



COVID-19-Verordnung 2

Erste Erfahrungen und neue Erkenntnisse zu den „besonders gefährdeten Personen“



1. Vorbemerkung¹

Mit Beitrag vom 24. März 2020 haben meine Anwaltskollegin Astrid Lienhart (www.rechtskraft.ch) und ich gemeinsam einen Vorschlag zur Einordnung der „besonders gefährdeten Personen“ nach COVID-19-Verordnung 2 und Vorschläge zum guten Umgang damit im arbeitsrechtlichen Kontext verfasst. Unser damaliger Appell: „Zurückhaltung, Grosszügigkeit, Fürsorge und Augenmass“.

Nun hat der Bundesrat die bereits einmal angepasste Regelung von Art. 10c VO2 am 17. April 2020 nochmals überarbeitet und nicht unwesentliche neue Kriterien eingeführt.

2. Aktuelle Ausgangslage:

Die ursprüngliche Regelung vom 16. März 2020 sah für besonders gefährdete Personen i.S. von Art. 10c VO2 nur die Möglichkeiten „Homeoffice“ oder „Dispens unter Lohnfortzahlung“ vor. Mit der Verordnungsänderung vom 20. März 2020 wurde diese Bestimmung wieder gelockert: Für diejenigen Arbeitstätigkeiten, die aufgrund der Art der Tätigkeit oder mangels realisierbarer Massnahmen ausschliesslich am üblichen Arbeitsort – und somit nicht im Homeoffice – erbracht werden können (z.B. Detailhandel, Reinigung, Pflege), gilt nicht mehr automatisch ein Arbeitsdispens. In der angepassten Formulierung von Art. 10 Abs. 2 VO2 wurde der Arbeitgeber verpflichtet, „mit geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen die Einhaltung der Empfehlungen des Bundes betreffend Hygiene und sozialer Distanz sicherzustellen“. Die Folgerung daraus: Kann ein Arbeitgeber diese Anforderungen erfüllen, dürfen auch besonders gefährdete Personen weiter beschäftigt werden. Diese Lockerung stiess insbesondere bei den Gewerkschaften auf massive Kritik, und der Bundesrat hat die Regelung von Art. 10c VO2 am 17. April 2020 erneut umfangreich angepasst.

3. Was ist nach der ersten Verordnungsänderung vom 20. März 2020 passiert?

Zahlreiche Angestellte, die zum Kreis der besonders gefährdeten Personen gehören, wurden nach einer Woche „Dispens“ wieder zur Arbeit aufgefordert. Dass den Betroffenen die erhöhte Schutzbedürftigkeit nach wenigen Tagen wieder abgesprochen wurde, führte zu grosser Verunsicherung, wie das folgende Beispiel zeigt: Ein Unternehmen hatte acht Mitarbeitende der sogenannten „Risikogruppe“ unter Hinweis auf die gewährte Einhaltung aller BAG-Vorschriften zur Arbeitsaufnahme aufgefordert. Sechs sind wieder zur Arbeit erschienen, zwei reichten in der Folge ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis ein. Unsicherheit und Angst führten zu den beiden „Krankschreibungen“, um sich nicht wieder den Ansteckungsrisiken am Arbeitsplatz aussetzen zu müssen. Einer der beiden hatte grosse Bedenken, da er den Arbeitsweg mit öffentlichen Verkehrsmitteln absolvieren muss, und der andere war durch die Entwicklung und die Medienberichte besorgt und verängstigt. Ob man mit der jüngsten Anpassung vom 17. April 2020 genau solche Konstellationen im Auge hatte?

4. Die wesentlichen Anpassungen vom 17. April 2020

4.1 Homeoffice

Der Grundsatz „Homeoffice first“ wurde nochmals gefestigt: Kann die angestammte Tätigkeit zu Hause nicht ausgeübt werden, muss der Arbeitgeber zudem in Abweichung vom Arbeitsvertrag und bei gleicher Entlohnung noch die Zuweisung einer gleichwertigen Ersatzarbeit prüfen (Art. 10c Abs. 2 VO2). Inwiefern diese Konstellation in der Praxis tatsächlich zum Zuge kommen wird, lässt sich schwer einschätzen und hängt wohl auch von der Kreativität der Arbeitgeber bezüglich „gleichwertiger Ersatzarbeit“ ab.

