Das Arbeitsrecht bei einer Energiemangellage

Stefanie Debrunner-Epprecht*/ Isabelle Wildhaber**

Mit Sicht auf die kommenden Wintermonate kann eine mögliche Energiemangellage nicht ausgeschlossen werden. Wie bereits bei der Covid-19-Pandemie stellen sich in diesem Zusammenhang arbeitsrechtliche Fragen, wie beispielsweise die Frage nach einer kurzfristigen Anordnung von Ferien und nach Überstundenabbau, nach einer einseitigen Änderung von Arbeitszeiten oder nach der Lohnfortzahlungspflicht durch die Arbeitgeberin. Der vorliegende Beitrag soll eine erste Einschätzung zu diesen arbeitsrechtlichen Fragestellungen in Bezug auf eine mögliche Energiemangellage geben.

Dans la perspective des mois d'hiver à venir, une éventuelle pénurie d'énergie ne peut être exclue. Comme lors de la pandémie de Covid-19, des questions de droit du travail se posent dans ce contexte, comme par exemple la question de l'organisation à court terme des vacances et de la réduction des heures supplémentaires, la modification unilatérale des horaires de travail ou l'obligation éventuelle de l'employeur de continuer à verser le salaire. La présente contribution a pour but de donner une première appréciation sur ces questions de droit du travail en rapport avec une éventuelle situation de pénurie d'énergie.

Inhaltsübersicht

I. Einleitung
II. Ausgangslage: Die mögliche Energiemangellage
III. Konkrete arbeitsrechtliche Fragestellungen
1. Kurzfristige Anordnung von Ferien
2. Anordnung von Überstundenkompensation
3. Flexibilisierung der Arbeitszeitbestimmungen
4. Anordnung von Homeoffice
5. Entschädigung der Energiekosten im Homeoffice
6. Lohnfortzahlungspflicht
7. Anordnung von Kurzarbeit
IV. Fazit

I. Einleitung

Kaum rückt die Pandemie ein wenig in den Hintergrund, gerät eine andere Krise in den Vordergrund: *Eine mögliche Energiekrise*. Bereits im Jahr 2015 bezeichnete das Bundesamt für Bevölkerungsschutz in einer nationalen Risikoanalyse eine «mögliche schwere Strommangellage» als das Risiko Nr. 1 für die Gesellschaft und Wirtschaft in der Schweiz, noch vor einer Pandemie[1]. Im letzten Winter wurde zwar die Stromversorgungssicherheit in der Schweiz als «nicht gravierend gefährdet» eingestuft, dennoch bleiben Gas, Erdöl und dementsprechend auch Strom weiterhin knappe Ressourcen[2]. Die in den letzten Monaten (2023) gestiegenen Energiepreise können Unternehmen in

* MLaw, Rechtsanwältin und öffentliche Notarin, Mediatorin SAV, Doktorandin am Lehrstuhl von Prof. Dr. iur. Isabelle Wildhaber und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten der Universität St. Gallen (FAA-HSG). Diese Publikation stützt sich auf ein Referat von Stefanie Debrunner-Epprecht anlässlich des Personalleitertreffens der Industrie AR in Waldstatt AR vom 02.11.2022. Besten Dank für den daraus entstandenen Austausch und die wertvollen Inputs zu dieser Thematik. Sämtliche Websites wurden zuletzt besucht am 08.09.2023.

** Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinaria für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen, Geschäftsführende Direktorin am Forschungsinstitut für Arbeit und Arbeitswelten der Universität St. Gallen (FAA-HSG).

[1] Bundesamt für Bevölkerungsschutz (BABS), Bevölkerungsschutz: Nationale Risikoanalyse zeigt Handlungsbedarf auf, Faktenblatt vom 01.07.2015, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/40202.pdf.

[2] Bundesamt für Energie (BFE), Studie zur kurzfristigen Strom-Adequacy Schweiz im Auftrag des Bundesamts für Energie – Winter 2022/2023, Bericht vom 02.11.2022, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/73671.pdf.

finanzielle Bedrängnis bringen[3]. Ausserdem können die vom Bund bei einer Energiekrise vorgesehenen Massnahmen Unternehmen dazu veranlassen, ihre Betriebsprozesse frühzeitig flexibel auszugestalten. Das kann Auswirkungen auf die Belegschaft haben. Wie bei der Covid-19-Pandemie stellen sich deshalb auch bei einer Energiekrise arbeitsrechtliche Fragen. Es handelt sich dabei um ähnliche Fragen, wie diejenigen, die sich während der Pandemie stellten[4]: Wie kurzfristig können Ferien, Überstundenabbau oder Änderungen der Arbeitszeiten durch die Arbeitgeberin angeordnet werden? Können die Arbeitnehmer ins Homeoffice geschickt werden, wenn der Strom im Büro durch die Kontingentierung bereits aufgebraucht wurde? Schuldet die Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmern den Lohn fort, wenn sie aufgrund der gestiegenen Energiepreise den Betrieb nicht aufrechterhalten kann?

