

# ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH AH210077-L vom 27. August 2021

Zh Bezirksgericht Zuerich, 2021-08-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_bezirksgericht\\_zuerich\\_AH210077-L](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_bezirksgericht_zuerich_AH210077-L)

FR: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH AH210077-L du 27 août 2021

IT: ZH\_BEZIRKSGERICHT\_ZUERICH AH210077-L del 27 agosto 2021

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgeschichte und Sachverhalt

#### E. 1.1

Die Klägerin reichte am 21. Mai 2021 (Datum des Poststempels) eine un- begründete Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren gegen den beklagten Verein [B.\_] ein (act. 1). Die Klagebewilligung datiert vom 23. Februar 2021 (act. 3); das heisst, die Dreimonatsfrist von Art. 209 Abs. 3 ZPO wurde gewahrt. Mit Vorladung vom 31. Mai 2021 wurden die Parteien auf den 14. Juli 2021 zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. 6). An der Hauptverhandlung begründete die Klägerin ihre Klage (act. 10 und Prot. S. 3 ff.) und die Parteien erstatteten ihre mündlichen Parteivor- träge (Prot. S. 3 ff.).

#### E. 1.2

Der Auseinandersetzung liegt ein Arbeitsverhältnis zugrunde, das zwischen der Klägerin und dem Beklagten mit Arbeitsvertrag vom 16. März 2012 begründet wurde (act. 5/3 S. 4). Die Klägerin arbeitete beim Beklagten als Mitarbeiterin Haus- wirtschaft in einem 60%-Pensum und verdiente zuletzt ein Bruttosalär von Fr. 2'685.-, welches dreizehn Mal ausbezahlt wurde (act. 10 S. 1). Mit Schreiben vom 24. März 2020 kündigte der Beklagte das Arbeitsverhältnis ordentlich per 30. Juni 2020 und stellte die Klägerin gleichzeitig frei (act. 5/3 S. 5). Als Kündi- gungsgründe wurden der Wunsch der Klägerin, das Arbeitsverhältnis aufzulösen, Unstimmigkeiten und unüberbrückbare Differenzen sowie Vertrauensverlust und die Wahrnehmung der Interessen der Arbeitgeberin genannt. Die Klägerin leidet laut ihrem behandelnden Arzt, Dr. med. C.\_, Innere Medizin FMH, an Diabetes (act. 12/5). Mit Zeugnis vom 25. März 2020 (1 Tag nach Datum Kündigungsschrei- ben) bescheinigte Dr. med. C.\_, dass die Klägerin einer Hochrisikogruppe ange- höre. Sie dürfe während der Corona-Pandemie keinen Kontakt zu anderen Leuten haben und sei demzufolge während dieser Zeit arbeitsunfähig (act. 5/3 S. 5). Am

- 3 - 12. August 2020 stellte Dr. C.\_ ein nämliches Attest aus (act. 5/3 S. 6). Mit Zeugnis vom 9. Juli 2021 bestätigte er, dass die Klägerin seit 2007 zuckerkrank sei. Im Sommer 2019 sei es zu einer Verschlechterung der Zuckerstoffwechselsituation gekommen (HbA1c über 8% bis maximal 8,9%) mit Notwendigkeit einer Insulinthe- rapie (act. 12/5). Vom 17. März bis 22. Juni 2020 waren die Bestimmungen der Covid-19-Verordnung 2 in Kraft, womit für "besonders gefährdete Personen" be- sondere Schutzmassnahmen galten, die verschiedentlich angepasst wurden (Art. 10b und Art. 10c Covid-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020). Strittig ist, ob die Klägerin als besonderes gefährdete Person im Kündigungszeitpunkt vom zeitli- chen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR

profitieren konnte.

## **E. 2**

Parteivorbringen

### **E. 2.1**

Die Klägerin liess ausführen, die Kündigung des Beklagten vom 24. März 2020 sei inmitten der Corona-Pandemie erfolgt, in deren Zusammenhang der Bundesrat auch verschiedene Regelungen in Kraft gesetzt habe, um dieser Pandemie zu begegnen. Unter anderem sei die Covid-19-Verordnung 2 erlassen worden mit Regelungen für besonders gefährdete Personen in Kapitel 5. Gemäss Art. 10b Abs. 2 der Verordnung hätten Personen mit Diabetes von Beginn weg als besonders gefährdete Personen gegolten, wobei später in einem Anhang 6 zur Verordnung noch konkretisiert worden sei, welche Art Diabetes genau gemeint gewesen sei. Gemäss Anhang 6 zur genannten Verordnung werde in Ziffer 4 der massgebliche Diabetes wie folgt umschrieben: Diabetes mellitus mit Spätkomplikationen oder einem HbA1 von > 8%. Die Klägerin leide seit mehreren Jahren an Diabetes. Gemäss ihrem behandelnden Arzt, Dr. med. C., gehöre sie zur genannten Hochrisikogruppe, die gemäss den Bestimmungen der Covid-19-Verordnung 2 inklusive Anhang 6 betroffen sei. Damit sei sie aufgefordert gewesen, zu Haus zu bleiben. Ihre Tätigkeit als Mitarbeiterin Hauswirtschaft im Altersheim führe zwangsläufig zu engen Kontakten mit Heimbewohnern und anderen Mitarbeitenden, weshalb es ihr aufgrund ihrer Krankheit nicht möglich gewesen wäre, ihre Tätigkeit überhaupt auszuüben. Sie habe nicht nur in der Reinigung gearbeitet. Dies ergebe sich aus dem Arbeitszeugnis. Die Klägerin habe auch die Zimmer der Bewohner reinigen müssen, womit ein enger Kontakt bestanden habe, da die Bewohner je