¹ Im vorliegenden Beitrag wird der Leserlichkeit halber ausschliesslich die männliche Sprachform verwendet. Selbstverständlich ist die weibliche Form miteingeschlossen.



COVID-19-Verordnung 2

Erste Erfahrungen und neue Erkenntnisse zu den „besonders gefährdeten Personen“



4.2 Tätigkeit am üblichen Arbeitsort

Ist die Präsenz am üblichen Arbeitsort unabdingbar, so ist eine Beschäftigung unter folgenden verschärften Voraussetzungen zulässig (Art. 10c Abs. 3, lit. a und b VO2):

- Der Arbeitsplatz ist so ausgestaltet, dass jeder enge Kontakt mit anderen Personen ausgeschlossen ist, namentlich indem ein Einzelraum oder ein klar abgegrenzter Arbeitsbereich unter Berücksichtigung des Mindestabstandes von 2 Metern zur Verfügung gestellt wird.*
- In Fällen, in denen ein enger Kontakt nicht jederzeit vermieden werden kann, werden angemessene Schutzmassnahmen nach dem STOP-Prinzip ergriffen (Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung).*

Ist dies nicht möglich, muss der Arbeitgeber auch hier – analog zum Homeoffice – in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung die Zuweisung einer gleichwertigen Ersatzarbeit vor Ort prüfen, bei der die erwähnten Vorgaben erfüllt sind (Art. 10c Abs. 4 VO2).

Kann der Arbeitgeber keine der aufgelisteten Beschäftigungsmöglichkeiten gewährleisten, so stellt er die besonders gefährdeten Personen unter Lohnfortzahlung frei (Art. 10c Abs. 7 VO2).

4.3 Die neu eingeführten „besonderen Gründe“

Selbst wenn der Arbeitgeber eine der umschriebenen Tätigkeiten anbieten kann, sollte er sich nicht zu früh freuen. Aufgrund von Art. 10c Abs. 6 VO2 hat er noch keine Gewähr dafür, dass ihm die Arbeitskraft auch tatsächlich zur Verfügung steht. Die erwähnte Bestimmung gibt nämlich der betroffenen Person die Möglichkeit, die Übernahme einer zugewiesenen Arbeit abzulehnen, wenn sie *„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.“* Mit dieser – durchaus gewöhnungsbedürftigen – Klausel gibt man den Betroffenen einen „Joker“ in die Hand, mit dessen Ziehen die Arbeit jederzeit verweigert werden kann. Das Kriterium der „besonderen Gründe“ lässt grossen Interpretationsspielraum zu. Die dem Arbeitgeber explizit eingeräumte Möglichkeit, dazu ein ärztliches Attest zu verlangen, dürfte ein schwacher Trost sein.

5. Die erweiterte (wichtige) Rolle des behandelnden Arztes

In der angepassten Verordnung gibt es neu also zwei Konstellationen, in denen von einem „ärztlichen Attest“ die Rede ist, das der Arbeitgeber verlangen kann. Hier wäre eine klärende Anpassung der Bezeichnung wünschenswert gewesen, da der Begriff des ärztlichen Attests landläufig praktisch immer mit einem Arbeitsunfähigkeitszeugnis – was es hier eben gerade nicht ist – gleichgesetzt wird.

5.1 Ärztliches Attest (1) – Die „besonders gefährdeten Personen“

Macht ein Arbeitnehmer geltend, er gehöre zu den besonders gefährdeten Personen, steht dem Arbeitgeber – wie schon bisher – die Möglichkeit offen, ein „ärztliches Attest“ zu verlangen (neu: Art. 10c Abs. 8 VO2). Dabei handelt es sich lediglich um eine Bestätigung der Zugehörigkeit zum Kreis der „besonders gefährdeten Personen“ und nicht etwa um die Bescheinigung einer medizinisch begründeten Arbeitsunfähigkeit. Irreführend ist hingegen die in den Erläuterungen zur Verordnung (S. 34) verwendete Formulierung, wonach das Arztzeugnis *„sich nur zur Arbeitsfähigkeit äussern“* darf. Wie bereits erwähnt, geht es hier einzig um die Grundsatzfrage, ob jemand zur sogenannten Risikogruppe gehört. Eine Arbeitsfähigkeit wird dabei ohnehin vorausgesetzt, andernfalls würde der Arzt ein klassisches Arbeitsunfähigkeitszeugnis – und nicht ein „ärztliches Attest“ gemäss Art. 10c Abs. 8 VO2 – ausstellen.

