

Urteilkopf

150 III 22

3. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. und Mitb. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_53/2023 vom 30. August 2023

Regeste (de):

Art. 324 und 91 OR; Annahmeverzug des Arbeitgebers; ungerechtfertigte Verweigerung der gehörig angebotenen Leistung; Betriebsschliessungen zur Bekämpfung des Coronavirus.

Die Arbeitsverhinderung als Folge von Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus fällt nicht in die Risikosphäre des Arbeitgebers im Sinne von Art. 324 Abs. 1 OR (Betriebsrisiko); Betriebsschliessungen zur Bekämpfung des Coronavirus stellen objektive Gründe dar, welche im Sinne von Art. 91 OR die Nichtannahme der gehörig angebotenen Leistung des Arbeitnehmers rechtfertigen. Der Arbeitgeber ist daher nicht zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus nicht erbringen konnte (E. 4 und 5).

Regeste (fr):

Art. 324 et 91 CO; demeure de l'employeur; refus sans motif légitime d'accepter la prestation régulièrement offerte; fermeture d'entreprises pour lutter contre le coronavirus.

L'empêchement de travailler qui résulte de mesures de lutte contre le coronavirus ne rentre pas dans la sphère de risque de l'employeur au sens de l'art. 324 al. 1 CO (risque d'entreprise); la fermeture de l'entreprise pour lutter contre le coronavirus est une raison objective qui justifie, au sens de l'art. 91 CO, le refus d'accepter la prestation qui est régulièrement offerte par le travailleur. L'employeur n'est donc pas tenu de verser le salaire lorsque le travailleur a été empêché de travailler en raison de mesures de lutte contre le coronavirus (consid. 4 et 5).

Regesto (it):

Art. 324 e 91 CO; mora del lavoratore; ricusa senza legittimo motivo di ricevere la prestazione debitamente offerta; chiusura di imprese per combattere il coronavirus.

Un impedimento di lavorare risultante dai provvedimenti per combattere il coronavirus non ricade nella sfera di rischio del datore di lavoro nel senso dell'art. 324 cpv. 1 CO (rischio imprenditoriale); chiusure di imprese per combattere il coronavirus costituiscono motivi oggettivi, che giustificano, nel senso dell'art. 91 CO, la ricusa della prestazione debitamente offerta. Il datore di lavoro non è quindi tenuto al pagamento del salario, se il lavoratore non ha potuto effettuare la prestazione lavorativa a causa dei provvedimenti per combattere il coronavirus (consid. 4 e 5).

Sachverhalt ab Seite 23

BGE 150 III 22 S. 23

A.

A.a B. (Arbeitnehmerin, Beschwerdegegnerin), C. (Arbeitnehmer 1, Beschwerdegegner 1) und D. (Arbeitnehmer 2, Beschwerdegegner 2) arbeiteten als Lehrpersonen im Vollpensum an der Internatsschule, welche von der gleichnamigen A. AG (Arbeitgeberin, Beschwerdeführerin) betrieben wird. Im Januar 2020 kündigten die Arbeitnehmer ihre Arbeitsverhältnisse unter Einhaltung einer 7-monatigen Frist per Ende August 2020. Die Arbeitnehmerin und der Arbeitnehmer 1 arbeiteten bis Ende Juni 2020 und bezogen anschliessend Ferien. Der letzte Arbeitstag des Arbeitnehmers 2 fiel

auf den 27. Juni 2020, danach bezog auch er Ferien.

A.b Aufgrund der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus schloss die Arbeitgeberin den Internatsbetrieb. Da kein Präsenzunterricht mehr stattfinden konnte, stellte sie auf Online-Unterricht um. Mit Schreiben vom 15. April 2020 informierte die Arbeitgeberin die Arbeitnehmer darüber, dass sie deren Lohn im Umfang der entfallenen Arbeitszeit kürzen werde, da es ihr aufgrund der bereits erfolgten Kündigung nicht möglich sei, Kurzarbeit für sie zu beantragen.

BGE 150 III 22 S. 24

A.c In der Folge richtete die Arbeitgeberin den Arbeitnehmern für Juli und August 2020 einen gekürzten Lohn aus. Gegen diese Lohnabzüge wehrten sich die Arbeitnehmer.