- 4 - nach Gesundheitszustand im Zimmer geblieben seien. Dann habe die Klägerin auch im Speisesaal gearbeitet und dort das Essen serviert. Weiter sei sie auch mit anderen Mitarbeitern in der Wäscherei tätig gewesen (act. 10 Rz. 3 ff. und Prot. S. 8). Der Rechtsvertreter der Klägerin habe den Rechtsvertreter des Beklagten mit E-Mail vom 11. Juni 2020 darauf hingewiesen, dass die Kündigungsfrist unterbrochen werde, da die Klägerin eine Hochrisikopatientin gemäss Covid-19-Verordnung 2 sei. Mit Schreiben vom 28. Juli 2020 sei nochmals der Standpunkt der Klägerin geltend gemacht worden, dass die Kündigungsfrist blockiert worden sei und das Arbeitsverhältnis der Klägerin somit erst per Ende September 2020 ablaufen würde (act. 10 Rz. 5). Der Bundesrat habe in der Covid-19-Verordnung 2 keine expliziten Regeln für den sachlichen und zeitlichen Kündigungsschutz der besonders gefährdeten Arbeitnehmenden erlassen. Es entspreche dem Willen des Gesetzgebers zu Art. 336c Abs. 1 lit. b OR, die Arbeitnehmenden vor dem Verlust ihres Arbeitsplatzes in Zeiten zu schützen, in denen sie in der Regel keine Chance bei der Stellensuche hätten, weil sie von einem Arbeitgeber in Kenntnis der Arbeitsverhinderung nach der Kündigungsfrist wohl nicht angestellt würden. Es schein offensichtlich, dass bei der Klägerin als Hochrisikopatientin gemäss Covid-19-Verordnung 2 aber genau das eingetreten sei. Ihr sei seitens des Beklagten gekündigt worden und kein anderer Arbeitgeber hätte doch nur in Erwägung gezogen, eine Mitarbeiterin anzustellen, die Hochrisikopatientin sei und daher in ihrem Tätigkeitfeld gar nicht arbeiten könnte. Insofern sei die Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR definitiv zu bejahen (act. 10 Rz. 11). Schliesslich sei auch hervorzuheben, dass die berufliche Tätigkeit der Klägerin immer mit Kontakt zu Heimbewohnern einhergehe, weshalb sich

ihr Status als Hoch- risikopatientin nicht nur beim Beklagten, sondern bei jedem Arbeitgeber gleich aus- gewirkt habe, indem sie eben ihre Tätigkeit nicht habe ausüben können. Daher müsse der zeitliche Kündigungsschutz Anwendung finden. Die Kündigung sei am 24. März 2020 erfolgt. Losgelöst von der Problematik, ob die ausgesprochene Kündigung überhaupt habe gültig ausgesprochen werden können, habe die Kündi- gungsfrist aufgrund des zeitlichen Kündigungsschutzes frühestens im Juni 2020 zu