Die Swiss Insurance Medicine (SIM) hat dies mit einer Attestvorlage vorbildlich umgesetzt. Der Arzt bestätigt, dass der Patient *„grundsätzlich arbeitsfähig wäre, aber zu den besonders gefährdeten Personen gehört gemäss der COVID-19-Verordnung 2“*.

https://www.swiss-insurance-medicine.ch/storage/app/media/Downloads/Dokumente/covid-19/200331_SIM-Attest-bqP_COVID-19_Verordnung-2_web.pdf



COVID-19-Verordnung 2

Erste Erfahrungen und neue Erkenntnisse zu den „besonders gefährdeten Personen“



5.2 Ärztliches Attest (2) – Die „besonderen Gründe“ aus Sicht der Arbeitnehmenden

Wie bereits erwähnt, können Arbeitnehmende die Übernahme einer zugewiesenen Arbeit ablehnen, wenn die betroffene Person die Gefahr einer Ansteckung trotz aller getroffenen Massnahmen „aus besonderen Gründen“ als zu hoch für sich erachtet. Gemäss den Erläuterungen soll es die Aufgabe des Arztes sein, das Vorliegen von besonderen Gründen zu bestätigen. Aus der explizit erwähnten Möglichkeit, dass der Arbeitgeber auch hier ein ärztliches Attest verlangen kann, ist abzuleiten, dass die „besonderen Gründe“ medizinischer Art sein müssen, denn nur deren Beurteilung fällt in die Zuständigkeit des Arztes. Die grosse Frage ist, nach welchen Kriterien der Arzt diesen Punkt angeht.

5.3 Theorie und Praxis

Zur ohnehin schon schwierigen Aufgabe des Arztes kommt nun also eine neue Herausforderung hinzu. Was macht der Arzt, wenn ihm der Patient darlegt, dass er die Ansteckungsgefahr trotz der vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen als zu hoch erachte? Müsste er sich für die Beurteilung zuerst ein genaues Bild vom Schutzkonzept des Arbeitgebers machen? Das scheint doch sehr unrealistisch und ist auch nicht die Aufgabe des Arztes. Es ist anzunehmen, dass sich der Arzt – aus seiner Optik durchaus verständlich – auf die subjektiven Schilderungen des Patienten bezüglich der getroffenen Massnahmen verlassen und dann über das Vorliegen von „besonderen (medizinischen) Gründen“ entscheiden wird. Damit hat der Mediziner das letzte Wort bezüglich des Rechts zur Arbeitsverweigerung – Schutzmassnahmen hin oder her. Ob die Ärzte über diese zusätzliche Aufgabe glücklich sind, darf durchaus bezweifelt werden.

5.4 Zwischenerkenntnisse

Damit wir uns nicht falsch verstehen: Es ist richtig, dass die besonders gefährdeten Personen speziellen Schutz brauchen und diesen auch unbedingt erhalten sollen. Mit der erneuten Anpassung von Art. 10c VO2 wird aber in erster Linie Unsicherheit geschaffen:

- Der Arbeitgeber kann sämtliche geforderten Schutzmassnahmen treffen und weiss dennoch nicht sicher, ob eine besonders gefährdete Person der Aufforderung zur Arbeit Folge leisten muss oder nicht. Betroffene Arbeitnehmende hingegen können die Arbeit unter Berufung auf „besondere Gründe“ praktisch jederzeit verweigern. Das Dilemma des Arbeitgebers: Er weiss oft nicht genau, was im Einzelfall wirklich dahinter steckt. Es wäre blauäugig, hier eine Missbrauchsgefahr völlig auszublenden. In der Praxis werden wir häufig mit solchen Vermutungen konfrontiert
- Von den Ärzten wird eine noch differenziertere Beurteilung verlangt: Sie müssen unterscheiden zwischen der Zugehörigkeit zum Kreis der „*besonders gefährdeten Personen*“ (Art. 10 Abs. 8 VO2), dem Vorliegen von „*besonderen Gründen*“ (Art. 10c Abs. 6 VO2) und der generellen Einschätzung der Arbeits(un)fähigkeit.

