

BGer 4A_53/2023 vom 30. August 2023

Bundesgericht, 2023-08-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_53_2023

FR: TF 4A_53/2023 du 30 août 2023

IT: TF 4A_53/2023 del 30 agosto 2023

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (Art. 29 Abs. 1 BGG ; BGE 145 I 121 E. 1; 143 III 140 E. 1; 141 III 395 E. 2.1).

Die Beschwerde betrifft eine Zivilsache (Art. 72 BGG) und richtet sich gegen den Endentscheid (Art. 90 BGG) eines oberen kantonalen Gerichts, das als Rechtsmittelinstanz entschieden hat (Art. 75 BGG). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Anträgen unterlegen (Art. 76 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. c BGG).

E. 1.2

In arbeitsrechtlichen Fällen ist die Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG nur zulässig, wenn der Streitwert mindestens Fr. 15'000.-- beträgt. Der Streitwert bestimmt sich gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a BGG nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind. Darüber hinaus hält Art. 52 BGG fest, dass mehrere in einer vermögensrechtlichen Sache von Streitgenossen geltend gemachte Begehren zusammengerechnet werden, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen. Danach ist die Zusammenrechnung zulässig, sofern die Begehren im kantonalen Verfahren vereinigt wurden und in diesem Verfahren Gegenstand eines einzigen Urteils waren. Bei der subjektiven Klagenhäufung müssen die Kläger bzw. die Beklagten darüber hinaus Streitgenossen im Sinn von Art. 24 Abs. 2 BZP sein. Nach Abs. 2 lit. b dieser Norm können mehrere Personen in der gleichen Klage als Kläger auftreten oder als Beklagte belangt werden, wenn gleichartige, auf einem im Wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhende Ansprüche den Streitgegenstand bilden (Urteile 5A_703/2019 vom 27. April 2020 E. 1.2.2; 4A_706/2016 vom 4. August 2017 E. 1; 4A_226/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 2.1; 4A_109/2008 vom 16. April 2008 E. 1.1; 4A_438/2007 vom 29. Januar 2008 E. 1.2; vgl. auch BGE 128 IV 53 E. 6a). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die Beschwerdegegner verlangten von der Beschwerdeführerin aus dem gleichen tatsächlichen und rechtlichen Grund die Bezahlung des vollen Lohns für Juli und August 2020.

Was den konkreten Streitwert betrifft, addiert die Beschwerdeführerin die Beträge, welche die Beschwerdegegner eingeklagt haben, nämlich Fr. 3'588.20 netto, Fr. 3'405.50 netto und Fr. 6'406.40 brutto. So gelangt sie zu einem Streitwert unter Fr. 15'000.-- und erntet die Zustimmung der Beschwerdegegner. Wenn man in casu mit der Vorinstanz (vgl. Rechtsmittelbelehrung und Urteil S. 8) auf den Bruttolohn abstellt, ist die Streitwertgrenze von Fr. 15'000.-- gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a BGG erreicht. Die Klage der Beschwerdegegnerin beläuft sich dann auf Fr. 4'713.80 brutto und jene des

Beschwerdegegners 1 auf Fr. 4'477.20 brutto. Unter Hinzurechnung der Klage des Beschwerdegegners 2 über Fr. 6'406.40 resultiert ein Streitwert von Fr. 15'597.40.

Es ist daher nach dem Gesagten entgegen den Ausführungen der Parteien ohne Belang, ob sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG stellt (vgl. dazu Urteil 4A_158/2023 vom 3. Mai 2023 E. 1).

E. 2.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist somit weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen oder eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Mit Blick auf die Begründungspflicht der beschwerdeführenden Partei (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 140 III 115 E. 2; 137 III 580 E. 1.3; 135 III 397 E. 1.4). Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG). Macht die beschwerdeführende Partei beispielsweise eine Verletzung des Willkürverbots (Art. 9 BV) geltend, genügt es nicht, wenn sie einfach behauptet, der angefochtene Entscheid sei willkürlich; sie hat vielmehr im Einzelnen zu zeigen, inwiefern der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; je mit Hinweisen). Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbstständige Begründungen, so muss sich die Beschwerde zudem mit jeder einzelnen auseinandersetzen, sonst wird darauf nicht eingetreten (BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 143 IV 40 E. 3.4).

Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 und Art. 106 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Rechtsverletzung liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im vorinstanzlichen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Der blosse Verweis auf Ausführungen in anderen Rechtsschriften oder auf die Akten reicht nicht aus (BGE 143 II 283 E. 1.2.3; 140 III 115 E. 2).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht; zudem muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 und

Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 145 V 188 E. 2; 140 III 115 E. 2; 135 III 397 E. 1.5). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt ebenfalls das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

E. 3.1

Mit der Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) regelte der Bundesrat die Schutzmassnahmen und damit auch die Einschränkungen für die Wirtschaft. Diese Verordnung wurde mehrfach abgeändert und ergänzt.

Direkten Einfluss auf die Arbeitsverhältnisse hatten auch die Verordnungen vom 20. März 2020 im Zusammenhang mit dem Coronavirus über Massnahmen bei Erwerbsausfall (SR 830.31) und im Bereich der Arbeitslosenversicherung (SR 837.033), worin der Bundesrat die Voraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung herabsetzte. Zudem verbürgte sich der Bund im Programm zur Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus mit der Verordnung vom 25. März 2020 zur Gewährung von Krediten und Solidarbürgschaften in Folge des Coronavirus (SR 951.261).

Diese Verordnungen stellten Notrecht dar und derogierten gewisse Gesetzesnormen. Sie stützten sich auf die Bundesverfassung und das Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG; SR 818.101).

E. 3.2

In den Art. 5 und 6 der COVID-19-Verordnung 2 ordnete der Bundesrat die Schliessung von Schulen, Hochschulen und weiteren Ausbildungsstätten sowie von gewissen Betrieben mit Publikumsverkehr an. Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits bildet die Frage, ob die Beschwerdegegner einen Anspruch auf Lohnfortzahlung nach der behördlichen Schliessung des Internatsbetriebs der Beschwerdeführerin hatten.

Durch das Massnahmenpaket, das der Bundesrat zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Betriebsschliessungen verabschiedete, wurde die Frage der Lohnfortzahlungspflicht nicht gegenstandslos. Für die betriebsseitigen Arbeitsausfälle stand die Kurzarbeitsentschädigung zur Verfügung (Art. 31 ff. AVIG). Diese deckte jedoch nur 80 % des Monatssalärs und maximal Fr. 9'880.-- pro Monat, nämlich 80 % von Fr. 12'350.-- (Art. 23 Abs. 1 und Art. 34 Abs. 1 und 2 AVIG). Insoweit wurde die Problematik bloss entschärft.

E. 3.3

Die Vorinstanzen kamen zum Schluss, die behördliche Betriebsschliessung zur Bekämpfung des Coronavirus gehöre zum Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin. Diese sei in Annahmeverzug geraten, als sie den Beschwerdegegnern nicht mehr genügend Arbeit habe anbieten können. Daher bestehe ein Anspruch auf Lohnfortzahlung.

Zur Begründung betonen die Vorinstanzen das Wesen des Arbeitsvertrags und den Sozialschutzgedanken des Arbeitsrechts. Sie verweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Arbeitgeber typischerweise das wirtschaftliche Risiko tragen und die Arbeitnehmer auf eine unternehmerische Teilnahme am Markt verzichten (Urteile 4A_64/2020 vom 6. August 2020 E. 6.3.5; 4A_592/2016 vom 16. März 2017 E. 2.1; 4A_200/2015 vom 3. September 2015 E. 4.2.3; 4A_602/2013 vom 27. März 2014 E. 3.2; 4A_194/2011 vom 5. Juli 2011 E. 5.6.1). Geht es nach den Vorinstanzen, spricht dies dafür, die Risikosphäre der Arbeitgeber im Rahmen von Art. 324 OR "eher weiter zu fassen".

E. 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.

E. 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; 120 II 209 E. 6a; Urteile 4A_356/2022 vom 20. Dezember 2022 E. 3.3.4; 4A_45/2018 vom 25. Juli 2017 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 Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht 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; 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).