B. Nach erfolglosem Schlichtungsversuch klagten die Arbeitnehmer beim Kreisgericht St. Gallen. Dieses verpflichtete die Arbeitgeberin mit Urteil vom 8. September 2021 zur Zahlung von Fr. 3'588.20 netto an die Arbeitnehmerin, Fr. 3'405.50 netto an den Arbeitnehmer 1 und Fr. 6'406.40 brutto an den Arbeitnehmer 2, je nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2020.

C. Die dagegen gerichtete Berufung der Arbeitgeberin wies das Kantonsgericht St. Gallen mit Urteil vom 8. Dezember 2022 ab.

D. Die Arbeitgeberin beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, das kantonsgerichtliche Urteil sei teilweise aufzuheben und die Klagen seien abzuweisen. Eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Die Arbeitnehmer beantragen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. In ihrer Duplik stellen sie den Subeventualantrag, die Sache sei zur Neuurteilung an das Kantonsgericht zurückzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut.

(Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

4. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 324 OR und Art. 91 OR. Sie macht zusammengefasst geltend, die behördliche Schliessung von Betrieben zur Bekämpfung des Coronavirus gehöre nicht zu ihrem Betriebsrisiko.

4.1 Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtliches Austauschverhältnis. Wenn eine Partei nicht leistet, kann die andere ihre Leistung zurückbehalten. Das ergibt sich aus den in Art. 82 OR festgehaltenen allgemeinen Grundsätzen und wurde vom Bundesgericht bereits bezüglich des Rechts auf Arbeitsverweigerung bei Lohnrückständen ausdrücklich festgehalten (BGE 136 III 313 E. 2.3.1; BGE 120 II 209 E. 6a; Urteile 4A_356/2022 vom 20. Dezember 2022 E. 3.3.4; 4A_45/2018 vom 25. Juli 2018 E. 7.2; 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2).

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 BGE 150 III 22 S. 25

imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert (Art. 91 OR). Der allgemeine Teil des Obligationenrechts sieht für diesen Fall vor, dass der Schuldner vom Vertrag zurücktreten kann (Art. 95 OR). Weil diese Rechtsfolge bei einem Dauerschuldverhältnis kaum adäquat ist, hat der Gesetzgeber beim Arbeitsvertrag eine Sonderregel geschaffen: Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 OR). Dafür hat der Arbeitnehmer kein Recht, vom Vertrag zurückzutreten (BGE 124 III 346 E. 2a mit zahlreichen Hinweisen; BGE 116 II 42 E. 5b; Urteile 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2 mit Hinweis; 4A_458/2018 vom 29. Januar 2020 E. 4.4.2; 4A_666/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.1).

Die gleichen Rechtsfolgen treten ein, wenn die Leistung aus einem Grund unmöglich geworden ist, der im Risikobereich des Arbeitgebers liegt. Dabei steht in der Lehre ausser Diskussion, dass Art. 324 Abs. 1 OR auch jene Fälle erfasst, in denen ohne das Verschulden des Arbeitgebers die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, das in seiner Risikosphäre liegt. Insofern geht Art. 324 Abs. 1 OR der allgemeinen Regel von Art. 119 OR vor. Ferner trägt nach nahezu einhelliger Auffassung der Arbeitgeber das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko (BGE 124 III 346 E. 2a; Urteil 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2; je mit Hinweisen).

4.2 Die Lehre ist sich einig, dass die behördlichen Betriebsschliessungen nicht der Risikosphäre der Arbeitnehmer zuzurechnen sind. Hingegen ist umstritten, ob die Arbeitsverhinderung als Folge der Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus in die Risikosphäre der Arbeitgeber gemäss Art. 324

Abs. 1 OR fällt. Ein Teil des Schrifttums vertritt die Auffassung, behördliche Betriebsschliessungen lägen ausserhalb der Risikosphäre der Arbeitgeber. Diese Stimmen lehnen eine Lohnfortzahlungspflicht ab. Zur Begründung wird angeführt, dass die Arbeitgeber nur in Gläubigerverzug kommen, wenn die Annahmeverweigerung ungerechtfertigt ist. Bei behördlich angeordneten Betriebsschliessungen zur Bekämpfung des Coronavirus bestehe ein objektiver Grund für die Annahmeverweigerung. Die Risikosphäre der Arbeitgeber sei nicht grenzenlos (STÉPHANIE PERRENOUD, in: Commentaire romand, Code des obligations, Bd. I, 3. Aufl. 2021, N. 8 zu Art. 324 OR; DUNAND/WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter BGE 150 III 22 S. 26