6. Das Praxisbeispiel

Ist ein Patient mit Bluthochdruck oder Diabetes über Jahre voll arbeitsfähig, so ändert allein die Corona-Pandemie daran grundsätzlich noch nichts. Der Arzt bestätigt (einzig) die Zugehörigkeit zur sogenannten Risikogruppe. Der Arbeitgeber weist die Einhaltung der geforderten Schutzmassnahmen nach und möchte den Mitarbeiter entsprechend einsetzen. Dieser legt seinem Arzt dar, dass das virusbedingt erhöhte Gesundheitsrisiko in Kombination mit der Verpflichtung zur Ausübung der beruflichen Tätigkeit psychisch sehr belastend sei. Bestätigt der Arzt hier das Vorliegen von „besonderen Gründen“ i.S. von Art. 10c Abs. 6 VO2 oder stellt er ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis aus?



COVID-19-Verordnung 2

Erste Erfahrungen und neue Erkenntnisse zu den „besonders gefährdeten Personen“



6.1 Rechtliche Auswirkungen

Die rechtlichen Auswirkungen sind unterschiedlich:

- Beim Vorliegen von „besonderen Gründen“ stellt der Arbeitgeber die betroffene Person unter Lohnfortzahlung frei (Art. 10c Abs. 7 VO2). Die Lohnzahlung richtet sich hier nach Art. 324 OR (nicht Art. 324a OR), beträgt somit 100% und ist zeitlich unbeschränkt.
- Bei einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR bzw. nach den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen mit allfälligem Einschluss einer Krankentaggeldversicherung. Die Höhe der Lohnfortzahlung reduziert sich in der Regel nach Ablauf der Wartefrist auf 80%. Hier kommt ein wichtiges Merkmal ins Spiel: Die Definition der Arbeitsunfähigkeit durch die Krankentaggeldversicherer ist nicht deckungsgleich mit der in Art. 324a OR geregelten (krankheitsbedingten) Arbeitsverhinderung. Die Versicherer können im Rahmen der Vertragsfreiheit zusätzliche oder abweichende Kriterien einbauen.

Wichtig: Gelangt der Arzt zur Auffassung, dass eine Ausübung der Arbeitstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen unzumutbar sei, bedeutet dies nicht zwingend eine Arbeitsunfähigkeit im Sinne der AVB der Krankentaggeldversicherer.

6.2 Die entscheidende Frage

Zur klaren Abgrenzung empfehlen wir folgende Fragestellung an den Arzt:

*„Wäre der besonders gefährdete Patient unter zusätzlicher Berücksichtigung der besonderen Gründe **ohne Corona-Pandemie** in seiner angestammten Tätigkeit arbeitsfähig?“*

Wenn ja, gibt es ein „ärztliches Attest“, wonach beim besonders gefährdeten Patienten zusätzlich „besondere Gründe“ vorliegen. Wenn nein, wird ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis ausgestellt.

Es ist zu hoffen, dass die Ärzte der Versuchung widerstehen, in solchen Fällen quasi der Einfachheit halber ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis auszustellen. Damit wäre letztlich keinem der Beteiligten ein Gefallen getan. Nicht zu unterschätzen ist dabei ein Kriterium, das bereits im Beitrag vom 24. März 2020 erwähnt wurde: Es ist zu verhindern, dass Personen „krank geschrieben“ werden, die medizinisch gesehen gar nicht arbeitsunfähig sind. Die Gefahr, dass „besonders gefährdete Personen“ auch nach dem Ende der Pandemie weiterhin arbeitsunfähig (geschrieben) bleiben, ist nicht zu unterschätzen. Immerhin leiden alle diese Personen an einer (Vor-)Erkrankung, und solange sich der Gesundheitszustand nicht verbessert, ist ein Wiedererlangen der Arbeitsfähigkeit kein Selbstläufer. Diese Entwicklung ist weder für den Arbeitnehmer noch für den Arbeitgeber noch für die Gesamtwirtschaft anzustreben.