- 5 - laufen begonnen, nachdem die massgeblichen Bestimmungen für Hochrisikopati- enten im Juni 2020 aufgehoben worden seien. Bei einer ordentlichen Kündigungs- frist von drei Monaten führe dies zu einem Ablauf der Kündigungsfrist per Ende September 2020. Der Beklagte habe jedoch nur bis Juni 2020 den ordentlichen Lohn bezahlt, weshalb noch die Lohnzahlungen inklusive Anteil 13. Monatslohn für die Periode Juli bis September 2020 im Betrag von Fr. 8'726.25 brutto bzw. Fr. 8'072.– netto offen seien (act. 10 Rz. 13 ff.). Der Beklagte weise auf die Regelungen der Gesundheitsdirektion hin, die offenbar das Bundesrecht übersteuern sollen. Die Gesundheitsdirektion habe vorgegeben, dass man den Betrieb aufrechterhalten müsse. Das möge stimmen, habe aber nichts damit zu tun, dass die Hochrisikopersonen trotzdem gemäss der Covid-Ver- ordnung hätten geschützt werden sollen und müssen. Eine Arbeitspflicht im vom Beklagten behaupteten Sinn, habe für Hochrisikopersonen mit Sicherheit nicht be- standen, selbst wenn die üblichen Schutzvorschriften in diesem Betrieb eingehalten worden seien. Es bestehe der Eindruck, dass der Beklagte davon ausgehe, es gehe nur um den Schutz der Heimbewohner. Dies sei natürlich nicht richtig. Die Hochri- sikopersonen seien auch Leute wie die Klägerin, die ein hohes Ansteckungsrisiko mit gravierenden Folgen hätten. Diese Personen habe man schützen wollen, wes- halb die Klägerin nicht habe vor Ort arbeiten müssen. Ihre Arbeit sei auch nicht von zu Hause aus möglich gewesen (Prot. S. 8 f.). Die von der Arbeit freigestellte Klä- gerin sei auch nie aufgefordert worden, unter Einhaltung der Schutzvorschriften zu arbeiten, obwohl der Beklagte schon bald darauf hingewiesen worden sei, dass die Kündigungsfrist unterbrochen würde. Das sei nie kommuniziert und so auch nicht behauptet worden, weil es eben auch nicht gewollt gewesen sei (Prot. S. 9). Der Beklagte habe sinngemäss geltend gemacht, dass ein qualifiziertes Schweigen des Bundesrats vorliege, was bestritten werde. Eine solche Theorie gebe es auch in der Lehre nicht. Im Vordergrund stehe ganz klar eine teleologische Auslegung, also nach dem Sinn und Zweck der Bestimmung. Es sei im letzten Jahr darum gegangen, die massive Ausbreitung des Virus zu verhindern und Hochrisikoperso- nen zu schützen. Diese Personen müssten aber nicht nur gesundheitlich geschützt

- 6 - werden, sondern auch arbeitsrechtlich, indem auch eine Sperrfrist gelten müsse (Prot. S. 9).

## **E. 2.2**

Der Beklagte liess demgegenüber geltend machen, die Klägerin sei als Mitar- beiterin im Bereich Hauswirtschaft angestellt gewesen und nicht als Pflegefachfrau oder Betreuerin für die Bewohner. Sie sei vor allem für die Reinigung zuständig gewesen (Prot. S. 4). Es sei richtig, dass die Klägerin teilweise auch im Speisesaal ausgeholfen habe. Gäste habe es damals aber nicht gegeben, da es für Fremde und Angehörige ein Verbot gegeben habe, ins Heim zu kommen (Prot. S. 9). Richtig sei, dass das Arbeitsverhältnis gekündigt und die entsprechenden Fristen gemäss den Anstellungsbedingungen eingehalten worden seien. Es werde akzeptiert, dass die Klägerin gestützt auf die Arztberichte als besonders gefährdete Person im Sinne der Covid-Verordnung zu gelten habe. Es werde jedoch bestritten, dass die

Klägerin – anders als das Pflegepersonal – Kontakt zu Heimbewohnern gehabt habe. Die Klägerin sei in der Reinigung tätig gewesen und habe so keinen oder nicht permanenten Kontakt zu Heimbewohnern gehabt. Wenn es zu einem Kontakt gekommen sei, dann natürlich immer nur mit Masken, Abstand, etc. Zu den beim Beklagten umgesetzten Schutzmassnahmen könne die Heimleiterin Frau D. befragt werden. Entsprechende Kontrollen der Gesundheitsdirektion seien auch durchgeführt worden (Prot. S. 4 und Prot. S. 6). Der Beklagte sei deshalb der Ansicht, dass es für die Klägerin trotz ihrer Diabeteserkrankung möglich gewesen sei, ihre Tätigkeit auszuüben. Die Gesundheitsdirektion des Kantons Zürich habe die Heime aufgefordert, ihren Betrieb trotz der Coronapandemie aufrecht zu erhalten. Entsprechend heisse es auch in Art. 10c Abs. 3 lit. b der Covid-Verordnung, dass wenn die Präsenz der besonders gefährdeten Arbeitnehmern aus betrieblichen Gründen vor Ort unabdingbar ist – was bei Heimen auch in der Hauswirtschaft und nicht nur in der Pflege der Fall sei, um den Betrieb aufrecht zu erhalten – die Arbeitgeber das STOP-Prinzip zu beachten hätten und dass dann – auch vorgegeben durch die Gesundheitsdirektion des Kanton Zürichs – eine Arbeitspflicht bestehe. Diese Arbeitspflicht bestehe selbst dann, wenn enge Kontakte mit anderen Mitarbeitenden oder Bewohnern vorliegen würden, solange die vorgegebenen Schutzmassnahmen eingehalten würden. Der Beklagte habe das STOP-Prinzip vollumfänglich erfüllt. Es habe eine Maskenpflicht im ganzen Haus bestanden und die Mitarbeiter

