



**Arbeitsrechtliche Fragen
bei Umweltkatastrophen
von
Prof. Dr. iur. Thomas Geiser
ZBJV 2006, S. 174 - 180**

1. Fragestellung

1. Auf Grund von erheblichen Gewittern im Sommer 2005 waren während einigen Tagen gewisse Ortschaften der deutschen Schweiz vollständig überschwemmt. Sie waren gar nicht mehr zugänglich oder jedenfalls gewisse Betriebe oder Wohnungen nicht mehr brauchbar. An eine Arbeitsleistung war nicht mehr zu denken, sei es dass der Arbeitnehmer zu Hause mit Aufräumarbeiten vollauf beschäftigt war oder dass er nicht mehr zum Arbeitsort gelangen konnte oder der Betrieb so beschädigt war, dass dort nicht mehr gearbeitet werden konnte. Gleiche Probleme stellten sich auch vor einige Jahren, als ein lawinenreicher Winter dazu führte, dass diverse Ortschaften in den Bergen abgeschnitten waren. Zudem gab es in den letzten Jahren auch immer wieder sehr lokale Umweltunglücke. Es ist beispielsweise an den Erdbeben in Gondo vor einigen Jahren oder die Überschwemmung im Poschiavo zu denken. Ähnliche arbeitsrechtliche Fragen haben sich auch nach dem Tsunami im Dezember 2004 gestellt.

2. Arbeitsvertragliche Grundsätze

2. Es gilt der **Grundsatz: ohne Arbeit keinen Lohn**. Der Arbeitsvertrag ist ein schuldrechtliches Austauschverhältnis¹. Es wird eine Leistung gegen eine Gegenleistung ausgetauscht. Wenn die Leistung nicht erbracht wird, braucht auch die Gegenleistung nicht ausgerichtet zu werden. Wenn die eine Partei nicht leistet, kann die andere ihre Leistung zurückbehalten. Das ergibt sich aus den in Art. 119 OR festgehaltenen allgemeinen Grundsätzen und wurde vom Bundesgericht auch bezüglich des Rechts auf Arbeitsverweigerung bei Lohnrückständen kürzlich ausdrücklich festgehalten². Für die Lohnverweigerung bei fehlender Arbeits-

¹ THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern 2005, Rz. 290.

² BGE 120 II 209.

leistung ist das so selbstverständlich, dass die Gerichte dies gar nicht ausdrücklich festhalten müssen.

3. Von diesem Grundsatz gibt es nun aber **gewichtige Ausnahmen**³. Zum einen bleibt der Lohnanspruch erhalten, wenn die Arbeitsleistung nicht möglich ist, weil die Arbeitgeberin im Annahmeverzug ist⁴. Zum anderen sehen die Art. 324a und 324b OR aus sozialen Gründen vor, dass die Arbeitgeberin das Risiko einer in der Person des Arbeitnehmers liegenden Arbeitsunfähigkeit während einer beschränkten Zeit und unter bestimmten Voraussetzungen tragen muss. In beiden Fällen behält der Arbeitnehmer trotz fehlender Arbeitsleistung seinen Lohnanspruch und muss die nicht geleistete Arbeit auch nicht nachholen. Die entsprechenden Zeiten dürfen ihm deshalb auch nicht auf die Ferien oder auf Überstunden oder auf Gleitzeiten angerechnet werden.

4. Trifft der Gläubiger nicht die notwendigen Vorbereitungen, um die ihm Geschuldete Leistung entgegennehmen zu können, **gerät er in Verzug**⁵. Will der Schuldner seine Leistung nicht später noch erbringen, kann er nach den Regeln des Allgemeinen Teils des OR, soweit eine Hinterlegung seiner Leistung nicht möglich ist, im wesentlichen in diesen Fällen vom Vertrag zurücktreten⁶. Da diese Rechtslage beim Arbeitsvertrag kaum angemessen wäre, hat der Gesetzgeber für den Arbeitsvertrag eine abweichende Regel getroffen. Der Arbeitgeber hat den Lohn für die ganze **Dauer der Verhinderung** zu bezahlen, obgleich er die Arbeitsleistung nicht erhält und der Arbeitnehmer auch nicht später die Leistung noch erbringen muss⁷. Dafür steht dem Arbeitnehmer kein Recht zu, vom Vertrag zurück zu treten⁸. Die gleichen Rechtsfolgen treten auch ein, wenn die **Leistung** aus einem Grund **unmöglich geworden ist**, der im **Risikobereich des Arbeitgebers** liegt. Der Gesetzestext ist verwirrend. Es steht aber in der Lehre ausser Diskussion, dass Art. 324 OR auch jene Fälle erfasst, in denen ohne das Verschulden der Arbeitgeberin die Arbeitsleistung wegen eines Ereignisses unmöglich geworden ist, das in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt⁹. Dazu gehört auch **Zufall und höhere Gewalt**¹⁰. Entscheidend ist damit immer die Frage, ob das entsprechende Ereignis in die Risikosphäre der Arbeitnehmerin fällt oder nicht.