Diesen sich auf die Energiekrise beziehenden arbeitsrechtlichen Fragestellungen möchte sich der *vorliegende Beitrag* widmen. Zu diesem Zweck wird zuerst auf die mögliche Energiemangellage eingegangen (nachfolgend II.). Sodann werden sieben verschiedene konkrete arbeitsrechtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit der Energiemangellage analysiert (nachfolgend III.1. bis III.7.), gefolgt von einem Fazit (nachfolgend IV.).

Im vorliegenden Beitrag wird der *Begriff* «Strommangellage» nicht mit dem Begriff «Stromunterbruch/-ausfall» oder «Blackout» gleichgesetzt. In einer *Strommangellage* ist der Strom zwar verfügbar, allerdings in reduziertem Mass[5]. Die Nachfrage nach elektrischer Energie übersteigt wegen zu geringen Produktions-, Übertragungs- und/oder Importkapazitäten bei einer Strommangellage während mehrerer Tage, Wochen oder Monate das zur Verfügung stehende Angebot[6]. *Stromunterbrüche oder Blackouts* treten hingegen aufgrund Infrastrukturschäden infolge eines Naturereignisses, Netzüberlastungen oder technischer Störungen auf[7].

II. Ausgangslage: Die mögliche Energiemangellage

Im Falle einer Energiemangellage kann der Bundesrat gestützt auf das Landesversorgungsgesetz (LVG) die *Verordnungen zu den Verwendungseinschränkungen und zur Kontingentierung im Erdgas- und Erdölbereich* in Kraft setzen[8]. Die Verordnungsentwürfe in Bezug auf eine Strommangellage schickte der Bundesrat im Dezember 2022 in eine verkürzte Vernehmlassung[9]. Die Entwürfe der Verordnungen für den Fall

3 So kletterte der Preis im August 2022 für Strom im Januar 2024 auf über 1000 Euro pro Megawattstunde; siehe Eisenring Christoph/Paganini Manuela/Benz Matthias/Seliger Florian, Sparen die Schweizer schon Strom? Und wie angespannt ist die Lage am Strommarkt? – Die Energiekrise in Grafiken, NZZ vom 08.11.2022, abrufbar unter: https://www.nzz.ch/wirtschaft/energiekrise-wie-angespannt-ist-die-lage-am-strommarkt-ld.1697374?reduced=true; Feldges Dominik, Die Energiekrise erreicht Schweizer Industriefirmen: Schweiter plant Stellenabbau und setzt auf Kurzarbeit, NZZ vom 25.10.2022, abrufbar unter: https://www.nzz.ch/wirtschaft/schweiter-streicht-stellen-energiekrise-erreicht-industriefirmen-ld.1708809.

4 Siehe hierzu beispielsweise Wildhaber Isabelle, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR 139 (2020) Sondernummer «Pandemie und Recht», S. 157 ff.

5 Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL), «Unterschied und Zuständigkeiten Strommangellage», abrufbar unter: https://www.bwl.admin.ch/bwl/de/home/themen/energie/elektrizitaet.html.

6 BWL, «Unterschied und Zuständigkeiten Strommangellage» (Fn. 5).

7 BWL, «Unterschied und Zuständigkeiten Strommangellage» (Fn. 5).

8 Siehe Art. 57 LVG und Art. 34 Abs. 1 und 4 LVG i.V.m. Anhang 1 des Bundesgesetzes über die wirtschaftliche Landesversorgung (Landesversorgungsgesetz, LVG) vom 17.06.2016 (SR 531). Die Gesetzesentwürfe können hier abgerufen werden: https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-91881.html, siehe auch Medienmitteilung des Bundes vom 31.08.2022, Energie: Massnahmen für eine Gasmangellage gehen in Konsultation, abrufbar unter: https://www.admin.ch Medienmitteilungen des Bundesrates; kritisiert von Gerny Daniel, Die Schweiz bereitet sich auf die nächste grosse Krise vor: Wie viel Macht der Bundesrat bei akutem Strommangel erhält, NZZ vom 19.08.2022, abrufbar unter: https://www.nzz.ch/schweiz/die-schweiz-bereitet-sich-auf-die-naechste-grosse-krise-vor-wieviel-macht-der-bundesrat-bei-akutem-strommangel-erhaelt-ld.1698518?reduced=true; Gerny Daniel, Ohne dass es jemand bemerkt hat: Der Bundesrat hat eine drohende Strommangellage ausgerufen, NZZ vom 26.09.2022, abrufbar unter: https://www.nzz.ch/schweiz/ohne-dass-es-jemand-bemerkt-hat-der-bundesrat-hat-am-freitag-eine-drohende-strommangellage-ausgerufen-ld.1704491?reduced=true.

9 Medienmitteilung des Bundes vom 23.11.2022, Energie: Massnahmen für den Fall einer Strommangellage gehen in Vernehmlassung, abrufbar unter: https://www.admin.ch; zur aktuellen Lage in Bezug auf eine Strommangellage: https://www.bwl.admin.ch > Themen > Energie > Elektrizität.

einer Gasmangellage hat der Bundesrat im November 2022 veröffentlicht[10].