DroitDuTravail.ch 9. April 2020 S. 3 ff.; THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, Jusletter 14. April 2020 Rz. 13 ff.; IRÈNE SUTER-SIEBER, Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit, Jusletter 18. Mai 2020 Rz. 7 ff.; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR 139/2020 Sondernummer "Pandemie und Recht" S. 157 ff., S. 167 ff.; BLESII/HIRSIGER/PIETRUSZAK, in: COVID-19 - Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 2 Rz. 10 ff.; VON ZEDTZWITZ/KELLER, in: Arbeitsvertrag, 2021, N. 28 zu Art. 324 OR; GRABER/KALBERMATTEN, Corona und Arbeitsrecht, Expert Focus 8/2020 S. 491 Ziff. 4.1.1; BETTINA MÜLLER, Rechte und Pflichten von Arbeitgebern im Hinblick auf das Epidemiengesetz, 2021, S. 78 f.). Geht es nach einem anderen Teil der Lehre, dann fallen behördliche Betriebsschliessungen in die Risikosphäre der Arbeitgeber, womit der Lohn nach Art. 324 Abs. 1 OR weiter geschuldet ist (JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB, Der Arbeitnehmende in Quarantäne, ARV online 2020 Nr. 174, 2. Abschnitt; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 2020 S. 545 ff., S. 550 f.; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter 23. März 2020 Rz. 22 und 40 f.; PÄRLI/EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt, Bestandsaufnahme und Würdigung der aktuellen Rechtslage, Jusletter 8. Februar 2021 Rz. 30 ff.; EMANUEL GEORG TSCHANNEN, Das Corona-Massnahmenpaket des Bundesrats, Eine Würdigung aus arbeitsrechtlicher Perspektive, Jusletter 4. April 2020 Rz. 30 ff.; NATHALIE FLÜCK, Das Betriebsrisiko im Arbeitsverhältnis, 2022, S. 91 ff.).

5. Die Rügen der Beschwerdeführerin sind begründet. Sie war nach der behördlichen Schliessung ihres Internatsbetriebs nicht zur Lohnfortzahlung verpflichtet.

5.1 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 (PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 26; BLESII/HIRSIGER/PIETRUSZAK, a.a.O., § 2 Rz. 18; MÜLLER, a.a.O., S. 68).

5.2 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).

BGE 150 III 22 S. 27

In der Botschaft zu Art. 324 OR wird ausgeführt, in den meisten Fällen werde der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbringen können, weil den Arbeitgeber ein Verschulden trifft. Aus diesem Grund hebe der Entwurf diesen Tatbestand besonders hervor. Allerdings könne der Arbeitgeber auch aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug geraten. Denn nach Art. 91 OR setze der Gläubigerverzug kein Verschulden des Gläubigers voraus. Als ungerechtfertigt gelte die Annahmeverweigerung schon dann, wenn der Arbeitgeber sich nicht auf einen gesetzlich anerkannten Grund berufen könne (Botschaft vom 25. August 1967 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des Zehnten Titels und des Zehnten Titelsbis des Obligationenrechts [BBI 1967 II 241, 330]). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass es Fälle geben muss, in denen die Nichtannahme der Arbeitsleistung gerechtfertigt und der Arbeitgeber von der Lohnzahlung befreit ist. Der Gesetzgeber wollte offensichtlich nicht jedes beliebige Risiko, das nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt, unbeschrieben dem Arbeitgeber aufbürden (SUTER-SIEBER, a.a.O., Rz. 10). Dabei ist zu beachten, dass der Bundesrat in der Botschaft einen "gesetzlich anerkannten Grund" erwähnt. Dies ist offensichtlich ein Versehen. Es muss ein "berechtigter Grund" gemeint sein. Dies ergibt sich aus der französischen Fassung von Art. 91 OR, wonach der Gläubiger in Verzug kommt, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung "sans motif légitime" verweigert (vgl. auch SUTER-SIEBER, a.a.O., Fn. 11). In dieselbe Richtung geht ein Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 30. November 1998. Danach ist zu beachten, dass nach allgemeiner Regelung nur die ungerechtfertigte Annahmeverweigerung den Gläubigerverzug begründet. Bei der umstrittenen Grenzziehung zwischen gerechtfertigter und ungerechtfertigter Annahmeverweigerung gehe es darum,