5. Gemäss dieser Risikoaufteilung trifft den Arbeitgeber grundsätzlich keine Lohnfortzahlungspflicht, wenn die Verhinderung in der Risikosphäre des Arbeitnehmers liegt. Das Gesetz mildert diesen Grundsatz aber dahin, dass es eine **Lohnfortzahlungspflicht während einer beschränkten Dauer** vorsieht, wenn die **Arbeitsunfähigkeit in der Person des Arbeitnehmers** begründet ist und diesen kein Verschulden trifft¹¹. Der Arbeitsunfähigkeit ist die Unzumutbarkeit gleichgestellt¹².

³ Zum Verhältnis zu den Regeln des allgemeinen Teils des OR im Einzelnen vgl. **RÉMY WYLER**, Droit du travail, Bern 2002, S. 146 ff.

⁴ Art. 324 OR.

⁵ Art. 91 OR.

⁶ Art. 95 OR.

⁷ Art. 324 Abs. 1 OR.

⁸ **FRANK VISCHER**, SPR Bd VII/1,III, Basel 2005, S. 122.

⁹ **VISCHER**, (FN 8), S. 122; **JÜRIG BRÜHWILER**, Kommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1996, N. 2 zu Art. 324, **MANFRED REHBINDER**, Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2002, Rz. 113 und 206; **ADRIAN STAEHELIN**, Zürcher Kommentar, 1996, N. 10 und 12 zu Art. 324 OR; **ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL**, Arbeitsvertrag, 1992, N. 4 zu Art. 324 OR; **GABRIEL AUBERT**, in: Thévenoz/Werro (Ed.), Commentaire Romand, Genève/Bâle/Munich 2003, N. 1 zu Art. 324 OR.

¹⁰ **ADRIAN STAEHELIN**, (FN 9), N. 19 f. zu Art. 324 OR.

¹¹ Art. 324a und 324b OR.

¹² **VISCHER**, (FN 8), S. 127.

6. Die Formulierung von Art. 324a OR lässt den Umkehrschluss zu, dass eine Lohnfortzahlungspflicht dann auch nicht für eine beschränkte Zeit besteht, wenn das **Hindernis nicht in der Person des Arbeitnehmers liegt**¹³. Ereignisse, welche bloss das Vermögen des Arbeitnehmers betreffen, werden ihn in aller Regel auch nicht an der Arbeit hindern. Nicht erfasst werden aber auch Ereignisse, die nicht den Arbeitnehmer als Individuum treffen, sondern die Allgemeinheit, wie Stromunterbrüche oder Verkehrszusammenbrüche, die den Arbeitnehmer hindern, an der Arbeit zu erscheinen, nicht aber den Betrieb des Arbeitnehmers treffen.

3. Anwendung dieser Grundsätze

7. Bei Ereignissen, wie Überschwemmungen ist nach den aufgezeigten Grundsätzen somit danach zu unterscheiden, ob das Ereignis den Betrieb oder den Arbeitnehmer oder die Allgemeinheit trifft.

8. Wird der **Betrieb selber durch das Ereignis** so schwer **betroffen**, dass deshalb die Arbeit nicht erbracht werden kann, so liegt ein Annahmeverzug der Arbeitgeberin im dargestellten Sinn vor. Der Lohn ist zu bezahlen und der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, die Arbeitszeit nachzuholen¹⁴. Der Arbeitnehmer muss sich allerdings anrechnen lassen, was er gegebenenfalls durch das Entfallen der Arbeitsleistung gespart hat¹⁵ oder anderweitig verdient oder zu verdienen absichtlich unterlassen hat¹⁶.