Im Falle einer Strommangellage sehen diese Verordnungsentwürfe folgende *vier Eskalationsstufen* vor: nach (1) freiwilligen Sparappellen, folgen (2) Verbrauchsbeschränkungen und Verbote, danach können (3) Kontingentierungen verfügt und als Ultima Ratio können (4) Netzabschaltungen vorgesehen werden[11]. Bei einer Gasmangellage sind hingegen als zweite Eskalationsstufe keine Verbrauchsbeschränkungen und Verbote vorgesehen, sondern kann die Umschaltung der Zweistoffanlagen von Gas auf Erdöl angeordnet werden[12]. Die anderen drei Eskalationsstufen sind bei der Gasmangellage gleich wie bei der Strommangellage. In Bezug auf die vorliegenden arbeitsrechtlichen Fragestellungen ist es wichtig, die einzelnen Eskalationsstufen zu kennen und diese auseinander zu halten, da der Handlungsspielraum für die Arbeitgeberin je nach Eskalationsstufe unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann.

Die *erste Eskalationsstufe* beinhaltet freiwillige Sparapelle an die Bevölkerung und soll unterstützt durch die Energiesparkampagne des Bundesrates auch am Arbeitsplatz zu Stromeinsparungen führen[13]. Nach Auffassung des Bundes haben sich Unternehmen mit der drohenden Strommangellage auseinanderzusetzen und entsprechende Vorbereitungsmassnahmen bilden Teil des eigenen Risikomanagements[14]. Durch ein betriebliches Kontinuitätsmanagement sollen sich Unternehmen eine konkrete Strategie und Massnahmen zurechtlegen, damit bei einem Unterbruch der Stromversorgung rasch gehandelt werden kann[15]. Die Arbeitgeberin soll zudem durch bauliche Massnahmen den Stromverbrauch senken oder durch ein Notstromaggregat eine mögliche Notstromversorgung überbrücken können[16]. Kosten, die dem einzelnen Unternehmen aus solchen Vorbereitungsmassnahmen oder einer allfälligen Strommangellage entstehen, sind grundsätzlich durch das jeweilige Unternehmen zu tragen[17]. Auch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) stellte im Zusammenhang mit möglichen Energiesparmassnahmen klar, dass die Werte in der SECO-Wegleitung[18] zu den arbeitsrechtlichen Gesundheitsschutzbestimmungen lediglich als Richtwerte zu verstehen sind und von diesen Werten je nach Situation für eine beschränkte Zeit durch die Arbeitgeberin abgewichen werden kann[19]. So gilt zwar im Winter bei einer sitzenden Tätigkeit im Büro weiterhin eine minimale Raumtemperatur von 21 Grad Celsius; um Energie zu sparen, kann von diesem Richtwert jedoch abgewichen werden, solange der Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz weiterhin gewährleistet wird[20].

Parallel zu den freiwilligen Sparappellen kann der Bundesrat in einer *zweiten Eskalationsstufe* Verwendungsbeschränkungen und Verbote erlassen sowie im Falle einer Gasmangellage den Betrieben mit Zweistoffanlagen die Umstellung von Gas auf Heizöl vorschreiben[21]. So kann der Bundesrat beispielsweise die Temperatur von Innenräumen auf 20 Grad Celsius

10 Medienmitteilung des Bundes vom 16.11.2022, Energie: Entwürfe der Verordnungen für den Fall einer Gasmangellage veröffentlicht, abrufbar unter: https://www.admin.ch; zur aktuellen Lage in Bezug auf eine Gas-Mangellage: https://www.bwl.admin.ch > Themen > Energie > Erdgas.

11 Medienmitteilung des Bundes vom 23.11.2022 (Fn. 9).

12 Medienmitteilung des Bundes vom 16.11.2022 (Fn. 10).

13 Medienmitteilung des Bundes vom 31.08.2022, Energie: Bundesrat startet Sparkampagne, abrufbar unter: https://www.admin.ch.

14 So ausführlich das Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL), der Verband Schweizerischer Elektrizitätsunternehmen (VSE) und die Organisation für Stromversorgung in ausserordentlichen Lagen (OSTRAL) in ihrer Stellungnahme zu verschiedenen Fragen: FAQ-Strommangellage, abrufbar unter: https://www.ostral.ch/system/files/media/documents/2022-ostral-faq-strommangellage_0.pdf.

15 FAQ-Strommangellage (Fn. 14); so der Strom-Ratgeber des Bundesamts für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL), Rubrik «betriebliches Kontinuitätsmanagement», abrufbar unter: https://www.bwl.admin.

16 Strom-Ratgeber (Fn. 15), Rubrik «bauliche Massnahmen» und «Notstromversorgung».

17 FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Ziff. 17–19.

18 Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), Wegleitung zu den Verordnungen 3 und 4 zum Arbeitsgesetz, Gesundheitsschutz und Plangenehmigung, Stand vom Dezember 2022, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch.

19 Merkblatt vom 24.10.2022 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO), Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz im Rahmen von Energiesparmassnahmen, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch.

