalb das Bundesgericht – anders als die Waadtländer Vorinstanz – das Vorliegen einer missbräuchlichen Kün-

9 Vgl. etwa schon BGE 136 III 510 E. 4.4 und BGE 123 III 246 E. 5.
10 BGE 150 III 78 E. 3.1.3.

digung verneinte. Daran änderte auch nichts, dass es im Betrieb zu gewissen Spannungen zwischen dem Arbeitnehmer, einem Koch, und dem neuen Chefkoch gekommen war.[11] Solche Konfliktsituationen kämen, so das Bundesgericht, häufig vor und erreichten meist nicht den Schweregrad, der für die Annahme einer missbräuchlichen Kündigung erforderlich sei. Ausserdem könne von der Arbeitgeberin nicht verlangt werden, dass sie alle denkbaren Massnahmen ergreife, um einen solchen Konflikt zu vermeiden.[12]

11 BGE 150 III 78 E. 3.2.
12 BGE 150 III 78 E. 3.1.3.