9. Fraglich erscheint in diesen Fällen, ob die **Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen** kann, wenn die Unmöglichkeit der Leistungsannahme andauert. Ein gewichtiger Teil der Lehre lehnt das vorliegen eines wichtigen Grundes für eine fristlose Entlassung ab, wenn die Arbeitsverhinderung in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt¹⁷. Es wird damit argumentiert, dass damit ein Teil des Unternehmerrisikos auf den Arbeitnehmer übertragen würde. Diese Überlegung ist aber m.E. nicht zutreffend¹⁸. Diese Argumentation übersieht, dass bei einer *gerechtfertigten* fristlosen Entlassung, das Gericht die vermögensrechtlichen Folgen auf Grund der Würdigung aller Umstände zu regeln hat, wenn den Gekündigten kein Verschulden an einer Vertragsverletzung trifft, bzw. gar keine solche vorliegt¹⁹. Kündigt die Arbeitgeberin nun fristlos, weil eine Weiterbeschäftigung nicht möglich ist, so wird zwar das Arbeitsverhältnis beendet, die Arbeitgeberin muss aber dem Arbeitnehmer volle Entschädigung leisten. Sie hat ihm den Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist zu ersetzen. Wohl bestimmt Art. 337 Abs. 3 OR ausdrücklich, dass die unverschuldete Arbeitsverhinderung in keinem Fall ein Grund für eine fristlose Entlassung sein darf. In den geschilderten Fällen ist aber nicht die Arbeitsverhinderung des Arbeitnehmers das entscheidende Moment, sondern dass der Zweck des Arbeitsverhältnisses, nämlich die Tätigkeit des Betriebes, gar nicht mehr möglich ist²⁰.

Die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis ausserordentlich auflösen zu können, macht unabhängig davon, wer die wirtschaftlichen Folgen zu tragen hat, einen Sinn. Auch wenn die Arbeitge-

¹³ Vgl. VISCHER, (FN 8), S. 127.

¹⁴ Art. 324 Abs. 1 OR.

¹⁵ Z.B. Kosten für den Arbeitsweg und auswärtige Verpflegung.

¹⁶ Art. 324 Abs. 2 OR.

¹⁷ VISCHER, (FN 8), S. 225; MANFRED REHBINDER, Berner Kommentar 1985/1992, N. 33 zu Art. 324 und N. 5 zu Art. 337b OR; STREIFF/VON KAENEL, (FN 9), N. 6 zu Art. 337 OR.

¹⁸ So auch BRÜHWILER, (FN 9), N 6 d) zu Art. 324 OR.

¹⁹ Art. 337b Abs. 2 OR.

²⁰ Jedenfalls für den Fall einer endgültigen Unmöglichkeit der Wiederaufnahme der Tätigkeit gleicher Meinung: AUBERT, (FN 9), N. 9 zu Art. 324 OR.

berin den Gesamten Lohn bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist bezahlen muss, kann sie ein Interesse an der sofortigen Auflösung haben. Steht nämlich fest, dass der Betrieb wegen der Umweltereignisse gar nie mehr aufgenommen werden kann, macht es unter Umständen Sinn, die juristische Person, welche den Betrieb trägt, zu liquidieren und im Handelsregister zu löschen. Letzteres ist aber erst möglich, wenn die Liquidation vollständig abgeschlossen ist. Alle vertraglichen Verbindungen müssen somit beendet und alle Verpflichtungen getilgt worden sein. Auch die Arbeitsverhältnisse müssen somit beendet werden, so dass alle entsprechenden Forderungen fällig sind. Das ist nur mit einer ausserordentlichen Kündigung möglich, wenn nicht das Ende der ordentlichen Kündigungsfristen abgewartet werden soll.

10. Kann der **Arbeitnehmer** nicht arbeiten, weil er durch das **Ereignis verletzt** worden ist, so liegt ein Unfall vor und Art. 324a f. OR kommen zur Anwendung. In aller Regel wird eine obligatorische Versicherung vorliegen, so dass die wirtschaftlichen Folgen in erster Linie von dieser getragen werden. Die Arbeitgeberin hat nur die Pflicht zur Ergänzung der Leistungen während einer beschränkten Zeit, soweit diese nicht 80% des Gehalts erreichen. Insbesondere ist die Arbeitgeberin verpflichtet, für 80% des Gehaltes während der Karenzfrist aufzukommen, falls im Versicherungsvertrag eine solche vorgesehen ist²¹. Fraglich ist demgegenüber ob diese Verpflichtung auch besteht, wenn der Vertrag für weniger als 3 Monate eingegangen ist²².