20 Merkblatt SECO vom 24.10.2022 (Fn. 19), Rubrik «Raumtemperatur», S. 1.

21 Siehe Fussnoten 11 und 12; Zweistoffanlagen sind Anlagen bei denen grundsätzlich Gas als Brennstoff dient. Es ist aber möglich bei diesen Anlagen, dass sie auch durch Heizöl betrieben werden.

anordnen[22]. Eine solche Umstellung kann besonders für energieintensive Betriebe[23] relevant sein.

Als *dritte Eskalationsstufe* kann der Bundesrat die Kontingentierung von Strom und Gas ergreifen[24]. Die Kontingentierung von Strom richtet sich nur an Grossverbraucher mit einem Jahresverbrauch von mindestens 100 MWh[25]. Dies würde in der Schweiz rund 34 000 Grossverbraucher betreffen, welche knapp die Hälfte des Stromverbrauchs in der Schweiz verantworten[26]. Bei der Kontingentierung von Strom wird beispielsweise zwischen der regulären Kontingentierung und der Sofortkontingentierung unterschieden[27]. Bei der *regulären Kontingentierung* besteht eine hohe Flexibilisierung zugunsten der Arbeitgeberin, denn diese kann eigenständig festlegen, wie und wann das verfügbare Stromkontingent verbraucht wird[28]. Falls es zu einer regulären Kontingentierung kommen sollte, würde für den einzelnen Grossverbraucher mittels Verfügung ein Stromkontingent für jeweils einen Monat festgelegt ~~und dieser per Einschreiben darüber informiert~~ werden[29]. Das verfügte Stromkontingent ist von den Grossverbrauchern einzuhalten und wird durch die wirtschaftliche Landesversorgung bzw. den Verteilnetzbetreiber kontrolliert[30]. Bei einer *Sofortkontingentierung* ist der Handlungsspielraum der Arbeitgeberin hingegen beträchtlich eingeschränkt, da diese Kontingentierungsperiode einen Tag dauert und damit die Verbrauchsreduktion täglich eingehalten werden muss[31]. Zudem hat sich die Arbeitgeberin selbst das Tageskontigent zu berechnen[32]. Die Sofortkontingentierung soll dabei als Übergangslösung bis zur Einsatzbereitschaft der regulären Kontingentierung dienen[33]. Nicht genutzte Kontingente können Unternehmen über einen Pool eigenverantwortlich miteinander handeln, wodurch der volkswirtschaftliche Schaden verringert werden kann[34]. Da Unternehmen mit kritischer Infrastruktur nicht von der Kontingentierung ausgenommen werden, müssen diese unter Umständen ihren Betrieb bereits bei einer regulären Kontingentierung einstellen, da sie ohne kontinuierliche Energiezufuhr nicht arbeiten können (beispielsweise um hohe Temperaturen in Schmelzöfen sicherzustellen oder um grosse finanzielle Schäden in Kühllagern zu vermeiden)[35].

Als einschneidendste und *vierte Eskalationsstufe* kann der Bundesrat Netzabschaltungen verfügen[36]. ~~Diese werden als sog. Vier-Stunden-Zyklen durchgeführt[37]. Dadurch soll ein umfassender Netzzusammenbruch (sog. Blackout) verhindert werden[38]. Dies bedeutet, dass 8 Stunden lang Strom zur Verfügung gestellt und danach 4 Stunden abgeschaltet wird[39].~~ Netzabschaltungen werden im Voraus bekanntgegeben, und um Schäden zu verhindern, ist gemäss Bund jede Arbeitgeberin für sich selbst verantwortlich, ihre Geräte in einen sicheren Zustand zu bringen und beispielsweise durch ein Notstromaggregat sicher-

22 Siehe Anhang 1 zu Art. 2 Abs. 1 des Entwurfs der Verordnung über Beschränkungen und Verbote der Verwendung elektrischer Energie vom 23.11.2022, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/74051.pdf.

23 Beispielsweise sind Unternehmen in der Industriebranche, die über grosse Schmelzöfen verfügen, besonders betroffen.

24 Medienmitteilung des Bundes vom 16.11.2022 (Fn. 10) und Medienmitteilung des Bundes vom 23.11.2022 (Fn. 9).

25 Art. 2 des Entwurfs der Verordnung über die Kontingentierung elektrischer Energie, Entwurf vom 23.11.2022, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/74051.pdf.

26 Siehe Faktenblatt vom 03.03.2023 des Generalsekretariats (GS-WBF) des Eidgenössischen Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF), S. 2, abrufbar unter: https://www.bwl.admin.ch.

27 Faktenblatt des GS-WBF vom ~~03.03.2023~~ (Fn. 26), S. 2.

28 FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 13, S. 8. Würde die Arbeitgeberin beispielsweise ein Stromkontingent von 80% zur Verfügung stehen, so kann sie den Betrieb an einem Tag in der Woche einstellen oder den Stromverbrauch jeden Arbeitstag um 20% reduzieren.

29 Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 Abs. 1 Entwurf der Verordnung über die Kontingentierung elektrischer Energie (Fn. 25); Faktenblatt Generalsekretariat GS-WBF (Fn. 26), S. 2.

30 Art. 11 Entwurf der Verordnung über die Kontingentierung elektrischer Energie (Fn. 25), siehe auch FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 11, S. 7.