- 7 - hätten eine persönliche Schutzausrüstung gehabt. Entsprechend habe eine Arbeitspflicht auch für die Klägerin bestanden. Der Arzt der Klägerin könne zwar die Frage beurteilen, ob diese der Hochrisikogruppe angehöre, aber nicht die Frage, ob die Klägerin aufgrund ihrer arbeitsvertraglichen Tätigkeiten und der konkreten Schutzmassnahmen vor Ort im Betrieb arbeitsunfähig gewesen sei (Prot. S. 5). Die klägerische Interpretation von Art. 336c Abs. 1 OR vergesse das erste Kriterium, nämlich die Auslegung nach dem Wortlaut. Art. 336c OR sei nicht geändert worden und dies trotz all den Covid-Regelungen, die im arbeitsrechtlichen Bereich sehr einschneidend gewesen und permanent angepasst und geändert worden seien. Wenn die Covid-Verordnung davon ausgehe, dass eine in einem Altersheim tätige Person unter Wahrung der STOP-Prinzipien nicht arbeitsunfähig sei (Art. 10c Abs. 3 lit. b der Covid-Verordnung), dann sei auch der Wortlaut von Art. 336c OR nicht verändert worden und es könne auch nicht von einer Arbeitsverhinderung oder einer Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im Sinne dieser Bestimmung ausgegangen werden (Prot. S. 5 f.). Aus Art. 10c Abs. 3 lit. b der Covid-Verordnung sei auch abzuleiten, dass die Klägerin durchaus eine Chance auf dem Arbeitsmarkt gehabt habe, weil sie arbeitsfähig gewesen sei und in einem anderen Betrieb eine Stelle hätte finden können. Sie sei aufgrund ihrer besonderen Gefährdung nicht vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen gewesen und habe auch keine Nachteile bei der Stellensuche gehabt (Prot. S. 6 und Prot. S. 10). Allenfalls spiele es eine Rolle, dass im Betrieb des Beklagten, zu dem Zeitpunkt als die Klägerin noch regulär gearbeitet habe beziehungsweise später während der Freistellung der Klägerin, noch kein Corona-Ausbruch stattgefunden habe. Erst am 20. Dezember 2020 sei der erste Bewohner positiv getestet worden (Prot. S. 6). In der Literatur liessen sich divergierende Lehrmeinungen finden. Es sei jedoch vom Wortlaut von Art. 336c OR auszugehen, da die Covid-Verordnung keine Veränderungen mit sich gebracht habe. Von den eingereichten Arztzeugnissen sei dem Beklagten nur das vom 25. März 2020 bekannt gewesen. Das Zeugnis vom

- 8 - 12. August 2020 sei erst im Nachhinein nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses eingereicht worden. Der heute eingereichte Arztbericht sowie auch dessen Hintergründe seien dem Beklagten nicht bekannt gewesen (Prot. 6 f.). Die Covid-Verordnung sei abschliessend, sodass Arbeitnehmer keinen Anspruch auf etwas hätten, das in der Verordnung nicht geregelt sei, auch nicht durch eine Interpretation von Art. 336c OR. Art. 10c der Covid-Verordnung gehe vor und dort sei die Sperrfrist für besonders gefährdete Personen nicht verändert worden. Es sei nicht nur durch die Gesundheitsdirektion im öffentlich-rechtlichen Bereich vorgegeben gewesen, dass auch die besonders gefährdeten Mitarbeiter am Arbeitsplatz anwesend sein müssten, sondern auch durch die Covid-Verordnung. Dementsprechend sei eine Verlängerung der Kündigungsfrist zu verneinen. Es gebe keine Auslegung, die eine Anwendung der Sperrfristenregelung rechtfertige (Prot. S. 7). In diesem Sinne sei das Klagebegehren vollumfänglich abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin (Prot. S. 7).

### **E. 3**

Ist es bei besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach Artikel 10b Absatz 2 nicht möglich, im Rahmen der Absätze 1 und 2 ihre Arbeitsverpflichtungen zu erledigen, so werden sie vom Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung beurlaubt.

#### **E. 3.1**

Vorbemerkungen Laut Arzzeugnissen von Dr. med. C. vom 25. März und 12. August 2020 war die Klägerin nicht zufolge Krankheit arbeitsunfähig, sondern weil sie als Angehörige der Hochrisikogruppe keinen Kontakt zu anderen Leuten haben dürfe (act. 5/3 S. 6 f.). Der Beklagte anerkennt, dass die Klägerin als besonders gefährdete Person im Sinne der Covid-Verordnung zu gelten hat (Prot. S. 4).

