

## Fragen und Antworten im Zusammenhang mit dem Coronavirus COVID-19 (Voraussetzungen für die Anordnung von Ferien und Kompensation von Überstunden)

### A. Ist eine kurzfristige Anordnung von Ferien möglich mit Abzug vom Feriensaldo?

Für die Beantwortung dieser Frage ist zu unterscheiden, welche Mitarbeitende betroffen sind.

#### 1. Besonders gefährdete Mitarbeitende

Der Bundesrat hat mit der Covid-19-Verordnung 2 ab dem 17. März 2020 im Art. 10c eine neue Pflicht eingeführt: Nur besonders gefährdete Mitarbeitende müssen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten d.h. ihre Arbeitstätigkeiten von zu Hause aus erledigen (Homeoffice).

Zu diesem Zweck muss der Arbeitgeber die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen treffen.

Falls Homeoffice nicht möglich ist, werden sie vom Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung beurlaubt (**Zwangsurlaub**). Sie sind somit von der Arbeit dispensiert und der Arbeitgeber ist lohnzahlungspflichtig.

Als besonders gefährdet gelten Mitarbeitende ab 65 Jahren oder Personen mit folgenden Erkrankungen: Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Bluthochdruck, Diabetes, Krebs und Personen mit Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen.

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

## 2. Nicht gefährdete Mitarbeitende (Zwangsferien?)

Es ist der Arbeitgeber, der gemäss Art. 329c Abs. 2 OR (Obligationenrecht) grundsätzlich den Zeitpunkt der Ferien bestimmt (ausser es wurde im Arbeitsvertrag etwas anderes vereinbart).

Aber: Dieses Arbeitgeber-Recht unterliegt u.a. folgender Beschränkung:

- Der Arbeitgeber hat auf die Ferienwünsche des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. Kann diesbezüglich keine Einigung gefunden werden, hat der Arbeitgeber das Recht, den Ferienbezug einseitig zu bestimmen, dies aber nur unter der nachfolgenden Voraussetzung.
- Der Ferienbezug muss genügend im Voraus angekündigt werden, in der Regel mit einer Ankündigungsfrist von 3 Monaten, denn die Angestellten müssen ihre Ferien planen und einteilen können. Dies gilt für den Normalfall ohne Krise.

Im Falle der Corona Krise gilt hingegen folgendes: Geht der Auftragsbestand stark zurück oder sollte der Betrieb geschlossen werden, sodass nicht mehr alle Mitarbeitende beschäftigt werden können, besteht verständlicherweise ein dringliches betriebliches Bedürfnis (= betrieblicher Notfall), die Ferien auch kurzfristig anzuordnen, weshalb - nur in diesem Fall - meines Erachtens ausnahmsweise auch eine kurzfristige Anordnung zumindest eines Teils der Ferien möglich sein sollte. Dies lässt sich auch mit der sogenannten Treuepflicht des Mitarbeitenden (Art. 321a Abs. 1 OR; Loyalitätspflicht) begründen, wonach der Angestellte alles unternehmen muss, um Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden und auf die Interessen des Betriebs Rücksicht zu nehmen. Die kurzfristige Anordnung von bezahlten Zwangsferien ist allerdings *umstritten*, denn bestimmte Gerichte verlangen auch für die Anordnung von Zwangsferien die Berücksichtigung der dreimonatigen Ankündigungsfrist. Zudem muss ja auch der Erholungszweck der Ferien trotz Corona-Pandemie gegeben sein. Ob dieser in Anbetracht der aktuellen Beschränkungen und ausländischen Reiseverboten vorhanden ist, ist zumindest diskutabel, aber wohl eher zu bejahen ist (ein Ferienbezug zu Hause ist ebenfalls möglich und es besteht keine Ausgangssperre).

Empfehlung: Kompromiss mit den Arbeitnehmern suchen, wonach z.B. nur ein Teil des Ferienguthabens als Zwangsferien zu beziehen ist, was die Parteien schriftlich festhalten sollten.

**Wie ist die Situation, wenn der Arbeitnehmer seine bereits gebuchten Ferien nicht antreten kann und verschieben will?**

Der Arbeitgeber kann auf den bereits geplanten Ferien beharren. Dies unter der Voraussetzung, dass eine Erholung überhaupt möglich ist, was trotz der derzeitigen Krisensituation mit der fehlenden Ausgangssperre wie oben erwähnt eher zu bejahen ist.

**B. Ist eine kurzfristige Anordnung der Kompensation von Überstunden möglich?**

**1. Kompensation von Überstunden durch Freizeit**

Überstunden sind die positive zeitliche Differenz zwischen der geleisteten und der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit (z.B. 40 Stunden pro Woche). Diese Definition zeigt, dass ein Teilzeitbeschäftigter Überstunden leistet, sobald er mehr arbeiten muss als vertraglich abgemacht.

Die Anordnung der Kompensation von Überstunden setzt die Einwilligung des Mitarbeitenden voraus. Oftmals findet sich diese Zustimmung im Arbeitsvertrag oder in den separaten Anstellungsbedingungen (die aber als integrierenden Vertragsbestandteil erklärt werden mussten!) mittels der Formulierung, wonach geleistete Mehrstunden (Überstunden und Überzeitstunden) durch Freizeit von gleicher Dauer zu kompensieren sind. Liegt eine solche Zustimmung vor, kann der Arbeitgeber die Kompensation ohne weiteres anordnen.

Liegt keine solche Zustimmung vor oder wurde die Kompensation oder die Bezahlung der Überstunden rechtsgültig im Arbeitsvertrag ausgeschlossen, kann die Kompensation von Überstunden nicht angeordnet werden.

Kurze Bemerkung zur Beweislast: Der Arbeitnehmer hat nachzuweisen, dass er Überstunden leistete und dass sie angeordnet oder betrieblich notwendig waren. Dem

Beweis der förmlichen Anordnung von Überstunden wird gleichgesetzt, wenn der Arbeitgeber von deren Leistung Kenntnis hat oder haben müsste, dagegen nicht einschreitet und sie damit genehmigt.

## **2. Anordnung der Leistung von Überstunden bei mehreren gesundheitsbedingten Ausfällen anderer Arbeitnehmer möglich?**

Kann der Arbeitgeber bei mehreren gesundheitsbedingten Ausfällen von Mitarbeitenden vom Rest der Belegschaft verlangen, dass sie Überstunden leisten?

Antwort: Ja. Der Pflicht zur Leistung von Überstunden darf sich der Arbeitnehmer nicht entziehen, wenn diese notwendig und ihm zuzumuten sind. Verweigert er die Leistung trotzdem, so würde dies eine Vertragsverletzung bedeuten und zu Schadenersatz, in schweren Fällen sogar zur fristlosen Entlassung berechtigen. Notwendig ist Überstundenarbeit, wenn deren Anordnung objektiv gerechtfertigt ist oder wäre, etwa durch ausserordentlich grossen Arbeitsanfall, dringliche Arbeiten, Ausfälle anderer Arbeitnehmer, dringende betriebliche Bedürfnisse z.B. nach einem Schadenfall.

Allerdings kann sie nicht als notwendig eingestuft werden, wenn sie leicht vermieden werden könnte (zum Beispiel durch Beizug vorhandener Hilfskräfte oder durch bessere Organisation).

Unwichtig ist, ob die Überstundenarbeit voraussehbar war oder überraschend kommt.

RA Dr. Denis G. Humbert, Fachanwalt SAV, Zürich