31 Art. 6 Entwurf der Verordnung über die Sofortkontingentierung elektrischer Energie, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/74060.pdf; so auch FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 13, S. 8.

32 Siehe Art. 3 Abs. 2 Entwurf der Verordnung über die Sofortkontingentierung elektrischer Energie (Fn. 31).

33 FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 13, S. 8.

34 Das Portal «Mangellage Schweiz» bietet unter www.mangellage.ch eine Plattform für den Handel von Energie-Kontingenten unter Unternehmen an.

35 FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 4, S. 5.

36 Medienmitteilung des Bundes vom 23.11.2022 (Fn. 9).

37 Medienmitteilung des Bundes vom 23.11.2022 (Fn. 9); FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 21, S. 10.

38 FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 21, S. 10.

39 FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 21, S. 10.

zustellen[40]. Die Abschaltungen sollen dabei in einzelne Teilnetzgebiete aufgeteilt und abwechselnd erfolgen[41].

III. Konkrete arbeitsrechtliche Fragestellungen

1. Kurzfristige Anordnung von Ferien

Die Arbeitgeberin darf grundsätzlich den Zeitpunkt der Ferien bestimmen, sie hat dabei aber auf die Interessen und Wünsche des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen (Art. 329c Abs. 2 OR)[42]. Sinn und Zweck von Ferien ist primär die körperliche und geistige Erholung des Arbeitnehmers[43]. Eine Erholung ist demzufolge nicht gegeben, wenn die Ferien zu kurzfristig angeordnet werden und dem Arbeitnehmer nicht genügend Zeit eingeräumt wird, diese vorbereiten und planen zu können[44]. Die herrschende Lehre geht aber in Anlehnung an Art. 19 Abs. 4 der Verordnung des Arbeitszeitgesetzes über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs[45] von einer *grundsätzlichen minimalen Ankündigungsfrist von drei Monaten* aus[46]. Nur aus einem dringlichen und unvorhergesehenen, betrieblichen Bedürfnis darf die Arbeitgeberin den vereinbarten Ferienzeitpunkt ändern und in Ausnahmefällen sogar einen Rückruf aus den Ferien anordnen[47]. Dabei bedarf es einer Einzelfallabwägung und allfällige Schäden aus der Ferienstornierung sind dem Arbeitnehmer zu ersetzen[48].

Während der Pandemie wurde vermehrt die Frage aufgeworfen, ob von dieser dreimonatigen Ankündigungsfrist für den Ferienbezug *abgewichen* werden darf[49]. In der Lehre wurde vereinzelt auf die ausserordentliche Situation hingewiesen, wie beispielsweise den Beschäftigungsrückgang im Unternehmen, welcher eine Abweichung von der grundsätzlichen Ankündigungsfrist von drei Monaten rechtfertigen soll[50].

Auch die Zulässigkeit der Anordnung von *ausserordentlichen Betriebsferien* (sog. Zwangsferien) aufgrund eines dringlichen betrieblichen Bedürfnisses war während der Pandemie unklar[51]. Vom SECO wurde diesbezüglich festgehalten, dass die Anordnung von Betriebsferien während der Pandemie nur möglich ist, wenn dem Arbeitnehmer die Ferien frühzeitig zugeteilt werden[52]. Dies würde im Allgemeinen eine Ankündigungsfrist von drei Monaten bedeuten[53].

Da die Arbeitgeberin *bei einer regulären Kontingentierung* selbst festlegen kann, wie und wann das verfügbare Stromkontingent gebraucht wird, und eine solche Kontingentierung zudem durch eine Vorlauf-

[40] FAQ-Strommangellage (Fn. 14), Rubrik «D. Unternehmen/Wirtschaft», Ziff. 20 und Ziff. 21, S. 10; ~~Bundesamt für wirtschaftliche Landesversorgung (BWL), Q&A: Massnahmen Strommangellage (Vernehmlassung) vom 03.03.2023, abrufbar unter: https://www.bwl.admin.ch/bwl/de/home/themen/energie/elektrizitaet.html~~; Strom-Ratgeber (Fn. 15), Rubrik «bauliche Massnahmen» und «Notstromversorgung».

[41] Siehe Faktenblatt Generalsekretariat GS-WBF vom ~~03.03.2023~~ (Fn. 26), S. 3.

[42] Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Der Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Art. 329c OR N 7.

[43] Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Berner Kommentar, Art. 319–330b OR, Der Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag, Bern 2010, Art. 329c OR N 1.

[44] Portmann Wolfgang/Rudolph Roger, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2019, Art. 329c OR N 7; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 329c OR N 7.

[45] Verordnung über die Arbeit in Unternehmen des öffentlichen Verkehrs (AZGV) vom 29.08.2018 (SR 822.211).

[46] So auch Prinz Marc Ph./Geel Gian, Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319–355 OR sowie Art. 361/362 OR, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), SHK – Stämpflis Handkommentar, Bern 2021, Art. 329c OR N 6; m.w.H. Portmann/Rudolph (Fn. 44), Art. 329c OR N 7; Rehbinder/Stöckli (Fn. 43) sind auch der Meinung, dass selbst betriebliche Schwierigkeiten keine Verkürzung der Ankündigungsfrist von 3 Monaten zulassen würden, siehe Art. 329c OR N 11; m.w.H. Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 329c OR N 7.