#### **E. 3.2**

Zeitlicher Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR

##### **E. 3.2.1**

Das Gesetz gewährt nach Ablauf der Probezeit Schutz vor einer Kündigung, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert

- 9 - ist, und zwar im ersten Dienstjahr während 30 Tagen, ab zweitem bis und mit fünftem Dienstjahr während 90 Tagen und ab sechstem Dienstjahr während 180 Tagen (Art. 336c Abs. 1 lit b OR). Die Kündigung, die während dieser Sperrfrist erklärt wird, ist nichtig; ist dagegen die Kündigung vor Beginn einer solchen Frist erfolgt, aber die Kündigungsfrist bis dahin noch nicht abgelaufen, so wird deren Ablauf unterbrochen und erst nach Beendigung der Sperrfrist fortgesetzt (Art. 336c Abs. 2 OR). Gilt für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Endtermin, wie das Ende eines Monats oder einer Arbeitswoche, und fällt dieser nicht mit dem Ende der fortgesetzten Kündigungsfrist zusammen, so verlängert sich diese bis zum nächstnachfolgenden Endtermin (Art. 336c Abs. 3 OR)

##### **E. 3.2.2**

Die Klägerin arbeitete ab März 2012 beim Beklagten und hätte im Zeitpunkt der Kündigung (März 2020) in Anwendung dieser Bestimmung somit von einem zeitlichen Kündigungsschutz von maximal 180 Tagen profitiert. In den Genuss des

Kündigungsschutzes kommt eine Arbeitnehmerin auch dann, wenn sie dem Arbeitgeber ihre Arbeitsunfähigkeit – in Verletzung ihrer Treuepflicht – nicht mitteilt (BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336c N 9). Insoweit spielt es keine Rolle, dass die Klägerin erst mit Attest vom 25. März 2020 mitteilte, dass sie einer Risikogruppe angehöre. Denn sie gehörte dieser Gruppe bereits am 24. März 2020 an, womit die Kündigung – falls eine Sperrfrist bejaht würde – nichtig wäre. Die Klägerin macht geltend, losgelöst von der Problematik, ob die ausgesprochene Kündigung überhaupt habe gültig ausgesprochen werden können, habe die Kündigungsfrist aufgrund des zeitlichen Kündigungsschutzes frühestens im Juni 2020 zu laufen begonnen und verlangt Lohn bis Ende September 2020 (act. 10 Rz. 13 ff.).

- 10 -

### **E. 3.3**

Regelung zu den besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in der Covid-19-Verordnung 2

#### **E. 3.3.1**

Mit Bezug auf die besonders gefährdeten Personen gab es verschiedene Fassungen der Covid-19-Verordnung 2. Die erste Fassung vom 16. März 2020, die vorsah, dass besonders gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nur im Homeoffice beschäftigt werden dürfen (act. 12/8), ist auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar und kann deshalb ausser Acht gelassen werden.

#### **E. 3.3.2**

Die am 24. März 2020 (Zeitpunkt Kündigung) geltende Regelung zu besonders gefährdeten Personen in der Covid-19-Verordnung 2 vom 20. März 2020 lautete wie folgt (act. 12/8-9): "Art. 10b Grundsatz 1 Besonders gefährdete Personen sollen zu Hause bleiben und Menschenansammlungen meiden. 2 Als besonders gefährdeten Personen gelten Personen ab 65 Jahren und Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs. Art. 10c Pflicht der Arbeitgeber 1 Arbeitgeber ermöglichen ihren besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus zu erledigen. Sie treffen zu diesem Zweck die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen. 2 Können Arbeitstätigkeiten aufgrund der Art der Tätigkeit oder mangels realisierbarer Massnahmen nur am üblichen Arbeitsort erbracht werden, so sind die Arbeitgeber verpflichtet, mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen.

#### **E. 3.3.3**

Per 17. April 2020 wurden Art. 10b und 10c der Covid-19-Verordnung 2 erneut geändert (act. 12/11): "Art. 10b Grundsatz 1 Besonders gefährdete Personen sollen zu Hause bleiben und Menschenansammlungen meiden. Verlassen sie das Haus, so treffen sie besondere Vorkehrungen, um die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz einhalten zu können.

- 11 - 2 Als besonders gefährdeten Personen gelten Personen ab 65 Jahren und Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes,

Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs. 3 Die Kategorien nach Absatz 2 werden in Anhang 6 anhand medizinischer Kriterien präzisiert. Diese Liste ist nicht abschliessend. Eine klinische Beurteilung der Gefährdung im Einzelfall bleibt vorbehalten.

#### **E. 3.3.4**

Mit einer weiteren Änderung wurde per 6. Juni 2020 Art. 10b Abs. 1 der Covid-19 Verordnung 2 aufgehoben (AS 2020 1815).