11. Wie dargestellt behandelt Art. 324 OR den Fall von Verhinderungsgründen in der *Risikosphäre* der Arbeitgeberin. Art. 324a f. OR sehen eine beschränkte Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin nur vor, wenn der Grund der Verhinderung *in der Person* des Arbeitnehmers liegt. Das Gesetz äussert sich aber nicht ausdrücklich dazu, was gilt, wenn die **Gründe** für die Verhinderung an der Arbeitsleistung, **weder in der Risikosphäre der Arbeitgeberin, noch in der Person des Arbeitnehmers** liegen. Es ist insbesondere an zwei Fälle zu denken: Die Verhinderung kann in einer allgemeinen Unterbrechung der Verkehrswege liegen oder das Ereignis kann das Vermögen des Arbeitnehmers so schwer getroffen haben, dass er Erhaltungsmassnahmen ergreifen muss, was ihn an der Arbeit hindert.

12. Eine **allgemeine Unterbrechung der Verkehrswege** führt nicht zu eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin²³. Der Verhinderungsgrund liegt nicht in der Person des Arbeitnehmers. Es liegt aber eine unverschuldete Verhinderung an der Arbeitsleistung vor, so dass nach dem diesbezüglich ausdrücklichen Gesetzestext darin für die Arbeitgeberin kein Grund für eine fristlose Kündigung liegen kann²⁴. Eine Anrechnung dieser Zeit auf die Ferien kommt auch nicht in Frage, weil der Erholungszweck nicht erreicht werden kann. Der Arbeitnehmer ist auch nicht verpflichtet, diese Arbeitszeit nachzuholen. Dies ist vielmehr nur im gegenseitigen Einverständnis möglich. Die Arbeitgeberin braucht aber für die entsprechende Zeit den Lohn nicht zu bezahlen.

Es ist allerdings nicht immer eindeutig, ob eine Verkehrsunterbrechung in der Risikosphäre der Arbeitgeberin liegt oder die Allgemeinheit betrifft bzw. in der Risikosphäre des Arbeitnehmers liegt. Die Risikosphäre der Arbeitgeberin ist dann betroffen, wenn die Unterbrechung den Betrieb spezifisch trifft, was beispielsweise anzunehmen ist, wenn es sich um eine Gastwirtschaft an einem entlegenen Ort handelt und dieser durch das Umweltereignis nicht mehr zugänglich ist.

²¹ Art. 324b Abs. 3 OR.

²² Vgl. AUBERT, (FN 9), N. 7 zu Art. 324b OR.

²³ AUBERT, (FN 9), N. 28 zu Art. 324a OR

²⁴ Art. 337 Abs. 3 OR.

13. Umweltereignisse können **Vermögenswerte des Arbeitnehmers** derart **beeinträchtigen**, dass er sinnvoller Weise Rettungsmassnahmen ergreifen muss. Im Rahmen der kürzlich erfolgten Überschwemmungen ist es insbesondere vorstellbar, dass die Wohnung oder das Haus des Arbeitnehmers überschwemmt worden ist und er nun Gegenstände retten und aufräumen muss, um weiteren Schaden zu vermeiden. Es liegt auf der Hand, dass in diesen Fällen der Arbeitnehmer an seiner Arbeitsleistung verhindert sein kann. M.E. handelt es sich dabei um eine unverschuldete Arbeitsverhinderung, welche die Arbeitgeberin akzeptieren muss. Wohl ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Häufig wird es aber dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten sein, seine Habe dem Verderben hinzugeben, bloss um seine Arbeitsleistung erbringen zu können. Er *darf* der Arbeit fernbleiben. Es liegt eine unverschuldete Arbeitsverhinderung vor. Die Arbeitsverweigerung stellt keine Vertragsverletzung und damit auch kein Grund für eine fristlose Entlassung dar²⁵. Die Arbeitgeberin darf auch hier die Fehlzeiten nicht auf die Ferien anrechnen, weil der Erholungszweck nicht gewährleistet ist. Der Arbeitnehmer muss diese Zeiten auch nicht nachholen. Demgegenüber besteht m.E. aber auch keine Lohnfortzahlungspflicht für diese Zeiten²⁶. Die Arbeitgeberin trifft hier keine Pflicht, die Rettung der Vermögenswerte des Arbeitnehmers indirekt mitzufinanzieren.