7. Kündigungsschutz für besonders gefährdete Personen?

Gerade in Zeiten wie diesen stellt sich für viele Arbeitgeber auch die Frage nach der Zulässigkeit von Kündigungen. Die Arbeitsrechtsprofessoren Geiser/Müller/Pärli vertreten die – nicht unumstrittene – Auffassung, wonach die „besondere Gefährdung“ als Krankheit i.S. von Art. 336 Abs. 1 lit. b OR einzustufen sei und damit eine Sperrfrist auslöse (Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020). Dieser Meinung liegt eine extensive Auslegung des Krankheitsbegriffs zu Grunde, die man nicht zwingend teilen muss. Die Sperrfrist-Thematik wird sicher noch weiter – und vermutlich kontrovers – diskutiert. Bleibt die Frage einer allfälligen Missbräuchlichkeit, die bei einer Kündigung ohnehin immer im Einzelfall zu prüfen ist. Fest steht, dass Kündigungen während der Corona-Pandemie zu rechtlichen Problemen führen könnten.



COVID-19-Verordnung 2

Erste Erfahrungen und neue Erkenntnisse zu den „besonders gefährdeten Personen“



8. Fazit

Vorweg: Es liegt am Arbeitgeber, die Einhaltung der BAG-Empfehlungen sicherzustellen und den entsprechenden Nachweis zu erbringen. Diese Verpflichtung darf keinesfalls auf die leichte Schulter genommen werden, ansonsten besteht für das Unternehmen die Gefahr einer Fürsorgepflichtverletzung. Die grundsätzliche Empfehlung an die Arbeitgeber bleibt dieselbe: Im Zweifelsfall soll der Arbeitnehmer (weiterhin) unter Lohnfortzahlung dispensiert werden. Damit kann auch verhindert werden, dass bei besonders gefährdeten Personen Arbeitsunfähigkeitszeugnisse „nur“ deswegen ausgestellt werden, um sie (vermeintlich?) zu schützen. Handkehrum ist aber auch damit zu rechnen, dass die Corona-Pandemie mit all ihren Folgen eine noch nicht abschätzbare Zahl von psychischen Gesundheitsstörungen und daraus resultierende Arbeitsausfälle verursachen wird.

Anstelle von oft fruchtlosen Diskussionen über Arztzeugnisse empfiehlt sich zumindest der Versuch eines fürsorglichen Austauschs mit der betroffenen Person. Wir machen zudem die Erfahrung, dass der Miteinbezug des behandelnden Arztes – selbstverständlich unter Beachtung der ärztlichen Schweigepflicht – häufig zur Klärung und zum gegenseitigen Verständnis beiträgt.

Angesichts der erwähnten juristischen Risiken bei Kündigungen soll das oberste Ziel erst recht die Erhaltung der Arbeitsplätze sein. Dabei ist die Möglichkeit der Kurzarbeit nicht zu vergessen, denn auch die besonders gefährdeten Personen gehören zum Kreis der Anspruchsberechtigten. Das hilft aber nur dann – und damit schliesst sich der Kreis –, wenn sie weder gekündigt noch arbeitsunfähig geschrieben sind.

Was hingegen unverändert bleibt, ist die Empfehlung zu Zurückhaltung, Grosszügigkeit, Fürsorge und Augenmass.

Zürich, 19. April 2020

Kurt Mettler, RA

Mail: kurt.mettler@sizcare.ch

Zum Autor:

Kurt Mettler ist spezialisiert in Fragen des Arbeits- und Versicherungsrechts. Er hat mehrere Jahre den Rechtsdienst Personenversicherungen einer grossen Versicherungs-Gesellschaft geleitet. Heute ist er Eigentümer der SIZ Care AG, einer der führenden Anbieter im Gesundheits- und Case Management.
www.sizcare.ch