[47] Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 329c OR N 7.

[48] Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 329c OR N 7; Prinz/Geel (Fn. 46), Art. 329c OR N 6.

[49] Eine Übersicht findet sich hier: Facincani Nicolas, Kurzfristige Zwangsferien aufgrund der Coronapandemie, abrufbar unter: https://www.arbeitsrecht-aktuell.ch/de/2020/04/05/kurzfristige-zwangsferien-aufgrund-der-coronapandemie/.

[50] Pärli Kurt/Eggmann Jonas, Corona und die Arbeitswelt, in: Jusletter vom 08.02.2021, N 70.

[51] Wildhaber (Fn. 4), S. 177; Dunand Jean-Philippe/Wyler Rémy, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, Newsletter www.DroitDuTravail.ch, Université de Neuchâtel, 9.4.2020, S. 35.

[52] Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), FAQ «Pandemie und Betriebe», Ziff. 10, S. 5, abrufbar unter: https://www.vssm.ch/sites/default/files/vssm/news/faq-pandemie-und-betriebe.pdf.

[53] FAQ «Pandemie und Betriebe» (Fn. 52), Ziff. 10, S. 5.

zeit angekündigt wird[54], kann nicht von einem dringlichen und unvorhergesehenen betrieblichen Bedürfnis die Rede sein. Eine einseitige Verschiebung oder Anordnung von Ferien durch die Arbeitgeberin ohne Rücksichtnahme auf die Wünsche und Interessen des Arbeitnehmers ist bei einer regulären Kontingentierung nicht gerechtfertigt. Auch ist die Ankündigungsfrist von drei Monaten einzuhalten, da bei einer regulären Kontingentierung keine Dringlichkeit gegeben ist.

Bei einer Sofortkontingentierung oder bei Netzabschaltungen hingegen ist der Handlungsspielraum der Arbeitgeberin beträchtlich eingeschränkt, da diese in einem festgelegten Zeitraum andauern[55]. Im Notfall können diese vom Bundesrat auch ohne grosse Vorlaufzeit gekündigt werden und sind dementsprechend unvorhersehbar für die Arbeitgeberin, was eine Verkürzung der dreimonatigen Ankündigungsfrist angesichts dieser ausserordentlichen Lage u.E. rechtfertigt. Die energieintensiven Wintermonate können Unternehmen vor grosse Herausforderungen stellen. Die Anordnung von Zwangsferien in diesem Zeitraum kann daher eine besondere betriebliche Notwendigkeit aufweisen, wenn beispielsweise die Aufrechterhaltung des Betriebes in dieser Zeit zu einer Existenzbedrohung führen würde. Hier gilt es im Einzelfall die Interessen der Arbeitgeberin an der Weiterführung des Betriebes und der Arbeitsplatzerhaltung gegen die Interessen des Arbeitnehmers an seiner Bestimmung des Ferienzeitpunktes abzuwägen. Die alleinige Begründung, dass durch Betriebsferien in den energieintensiven Wintermonaten immense Kosten eingespart werden können, bilden hingegen u.E. kein überwiegendes Interesse der Arbeitgeberin.

2. Anordnung von Überstundenkompensation

Es stellt sich die Frage, ob die Arbeitgeberin in einer Energiemangellage einseitig die *Kompensation von Überstunden durch Freizeit* anordnen kann, da sie beispielsweise aufgrund der Kontingentierung von Energie oder Netzabschaltungen ihren Arbeitnehmern keine Arbeit mehr anbieten kann.

Die einseitige Anordnung der Arbeitgeberin, Überstunden durch Freizeit zu kompensieren, ist *grundsätzlich nicht möglich*[56]. Der Arbeitnehmer hat seine Zustimmung zur Kompensation, zu deren Zeitpunkt und zu deren Dauer zu erteilen (Art. 321c Abs. 2 OR)[57]. Es ist aber möglich, dass eine *vertragliche Abrede* die Arbeitgeberin berechtigt, eine Kompensation von Überstunden durch Freizeit bzw. deren Zeitpunkt einseitig anordnen zu können[58]. Im Unterschied zu Ferien steht bei der Kompensation von Überstunden nicht ein Erholungszweck im Vordergrund, sondern der Ausgleich der vertraglichen Leistungen[59]. Aus diesem Grund können Überstunden auch stundenweise kompensiert werden[60]. Dies kann gerade bei den vorgesehenen behördlichen Massnahmen wie beispielsweise Netzabschaltungen, die stundenweise erfolgen sollen, vorteilhaft sein.