E. 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: Luc Thévenoz/Franz Werro [Hrsg.], Commentaire romand, Code des obligations I, 3. Auflage 2021, N. 8 zu Art. 324 OR ; JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMY WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter DroitDuTravail.ch vom 9. April 2020, S. 3 ff.; THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, in: Jusletter vom 14. April 2020, Rz. 13 ff.; IRÈNE SUTER-SIEBER, Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit, in: Jusletter vom 18. Mai 2020, Rz. 7 ff.; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, in: ZSR/RDS Band 139 (2020) Sondernummer "Pandemie und Recht", S. 157 ff., S. 167 ff.; ALFRED BLESİ/RENÉ HIRSİGER/THOMAS PIETRUSZAK, in: COVID-19 - Ein Panorama der Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 2 Rz. 10 ff.; CLEMENS VON ZEDTZWITZ/SARAH KELLER, in: SHK - Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag, 2021, N. 28 zu Art. 324 OR ; MARINA GRABER/CHRISTA KALBERMATTEN, Corona und Arbeitsrecht, in: 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, in: ARV online 2020 Nr. 174, 2. Abschnitt; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 2020, S. 545 ff., S. 550 f.; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter vom 23. März 2020, Rz. 22 und 40 f.; KURT PÄRLI/JONAS EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt, Bestandsaufnahme und Würdigung der aktuellen Rechtslage, in: Jusletter vom 8. Februar 2021, Rz. 30 ff.; EMANUEL GEORG TSCHANNEN, Das Corona-Massnahmenpaket des Bundesrats, Eine Würdigung aus arbeitsrechtlicher Perspektive, in: Jusletter vom 14. April 2020, Rz. 30 ff.; NATHALIE FLÜCK, Das Betriebsrisiko im Arbeitsverhältnis, 2021, S. 91 ff.).

E. 5

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

E. 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; BLES/HIRSINGER/PIETRUSZAK, a.a.O., § 2 Rz. 18; MÜLLER, a.a.O., S. 68).

E. 5.2

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die Annahme der gehörig angebotenen Leistung oder die Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen, ohne die der Schuldner zu erfüllen nicht imstande ist, ungerechtfertigterweise verweigert (Art. 91 OR).

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 Titels bis des Obligationenrechts [BBl 1967 II 241 S. 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, unbesehen 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.).

E. 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 trifft (PERRENOUD, a.a.O., N. 6 zu Art. 324 OR ; MARIUS SCHRANER, Zürcher Kommentar, Band V/1e: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96 OR , 3. Auflage, Zürich 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).

E. 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. 2.a). 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 COVID-19-Verordnung 2 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). 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).

E. 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, 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.

E. 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.

E. 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 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).

E. 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, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-330a OR, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2c, 4. Auflage 2006, N. 12 zu Art. 324 OR; VON ZEDTZWITZ/KELLER, a.a.O., N. 11 zu Art. 324 OR; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht 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 unbesehen seiner individuellen Lage gleichermassen. Damit gingen sie über das Risiko hinaus, das einem einzelnen Betrieb inhärent ist.

E. 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 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 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 (BB1 2011 311, S. 312 f.).

Wie die Beschwerdeführerin zu Recht erwähnt, sind für die Erkennung und Überwachung (Art. 11 EpG) 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 über den Schutz 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).

E. 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 Bruttoinlandprodukts von 1.7 % (vgl. PIETRUSZAK, a.a.O., Rz. 16 mit Hinweisen).

E. 6

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil aufzuheben.

Die Beschwerdegegner machen auch vor Bundesgericht geltend, dass sie ihre Arbeit immer gehörig angeboten hätten und dass die Beschwerdeführerin einen 100 %-Online-Unterricht

auf die Beine hätte stellen können. Sie beantragen denn auch subeventualiter die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. In der Tat war im kantonalen Verfahren strittig, ob während der behördlichen Schliessung des Internatsbetriebs ein 100 %-Online-Unterricht möglich gewesen wäre, womit keine Minusstunden angefallen wären. Ebenfalls umstritten war das Quantitativ der Minusstunden. Diese Fragen liessen die Erstinstanz und die Vorinstanz offen. Die Sache ist daher zur Prüfung dieser Punkte an die Vorinstanz zurückzuweisen. Ferner wird die Vorinstanz sich mit dem Quantitativ der von der Beschwerdeführerin abgezogenen Minusstunden zu befassen haben.

E. 7

Die Beschwerde ist gutzuheissen. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache ist im Sinne der Erwägungen zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Ausgangsgemäss werden die Beschwerdegegner unter solidarischer Haftung kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 65 Abs. 4 lit. c i.V.m. Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG sowie Art. 68 Abs. 2 und 4 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.