#### **E. 3.3.5**

Mit der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020 (Ende ausserordentliche Lage, Beginn besondere Lage, AS 2020 2213) wurde mit Wirkung ab 22. Juni 2020 in Artikel 10 für alle Arbeitnehmende das STOP-Prinzip eingeführt. Es wurde also nicht mehr zwischen nicht besonders gefährdeten und besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern unterschieden, womit sich auch die Frage einer besonderen Sperrfrist für gefährdete Arbeitnehmende zwischen dem 22. Juni 2020 und dem 18. Januar 2021 nicht stellt.

#### **E. 3.3.6**

Erst seit dem 18. Januar 2021 sind nun in Art. 27a der Covid-19-Verordnung 3 erneut besondere Bestimmungen für besonders gefährdete Arbeitnehmende in Kraft (AS 2021 5), die allerdings mit Bezug auf das strittige Arbeitsverhältnis wiederum keine Rolle spielen.

#### **E. 3.4**

Anwendung des zeitlichen Kündigungsschutzes gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auf besonders gefährdete Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

#### **E. 3.4.1**

Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die speziellen in E. 3.3. dargestellten Schutzvorschriften für besonders gefährdete Arbeitnehmende, so wie sie zwischen dem 24. März und 22. Juni 2020 in Kraft waren, sich von den gegenüber sämtlichen Arbeitnehmenden einzuhaltenden Schutzvorkehrungen nicht radikal unterscheiden. Es gab allerdings Unterschiede und es bestanden – auch als Folge der unsteinen Regelungen zu Beginn des Pandemieausbruchs in der Schweiz – auch Unsicherheiten, wie einer besonderen Gefährdung im Arbeitsumfeld begegnet werden soll. Ein Unterschied bestand etwa darin, dass im massgebenden Zeitabschnitt besonders gefährdeten Arbeitnehmenden wenn immer wie möglich (gemäss Ände-

- 13 -  
rung vom 16. April 2020 allenfalls auch unter Zuweisung gleichwertiger Ersatzarbeit) die Arbeit im Homeoffice gewährt werden sollte (E. 3.3.2. und E. 3.3.3.). Mit der Änderung vom 16. April 2020 (act. 12/11) wurde sodann spezifiziert, was für Schutzvorkehrungen notwendig waren, um besonders gefährdete Arbeitnehmende vor Ort zu beschäftigen, wenn deren Präsenz aus betrieblichen Gründen unabdingbar war (E. 3.3.3.). Auf diese Regelung zielt der Beklagte ab, wenn er geltend macht, die Schutzmassnahmen seien im Betrieb des Beklagten eingehalten worden und die Präsenz vor Ort sei in einem Heim grundsätzlich unabdingbar. Darüber hinaus wurde den besonders gefährdeten Arbeitnehmenden in der ab dem 17. April 2020 gültigen Fassung aber auch das Recht zugestanden, die ihr zugewiesene Arbeit (unter Lohnfortzahlung) abzulehnen, wenn sie die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus trotz der getroffenen Massnahmen

aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachteten (E. 3.3.3.). Die Arbeitgeberin konnte ein ärztliches Attest verlangen (vgl. zum Ganzen THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in AJP 5/2020 S. 545 ff., S. 549 f.).

#### **E. 3.4.2**

Die Klägerin macht geltend, dass sie als besonders gefährdete Arbeitnehmerin im Sinne der Covid-19-Verordnung 2 von einem zeitlichen Kündigungsschutz gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR profitieren konnte. In der Lehre wird als Hauptargument für die Anwendung der Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auf besonders gefährdete Arbeitnehmende die ratio legis der Sperrfristenregelung (vgl. hierzu: ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RU-DOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl. Zürich 2012, Art. 336c N2 S. 1072, DENIS G. HUMBERT/ANDRÉ LECH, Kündigungsschutz in: Fachhandbuch Arbeitsrecht, 2018, S. 411 ff. Rz. 11.134) angeführt (vgl. KURT PÄRLI/JONAS EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt, in: Jusletter 8. Februar 2021 Rz. 96). Laut Botschaft zielt der in Art. 336c Abs. 1 lit. b OR statuierte Kündigungsschutz darauf ab, dass "eine Anstellung des Arbeitnehmers durch einen neuen Arbeitgeber auf den Zeitpunkt des Ablaufs der ordentlichen Kündigungsfrist im Hinblick auf die Ungewissheit über Fortdauer und Ausmass der Arbeitsunfähigkeit höchst unwahrscheinlich erscheint." (BBl 1984 1984 605; vgl. auch BGE 128 III 212 E. 3a [Schriftbild geändert]: "Le but de la loi, comme on l'a vu, est de protéger le travailleur

- 14 - contre le risque de recevoir le congé à un moment où il pourrait difficilement trouver un nouvel emploi pour l'échéance."). Auch für besonders gefährdete Arbeitnehmende bestanden unter der dargestellten Covid-19-Verordnung 2 mit Bezug auf die Einsatzmöglichkeit erschwerende Umstände. Die Anwendung von Art. 336c Abs. 1 lit. b OR könnte sich insoweit an die Intention des Gesetzgebers anlehnen. Bei der Klägerin, die im Hausdienst tätig war, war die Unsicherheit mit Bezug auf künftige Einsatzmöglichkeiten grösser als bei einer Person, die im Büro arbeitet.