Auch während der Pandemie stellte sich die Frage, ob die Arbeitgeberin aufgrund mangelnder Auftragslage oder Betriebsschliessung *ausnahmsweise* die Kompensation von Überstunden durch Freizeit einseitig anordnen kann[61]. So wurde in der Pandemie argumentiert, dass der Arbeitnehmer aufgrund seiner Treuepflicht auf das betriebliche Interesse seiner Arbeitgeberin Rücksicht zu nehmen und aus diesem Grund seine Zustimmung zur Kompensation zu erteilen hat[62]. Ausnahmsweise und je nach Umständen könnte so

[54] Auf Antrag der wirtschaftlichen Landesversorgung erlässt der Bundesrat die Verordnung über die Kontingentierung elektrischer Energie (Art. 13 des Entwurfs). Gestützt auf Art. 6 Abs. 2 wird die Kontingentierungsperiode initial vom Bundesrat festgehalten (siehe Kommentar zu Art. 6 zum Entwurf der Verordnung über die Kontingentierung elektrischer Energie, Entwurf vom 23.11.2022). Weitere Kontingentierungsperioden legt das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) gemäss Anhang 2 der Verordnung über die Kontingentierung elektrischer Energie fest.

[55] Die Kontingentierungsperiode dauert einen Tag und damit muss die Verbrauchsreduktion täglich eingehalten werden; siehe auch Art. 6 Entwurf der Verordnung über die Sofortkontingentierung elektrischer Energie, abrufbar unter: https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/74060.pdf.

[56] FAQ «Pandemie und Betriebe» (Fn. 52), Ziff. 31.

[57] FAQ «Pandemie und Betriebe» (Fn. 52), Ziff. 31.

[58] Lienhart Astrid, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319–355 OR sowie Art. 361/362 OR, SHK – Stämpflis Handkommentar, Bern 2021, Art. 321c N 63; m.w.H. Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 321c OR N 11.

[59] Lienhart (Fn. 58), Art 321c OR N 62.

[60] Lienhart (Fn. 58), Art 321c OR N 62.

[61] FAQ «Pandemie und Betriebe» (Fn. 52), Ziff. 31; MME Legal Tax Compliance, FAQ zum Thema Coronavirus, Coronavirus und Arbeitsrecht vom 18.01.2022, abrufbar unter: https://www.mme.ch/de-ch/magazin/artikel/faq-coronavirus-und-arbeitsrecht.

[62] MME, FAQ zum Thema Coronavirus (Fn. 61); Wildhaber (Fn. 4), S. 177; Dunand/Wyler (Fn. 51), S. 22.

auch für eine mögliche Energiemangellage argumentiert werden.

Bei der regulären Kontingentierung, der Sofortkontingentierung oder bei Netzabschaltungen muss die Arbeitgeberin über Flexibilität in Bezug auf die Arbeitsverrichtung verfügen können. Insbesondere die Reduktion der Arbeitstätigkeit innerhalb einer Woche oder an einem spezifischen Tag gibt der Arbeitgeberin die Möglichkeit, auf Zeiten auszuweichen, in denen wieder mehr Energie vorhanden ist. Aus Art. 321a OR kann argumentiert werden, dass der Arbeitnehmer bei der Kompensation von Überstunden mitzuwirken hat, wenn überwiegende Interessen der Arbeitgeberin dies erfordern und keine gewichtigen Interessen des Arbeitnehmers dagegensprechen[63]. Als Ausfluss der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin ist in einer Krisensituation wie der Energiekrise einer Kompensation von Überstunden durch Freizeit zuzustimmen, wenn keine gewichtigen Interessen des Arbeitnehmers dagegensprechen. Allerdings ist der Abbau von Überstunden durch Freizeit auf die Dauer der behördlich angeordneten Massnahmen zu beschränken, und darf nicht generell damit begründet werden, dass es kostengünstiger ist, die Betriebstätigkeit aufgrund der hohen Energiepreise zu reduzieren. Auch ist abzuwägen, ob der Arbeitnehmer seine Freizeit noch sinnvoll gebrauchen kann, wenn die Anordnung zur Kompensation kurzfristig erfolgt[64]. Aufgrund der Treuepflicht des Arbeitnehmers kann ~~zudem~~ verlangt werden, dass ~~die fehlenden~~ Arbeitsstunden wegen ~~eines Stromausfalls~~ nachgeholt werden[65].

3. Flexibilisierung der Arbeitszeitbestimmungen

Für viele Unternehmen ist es wichtig, dass sie ihre Arbeitszeiten individuell anpassen können, wenn es in einer Energiemangellage zu Kontingentierungen der Energie oder Netzabschaltungen kommen sollte. Durch eine *Flexibilisierung der Arbeitszeiten* können Unternehmen ihre Arbeiten an Randzeiten verrichten, wenn sonst kein grosser Energieverbrauch vorhanden ist. So können Energiebezugsspitzen gebrochen werden[66].