den angemessenen Umfang des Betriebsrisikos zu bestimmen, für das der Arbeitgeber einzustehen habe. Seien nämlich die Folgen von Leistungsstörungen ein Ausfluss des Betriebsrisikos, das der Arbeitgeber tragen müsse, dann sei der Verzug im Sinne von Art. 324 OR ungerechtfertigt. Habe hingegen der Arbeitgeber für die Leistungsstörung nicht einzustehen, weil sie ausserhalb seines Betriebsrisikos liege, dann sei sein Verhalten gerechtfertigt und er müsse keinen Lohn zahlen (JAR 1999, S. 158 ff.).

5.3 Nach dem Gesagten tritt der Annahmeverzug nur ein, wenn das Verhalten des Arbeitgebers nicht gerechtfertigt ist. An einer Rechtfertigung fehlt es, wenn kein objektiver Grund gegeben ist, der alle BGE 150 III 22 S. 28

trifft (PERRENOUD, a.a.O., N. 6 zu Art. 324 OR; MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR, 3. Aufl. 2000, N. 113, 125 zu Art. 91 OR; MÜLLER, a.a.O., S. 68). Ein objektiver Grund, der den Gläubigerverzug ausschliesst, wurde beispielsweise bejaht, als der Gläubiger wegen Kriegswirren und kriegswirtschaftlicher Massnahmen gewisse Vorbereitungshandlungen nicht treffen konnte (BGE 63 II 226). Ferner durfte ein Gläubiger die angebotene Leistung zurückweisen, da sie an seinem Wohnort zu erfüllen war und dort ein Einfuhrverbot bestand (BGE 44 II 407 E. 1). 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 (SCHRANER, a.a.O., N. 128 zu Art. 91 OR).

5.4 Im arbeitsrechtlichen Kontext ist im Zusammenhang mit dem Annahmeverzug des Arbeitgebers häufig vom Betriebsrisiko die Rede. Unbestrittenermassen gilt der Grundsatz, dass der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hat (BGE 124 III 346 E. 2a). Der Begriff des Betriebsrisikos ist indessen gesetzlich nicht definiert. In der Regel sind damit Umstände gemeint, die in die Risikosphäre des Arbeitgebers und nicht des Arbeitnehmers fallen und keine objektiven Gründe im Sinne von Art. 91 OR sind. Ob ein Umstand in das Betriebsrisiko des Arbeitgebers 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 des Arbeitgebers oder um einen objektiven Grund handelt (PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 23). Die Betriebsschliessungen zur Bekämpfung des Coronavirus sind als objektive Gründe im Sinne von Art. 91 OR zu qualifizieren. Denn sie trafen alle und sind vergleichbar mit den vorstehend erwähnten Umständen, bei denen ein objektiver Grund bejaht wird. Insbesondere hätte sich ein Arbeitgeber unzumutbarer rechtlicher Risiken ausgesetzt, wenn er seinen Betrieb in Verletzung der Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) aufrechterhalten hätte (PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 24). Arbeitgeber, die ihren Betrieb zur Bekämpfung des Coronavirus schliessen mussten, befanden sich gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern somit nicht im Annahmeverzug. Folglich ist der Tatbestand von Art. 324 Abs. 1 OR nicht erfüllt und keine Lohnfortzahlung geschuldet (PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 25).
BGE 150 III 22 S. 29

Die französischsprachige Lehre spricht von Fällen "de force majeure qui nécessitent l'adoption de mesures collectives". Sie hat dabei Konstellationen im Auge, welche die ganze Wirtschaft oder grosse Teile davon betreffen (PERRENOUD, a.a.O., N. 8 zu Art. 324 OR; DUNAND/ WYLER, a.a.O., S. 4).