#### **E. 3.4.3**

Gegen die Anwendung einer Sperrfrist gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR auf besonders gefährdete Person im Sinne der Covid-19-Verordnung 2 spricht demgegenüber die abschliessende Aufzählung der Schutztatbestände im Gesetz (vgl. hierzu etwa BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 336c N 9). In Art. 336c Abs. 1 lit. b OR wird ein zeitlicher Kündigungsschutz bei einer ganzen oder teilweisen (unverschuldete) Verhinderung an der Arbeitsleistung wegen Krankheit oder Unfall statuiert. Es genügt nicht, krank oder verunfallt zu sein. Vielmehr muss die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer beweisen, dass sie oder er wegen Krankheit oder Unfall (ganz oder teilweise) an der Arbeitsleistung verhindert ist. Eine laut Covid-19-Verordnung 2 besondere Schutzmassnahmen begründende Gefährdung kann nicht unbesehen einer Krankheit gleichgesetzt werden. Besonders gefährdete Arbeitnehmende, darunter fallen auch Personen ab 65 Jahren, sind nicht "durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert". Art. 10c der Covid-19-Verordnung 2 hat vielmehr besonders gefährdete Arbeitnehmerin zum Gegenstand, die nicht arbeitsunfähig sind, die aber aufgrund ihrer gesundheitlichen Dispositionen vor einer Ansteckung mit Covid-19 am Arbeitsplatz geschützt werden sollen. Ist es nicht möglich, die Arbeit unter angemessenen Bedingungen zu organisieren, oder macht eine Arbeitnehmerin von ihrem

Ablehnungsrecht Gebrauch, beschränkt sich Art. 10c auf die Festlegung eines Urlaubs sui generis mit Anspruch auf Lohnfortzahlung. Wenn der Bundesrat spezifische Vorschriften zum Schutz besonders gefährdeter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer traf, so hätte er auch mit Bezug auf einen besonderen Kündigungsschutz eine Regelung treffen können und müssen, wenn ein solcher zum Zuge kommen soll. Eine neue Sperrfrist für besonders gefährdete Personen kann nur – im Rahmen der

- 15 - Notrechtsbefugnis – vom Bundesrat oder vom Parlament eingeführt werden (sinn- gemäss JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMY WYLER, Coronavirus et droit suisse du travail: quelques questions en période de déconfinement, in: Newsletter, DroitDuTravail.ch du 28 mai 2020, S. 14 f.). Diese namentlich von DUNAND/WYLER vertretene Lehrmeinung überzeugt. Der Bundesrat erliess zwischen dem 13. März 2020 und dem 22. Juni 2020 sehr differenzierte und auch immer wieder geänderte Vorschriften im Zusammenhang mit dem Ausbruch der Corona-Pandemie in der Schweiz. So ist namentlich die Fassung von Art. 10c der Covid-19-Verordnung 2 vom 17. April 2020 zum Schutz der Gesundheit von besonders gefährdeten Arbeitnehmenden mit insgesamt acht Absätzen ausserordentlich detailreich formuliert. Der Bundesrat erliess dabei gewissermassen arbeitsrechtliches Notrecht. Ein zeitlicher Kündigungsschutz für besonders gefährdete Arbeitnehmende wurde jedoch nie vorgesehen und findet deshalb auch keine Anwendung.

#### **E. 3.4.4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die am 24. März 2020 vom Beklagten ausgesprochene Kündigung nicht zur Unzeit erfolgte, da keine Sperrfrist im Sinne von Art. 336c OR anwendbar ist, und der Klägerin deshalb kein Lohnanspruch über das Ende der ordentlichen Kündigungsfrist hinaus zusteht. Die Klage ist dementsprechend abzuweisen. 4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 4**

Ist es nicht möglich, die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach den Absätzen 1–3 zu beschäftigen, so weist ihnen der Arbeitgeber in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit vor Ort zu, bei der die Vorgaben nach Absatz 3 Buchstaben a und b erfüllt sind.

#### **E. 4.1**

Die Prozesskosten setzen sich aus den Gerichtskosten und aus der Parteientschädigung zusammen (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Sie werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis werden bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. c ZPO). Im vorliegenden Verfahren mit einem Streitwert von Fr. 8'726.25 sind dementsprechend keine Gerichtskosten aufzuerlegen.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO gelten als Parteientschädigung unter anderem die Kosten einer berufsmässigen Vertretung und in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten

- 16 - ist. Die Kantone setzen die Tarife für die Prozesskosten fest (Art. 96 ZPO). Im Kanton Zürich regelt die Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) die von den Justizbehörden festzusetzenden Vergütungen für die Parteivertretung durch Anwältinnen und Anwälte vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden (§ 1

Abs. 1 AnwGebV). Da der Vertreter des Beklagten, Rechtsanwalt lic. iur. Y., beim Beklagten als Organ (Vorstandsmitglied mit Kollektivunterschrift zu zweien) tätig ist (Prot. S. 3), liegt keine klassische berufsmässige Vertretung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vor. In einem solchen Fall richtet sich die Entschädigung nicht wie bei einer gewöhnlichen berufsmässigen Vertretung ohne Weiteres nach dem Anwaltsstarif.