14. Schliesslich bleibt die Frage, wie vorzugehen ist, wenn der **Arbeitnehmer** nach einem entsprechenden Umweltereignis **ohne jede Nachricht der Arbeit fern bleibt**. Diesfalls weiss die Arbeitgeberin nicht, welche der dargestellten Sachverhaltsvarianten vorliegt und kann von daher auch nicht beurteilen, welche Rechtslage gegeben ist. Ist der Betrieb selber vom Ereignis nicht betroffen, so können insgesamt vier Varianten vorliegen:

- a. Der Arbeitnehmer hat sich abgesetzt und bleibt der Arbeit ohne jede Entschuldigung fern. Es ist folglich kein Lohn geschuldet.
- b. Der Arbeitnehmer ist nicht direkt betroffen, kann aber nicht nach Hause und damit zur Arbeit kommen, weil der Transport unmöglich ist, oder er ist an einer rückreise verhindert, weil er eigene Vermögenswerte retten muss. Auch hier ist kein Lohn geschuldet.
- c. Der Arbeitnehmer ist verunfallt und kann deshalb nicht nach Hause reisen und arbeiten. Hier ist nach Massgabe der Art. 324a f. OR Lohn geschuldet.
- d. Der Arbeitnehmer ist gestorben. Hier ist kein Lohn mehr geschuldet. Die Arbeitgeberin hat aber u.U., noch während eines oder zwei weiteren Monaten den Lohn auszurichten, wenn der Arbeitnehmer Angehörige hinterlässt²⁷.

15. In aller Regel wird die Arbeitgeberin auf Grund ihrer Kenntnis des Arbeitnehmers beurteilen können, ob die zu erst genannte Variante (Fernbleiben ohne Grund) vorliegt oder nicht. Ist diese Variante unwahrscheinlich, so sollte die Arbeitgeberin mit den Angehörigen Kontakt aufnehmen und abklären, ob diese für den Fall des Todes des Arbeitnehmers nach Art. 338 Abs. 2 OR Anspruch auf einen Lohnnachgenuss erheben können. Dann ist mit ihnen zu vereinbaren, an wenn die entsprechenden Beträge auszubezahlen sind und wie die Rückleistung (bzw. die Verrechnung mit dem Lohn) erfolgen soll, falls der Arbeitnehmer wieder auftaucht. Zu beachten ist, dass nach herrschender Lehre der Lohnnachgenuss nicht der Erbschaft sondern den in Art. 338 Abs. 2 OR aufgeführten Personen zusteht²⁸. Eine Anrechnung der Leistungen der Personalvorsorge ist - wie **STREIFF/VON KAENEL** überzeugend darlegen²⁹

²⁵ Art. 337 Abs. 3 OR.

²⁶ A. M. für Ausnahmefälle **VISCHER**, (FN 8), S. 128.

²⁷ Art. 338 Abs. 2 OR.

²⁸ **STAEHELIN**, (FN 9), N. 5 zu Art. 338 OR; **STREIFF/VON KAENEL**, (FN 9), N. 8 zu Art. 338 OR.

²⁹ **STREIFF/VON KAENEL**, (FN 9), N. 9 zu Art. 338 OR.

- nicht möglich³⁰. Demgegenüber kann das Reglement der Pensionskasse vorsehen, dass die Vorsorgeleistungen erst nach Ablauf des Lohnnachgenusses einsetzen³¹.

*

St. Gallen, 21. September 2005

³⁰ **WYLER**, (FN 3), S. 392; **CHRISTIAN FAVRE/CHARLES MUNOZ/ROLF A. TOBLER**, Le Contrat de travail code annoté, Lausanne 2001, N. 2.2. zu Art. 338 OR; **HANS-PETER EGLI**, in: Kren Kostkiewicz/Bertschinger/Breitschmid/Schwander (Hrsg.), OR Handkommentar, Zürich 2002, N. 4 zu Art. 338 OR; so nun auch **BRÜHWILER**, (FN 9), N. 4 zu Art. 338

³¹ Art. 22 Abs. 1 BVG sieht dies für die obligatorische Versicherung von Gesetzes wegen vor.