5.5 Das deutsche Recht enthält eine ähnliche Norm wie Art. 324 Abs. 1 OR. Es bestimmt in § 615 BGB mit dem Randtitel "Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko" was folgt: "Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt." Mit Urteil vom 13. Oktober 2021 hielt der Fünfte Senat des deutschen Bundesarbeitsgerichts in der Streitsache "5 AZR 211/21" fest, dass eine Betriebsschliessung zur Bekämpfung des Coronavirus kein Fall des vom Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB zu tragenden Betriebsrisikos sei. Zur Begründung wurde insbesondere angeführt, der Arbeitgeber trage das Risiko des Arbeitsausfalls nicht, wenn die behördliche Betriebsschliessung betriebsübergreifend erfolge und nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden. In einem solchen Fall realisiere sich gerade nicht ein in einem bestimmten Betrieb aufgrund seiner konkreten Produktions- und Arbeitsbedingungen angelegtes Risiko. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung sei vielmehr Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung einer allgemeinen Gefahrenlage, die der einzelne Arbeitgeber auch nicht im weitesten Sinne verursacht und zu verantworten habe. Dieses allgemeine

Risiko, das Folge letztlich politischer Entscheidungen zur Eindämmung des Infektionsrisikos sei, müsse der Arbeitgeber nicht tragen. Für die Zurechnung des Betriebsrisikos in diesen Fällen genüge nicht einmal eine Publikumsaffinität eines Betriebs. Vielmehr müsse eine objektive Verantwortung für die Verbreitung des fraglichen Krankheitserregers in besonderer Weise begünstigenden Arbeits- und Produktionsbedingungen in dem betroffenen Betrieb hinzukommen. Lägen diese Voraussetzungen nicht vor, sei es Sache des Staats,
BGE 150 III 22 S. 30

gegebenenfalls für einen angemessenen Ausgleich der den Arbeitnehmern durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile zu sorgen (vgl. dort Rz. 34). Diese Überlegungen lassen sich auf die Schweiz übertragen. Auch hier lag es am Bund, für einen angemessenen Ausgleich der den Arbeitnehmern durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile zu sorgen. Es ist nicht Sache der Arbeitgeber, Lücken zu füllen, wenn Arbeitnehmer von den staatlichen Entschädigungen ausgeschlossen sind.

5.6 Die Vorinstanzen verweisen auf eine Publikation des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, wonach die Arbeitnehmer bei einer behördlichen Betriebsschliessung einen Anspruch auf Lohnfortzahlung haben sollen, da das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko bei den Arbeitgebern liegt, auch wenn sie dies stark belasten könne (Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, FAQs "Pandemie und Betriebe", Frage 19). Die Beschwerdeführerin weist zu Recht darauf hin, dass die Vorinstanzen dieser Meinungsäusserung übermässig Gewicht beimessen. Das SECO ist das Kompetenzzentrum des Bundes für die Kernfragen der Wirtschaftspolitik. Sein Ziel ist es, für ein nachhaltiges Wirtschaftswachstum, eine hohe Beschäftigung sowie faire Arbeitsbedingungen zu sorgen. Seine Direktion für Arbeit sorgt für klare Regeln in der Arbeitsmarktpolitik. Dazu gehören unter anderem der Arbeitnehmerschutz, die Arbeitslosenversicherung, die Arbeitsvermittlung und die Gewährleistung der Personenfreizügigkeit. Zur Auslegung des privaten Arbeitsrechts ist aber allein die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts berufen. Auch die kantonalen Zivilgerichte sind nicht an die Meinung des SECO gebunden.