#### **E. 4.3**

Es kann offen bleiben, ob nun in einem solchen Fall eine Parteientschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO (Kosten einer berufsmässigen Vertretung) in einem um zirka einen Drittel reduzierten Betrag ausgerichtet werden soll (KUKO ZPO-HANS SCHMID/INGRID JENT-SØRENSEN, 3. Auflage 2021, a.a.O., Art. 95 N 33), oder ob dem Beklagten lediglich eine Umtriebsentschädigung im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. c im nämlichen Umfang zusteht (BSK ZPO-VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, 3. Auflage 2017, Art. 95 N 21 f.; MARTIN H. STERCHI, in: Berner Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, Bern 2012, Art. 95 N 18; BENEDIKT A. SUTTER/CHRISTA VON HOLZEN, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, 3. Auflage 2016, Art. 95 N 42). Jedenfalls ist in einer Konstellation wie der vorliegenden nicht einfach unbesehen der Anwaltsstarif anzuwenden, wobei das Bundesgericht in einem neueren Entscheid (BGer 4A\_399/2018 vom 8. Februar 2019 E. 4) darauf hinwies, es sei mit Blick auf die Umstände des Einzelfalls zu prüfen, ob die Tätigkeit des Rechtsvertreters als freiberufliche Anwalts-tätigkeit oder aber als Organhandeln zu qualifizieren sei. Da sich die in diesem Verfahren eingereichte Anwaltsvollmacht von Rechtsanwalt lic. iur. Y. auf "definitive Rechtsöffnung [A.]" bezieht und die Vollmacht nur von einer Kollektivzeichnungsberechtigten Person unterschrieben ist (act. 8), lässt sich auch daraus nicht unbedingt eine freiberufliche Anwalts-tätigkeit ableiten. Anzumerken bleibt in diesem Zusammenhang der Vollständigkeit halber, dass der Beklagte an der Hauptverhandlung auf jeden Fall rechtmässig vertreten war, da für den Beklagten nebst Rechtsanwalt Y. auch die Heimleiterin, D., mit Kollektivunterschrift zu zweien, erschienen ist

- 17 - (Prot. S. 3). Zu berücksichtigen ist zudem, dass die Mitglieder des Vorstands des Beklagten grundsätzlich ehrenamtlich arbeiten (vgl. die homepage des Beklagten: [Domainname], zuletzt besucht am 27. August 2021). Eine volle Entschädigung nach dem vollen Anwaltsstarif erscheint auch unter diesem Gesichtspunkt nicht angemessen, zumal konkrete Angaben des Beklagten zum Vertretungs- und Entschädigungsverhältnis mit Rechtsanwalt lic. iur. Y. fehlen. Es bleibt somit unklar, welche Kosten dem beklagten Verein tatsächlich entstanden sind. Insgesamt rechtfertigt sich, die Grundgebühr gemäss § 4 Abs. 1 AnwGebV von Fr. 2'107.– um einen Drittel auf Fr. 1'405.– zu reduzieren. Die Klägerin ist dementsprechend zu verpflichten, dem Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 1'405.– zu bezahlen. Es wird erkannt:

#### **E. 5**

Bevor der Arbeitgeber die vorgesehenen Massnahmen trifft, hört er die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an.

#### **E. 6**

Die betroffene Arbeitnehmerin oder der betroffene Arbeitnehmer kann die Übernahme einer ihr oder ihm zugewiesenen Arbeit ablehnen, wenn der Arbeitgeber die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–4 nicht erfüllt oder wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus trotz der vom

Arbeitgeber getroffenen Massnahmen nach den Absätzen 3 und 4 aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachtet. Der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen.

**E. 7**

Ist es nicht möglich, die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach den Absätzen 1–4 zu beschäftigen, oder lehnen diese die zugewiesene Arbeit im Sinne von Absatz 6 ab, so stellt der Arbeitgeber sie unter Lohnfortzahlung frei.

**E. 8**

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer machen ihre besondere Gefährdung durch eine persönliche Erklärung geltend. Der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen."

- 12 - In Anhang 6 wurde zu Diabetes präzisierend aufgeführt: "4. Diabetes - Diabetes mellitus, mit Spätkomplikationen oder einem HbA1c von ■ 8% "

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