5.7 Als Beispiel für ein Betriebsrisiko, welches der Arbeitgeber zu tragen hat, wird in der Lehre eine Landestrauer genannt (VON ZEDTZWITZ/KELLER, a.a.O., N. 11 zu Art. 324 OR). Die Beschwerdegegner bringen sinngemäss vor, die Betriebsschliessung zur Bekämpfung des Coronavirus sei vergleichbar mit einer Arbeitsruhe wegen Landestrauer. Tatsächlich haben diese beiden Risiken gemein, dass sie auf behördliche Anordnungen zurückgehen, die alle Betriebe gleichermassen treffen und von den Arbeitgebern nicht antizipiert werden können. Allerdings hält die Beschwerdeführerin zu Recht entgegen, dass eine Landestrauer höchstens zu einer Arbeitsruhe von wenigen Tagen führen würde. Demgegenüber erfolgten die
BGE 150 III 22 S. 31

Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus wiederholt für mehrere Wochen. Dieses Risiko ist nicht vergleichbar mit einer kurzen Arbeitsruhe wegen Landestrauer. Ohnehin hat sich das Bundesgericht nie zur rechtlichen Einordnung einer allfälligen Landestrauer geäussert. Sie wird nur von einzelnen Lehrstimmen beispielhaft erwähnt. Auch rechtsvergleichend bestehen kaum Präjudizien für diesen Fall. In Deutschland befand das Reichsarbeitsgericht am 27. März 1935 über die Lohnzahlung an Musiker, die wegen der Landestrauer nach dem Tod des Reichspräsidenten Paul von Hindenburg nicht auftreten konnten. Es hielt fest, zum Betriebsrisiko zählten Ereignisse, "die den Weiterbestand des Betriebes nicht in Frage stellen, sondern nur die regelmässige Fortführung vorübergehend beeinträchtigen, die im Einzelfall vielleicht nicht vermeidbar waren, mit denen aber doch der Unternehmer im allgemeinen rechnen und deren wirtschaftliche Nachteile er in seine Kostenrechnung einstellen kann" (RAG 235/34 - ARS 23, 219).

5.8 Als weitere Beispiele für Betriebsrisiken des Arbeitgebers werden im Schrifttum das staatliche Herstellungsverbot, der Entzug einer Betriebsbewilligung oder die Verweigerung einer Arbeitsbewilligung erwähnt (ADRIAN STAEHELIN, Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, 4. Aufl. 2006, N. 12 zu Art. 324 OR; VON ZEDTZWITZ/KELLER, a.a.O., N. 11 zu Art. 324 OR; PORTMANN/ RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2020, N. 4 zu Art. 324 OR). Darauf berufen sich die Beschwerdegegner. Es trifft zu, dass diese Beispiele, wie die Betriebsschliessungen, auf einen behördlichen Entscheid zurückgehen. Im Übrigen bestehen erhebliche Unterschiede. So richten sich das Herstellungsverbot und die Verweigerung der genannten Bewilligungen individuell gegen einzelne Betriebe, wenn sie konkrete Bedingungen nicht erfüllen. Demgegenüber trafen die Betriebsschliessungen zur Bekämpfung des Coronavirus jeden Arbeitgeber einer gewissen Branche unbeschene seiner individuellen Lage gleichermassen. Damit gingen sie über das Risiko hinaus, das einem einzelnen Betrieb inhärent ist.

5.9 Die Beschwerdegegner werfen der Beschwerdeführerin vor, sie habe sich nicht angemessen auf

die Pandemie vorbereitet. Diesen Vorwurf stützen sie auf eine Lehrmeinung, wonach "die Betriebe gestützt auf das Epidemien-gesetz verpflichtet sind, sich auf Epidemien vorzubereiten" (GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O., Rz. 22; vgl. auch BGE 150 III 22 S. 32

PÄRLI/EGGMANN, a.a.O., Rz. 31 Fn. 53). Die Beschwerdeführerin wendet zu Recht ein, dass die zitierten Autoren die behauptete gesetzliche Verpflichtung nicht belegen. Gemäss Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Revision des Bundesgesetzes über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen regelt das Epidemien-gesetz die Kompetenzen der Behörden und verbessert die Arbeitsteilung zwischen Bund und Kantonen. Der Bund erhält mehr Verantwortung für die Erarbeitung und Umsetzung von gesamtschweizerischen, strategischen Zielvorgaben und ihm wird sowohl in Normalzeiten als auch in besonderen Lagen eine stärkere Koordinations- und Aufsichtsfunktion übertragen. Zwar werden die Prinzipien der Selbstbestimmung und Eigenverantwortung der Einzelnen verankert. Doch geht es im Kern um die Grundlagen für eine sinnvolle Arbeitsteilung zwischen Bund und Kantonen. Diese werden zum Schutz der öffentlichen Gesundheit verpflichtet, bestimmte Massnahmen zu treffen (BBl 2011 311, 312 f.). Wie die Beschwerdeführerin zu Recht erwähnt, sind für die Erkennung und Überwachung (Art. 11 des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemien-gesetz, EpG; SR 818.101]) sowie für allgemeine Verhütungsmassnahmen (Art. 19 EpG) die Behörden verantwortlich. Adressaten der epidemien-gesetzlichen Präventionsmassnahmen sind der Bund und die Kantone, nicht aber die Arbeitgeber. Das Epidemien-gesetz enthält keine Bestimmung, die den Arbeitgebern eine spezifische Pflicht im Zusammenhang mit einer drohenden Epidemie auferlegen würde. Der Bundesrat kann Betriebe und Veranstalter, die mit ihren Aktivitäten das Risiko der Krankheitsübertragung erhöhen, dazu verpflichten, Präventions- und Informationsmaterial bereitzustellen und bestimmte Verhaltensregeln einzuhalten (Art. 19 Abs. 2 lit. b EpG). Oder er kann öffentliche und private Institutionen, die eine besondere Pflicht zum Schutz der Gesundheit von Menschen haben, die in ihrer Obhut sind, zur Durchführung geeigneter Verhütungsmassnahmen verpflichten (Art. 19 Abs. 2 lit. d EpG). Hingegen ist im Epidemien-gesetz keine Pflicht zur Vorbereitung auf Pandemien vorgesehen. Auch aus dem Pandemieplan des Bundesamts für Gesundheit (BAG) ergibt sich nichts dergleichen. Die Unternehmen sollen sich lediglich mit Massnahmen beschäftigen, um im Pandemiefall die Mitarbeitenden vor Ansteckungen zu schützen und den Betrieb aufrecht zu erhalten (WILDHABER, a.a.O., S. 168). Gemäss Verordnung vom 25. August 1999 über den Schutz BGE 150 III 22 S. 33

der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Gefährdung durch Mikroorganismen (SAMV; SR 832.321) mögen Betriebe verpflichtet sein, Massnahmen zum Schutz der Arbeitnehmer beim Umgang mit Mikroorganismen und bei der Exposition gegenüber Mikroorganismen zu treffen. Daraus kann aber nicht hergeleitet werden, dass eine weltweite Pandemie zum Betriebsrisiko gehört (PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 17).

5.10 Es ist umstritten, ob das Kriterium der Vorhersehbarkeit eines Arbeitsausfalls überhaupt brauchbar ist zur Beurteilung der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324 OR. Denn es ist im zivilrechtlichen Kontext von Art. 91 OR nicht vorgesehen und offenbar dem Sozialversicherungsrecht entliehen (PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 18; SUTER-SIEBER, a.a.O., Fn. 13). Dennoch wird in der Lehre zur Begründung für eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeber vorgebracht, dass es sich bei der Covid-19-Pandemie "um eine vorhersehbare Entwicklung handelt, welche grundsätzlich in die Risikosphäre der Arbeitgeber fällt" (GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O., Rz. 92). Diese Argumentation überzeugt nicht, selbst wenn man auf die Vorhersehbarkeit abstellen will. Zwar mag zutreffen, dass bereits früher Epidemien auftraten und dass die zunehmende globale Mobilität die Ausbreitung von Infektionskrankheiten begünstigt (PÄRLI/EGGMANN, a.a.O., Rz. 37). Doch ändert dies nichts daran, dass die Covid-19-Pandemie plötzlich und unerwartet kam. Noch anfangs Februar 2020 wurde das Coronavirus als lokales Problem in China betrachtet. Der Dow Jones Industrial Average (Dow-Jones-Index) verzeichnete am 12. Februar 2020 einen historischen Höchststand; gleiches gilt für den Swiss Market Index (SMI) am 20. Februar 2020. Der Internationale Währungsfonds prognostizierte der Weltwirtschaft für 2020 ein Wachstum von 3.3 %, die Expertengruppe des Bundes erwartete in der Schweiz ein Wachstum des Bruttoinlandsprodukts von 1.7 % (vgl. PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 16 mit Hinweisen).