Die Zeit zwischen 6 Uhr und 23 Uhr von Montag bis Samstag gilt gemäss Art. 10 Abs. 1 ArG als bewilligungsfreie Arbeitszeit. Arbeitszeiten ausserhalb dieses Rahmens gelten als *Nacht- und/oder Sonntagsarbeit* und bedürfen einer Bewilligung durch die zuständige Behörde des Kantons oder des Bundes[67]. Für vorübergehende Nacht- und/oder Sonntagsarbeit bis zu sechs Monaten kann das zuständige kantonale Arbeitsinspektorat gestützt auf Art. 27 ArGV 1 eine Bewilligung erteilen, sofern ein dringendes Bedürfnis nachgewiesen wird[68]. Ein *dringendes Bedürfnis* liegt vor, wenn es weder mit planerischen Mitteln noch mit organisatorischen Massnahmen möglich ist, die Arbeiten tagsüber oder abends an Werktagen durchzuführen (Art. 27 Abs. 1 lit. a ArGV 1). Zudem müssen Arbeiten zusätzlich anfallen und zeitlich nicht aufschiebbar sein (Art. 27 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 ArGV 1). Falls dies nicht der Fall sein sollte, müssen gesundheitliche Gründe, Gründe der Sicherheit der Arbeitnehmer oder Gründe des öffentlichen Interesses dargelegt werden, weshalb die Arbeiten in der Nacht oder am Sonntag erledigt werden müssen (Art. 27 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 ArGV 1). So liegt gemäss der Wegleitung des SECO beispielsweise ein dringendes Bedürfnis vor, wenn wegen eines Energieausfalls eine Produktionsverzögerung eintritt und diese Verzögerung nicht durch andere Massnahmen rechtzeitig aufgeholt werden kann[69].

Im Zusammenhang mit einer *drohenden Energiemangellage* stellte das SECO im Oktober 2022 klar, dass Kontingentierungen von Energie oder auferlegte Abschaltzeiten ein dringendes Bedürfnis gemäss Art. 27 ArGV 1 darstellen und vorübergehende Arbeitszeitbewilligungen von sechs Monaten durch das zustän-

[63] Bregnard-Lustenberger Judith, Überstunden- und Überzeitarbeit, Bern 2006, Ziff.§5.III.5.
[64] Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 321c OR N 11.
[65] So ~~auch~~ Staehelin (Fn. 57), Art. 324 OR N 20; Streiff/von Kaenel (Fn. 42), Art. 324 OR N 5.
[66] So auch in der Begründung der ständerätlichen Motion von Andrea Gmür-Schönenberger; Motion Gmür (22.3921) «Zeitlich befristete Flexibilisierung des Arbeitsgesetzes im Falle einer Strom- und/oder Gasmangellage» vom 13.09.2022.
[67] So werden vorübergehende Nacht- und/oder Sonntagsarbeit von der kantonalen Behörde und dauernde oder regelmässig wiederkehrende Nacht- und/oder Sonntagsarbeit vom SECO bewilligt (Art. 17 Abs. 5 ArG und Art. 19 Abs. 3 ArG).
[68] Art. 17 Abs. 3 ArG i.V.m. Art. 27 ArGV 1 und Art. 19 Abs. 3 ArG.
[69] Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Wegleitung zum Arbeitsgesetz und zu den Verordnungen 1 und 2, Gesundheitsschutz und Plangenehmigung, Stand vom Januar 2023, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch,Wegleitung zu Art. 27 ArGV 1, S. 127-2.

dige kantonale Arbeitsinspektorat erteilt werden können[70]. In einer von Ständerätin Gmür-Schönenberger eingereichten *Motion* sollen die Arbeitszeiten in einer Energiemangellage durch die Arbeitgeberin in der gesamten Schweiz einheitlich und flexibel angepasst werden können und darf dies nicht von den zuständigen kantonalen Arbeitsinspektoraten unterschiedlich behandelt werden[71]. Eine Energiemangellage soll dabei ausdrücklich als dringendes Bedürfnis für Nacht- oder Sonntagsarbeit in Art. 27 Abs. 1 ArGV 1 definiert werden und im Sinne von Art. 19 Abs. 2 ArG soll im Falle einer Strommangellage die Sonntagsarbeit aus wirtschaftlich unentbehrlichen Gründen bewilligt werden können[72].

4. Anordnung von Homeoffice

Wenn die freiwilligen Stromappelle und Einschränkungen sowie Verbote beim Stromverbrauch nicht ausreichen werden, sind in einer dritten Eskalationsstufe *Kontingentierungen von Strom* vorgesehen. Die privaten Haushalte sind zwar bei den Einschränkungen und Verboten des Stromverbrauchs betroffen, aber nicht von den Strom-Kontingentierungen, da diese lediglich Grossverbraucher trifft[73]. Wenn eine Arbeitgeberin während der Energiemangellage ihr Stromkontingent aufgebraucht hat, stellt sich die Frage, ob sie ihre Arbeitnehmer in die eigenen vier Wände zum Weiterarbeiten schicken kann[74].

Grundsätzlich gilt, dass Arbeitgeberinnen nicht einseitig eine Homeoffice-Pflicht gestützt auf das gesetzliche Weisungsrecht anordnen können[75]. Weisungen der Arbeitgeberinnen gemäss Art. 321d OR können lediglich das Arbeitsverhältnis konkretisieren, nicht aber erweitern[76]. Eine *nachträgliche Einführung der Homeoffice-Pflicht* bedarf demzufolge einer einvernehmlichen Änderungsvereinbarung oder einer Änderungskündigung[77]. Ansonsten steht es den Parteien frei, bereits bei der Vertragsvereinbarung eine Homeoffice-Vereinbarung in den Arbeitsvertrag aufzunehmen und dadurch den externen Arbeitsort vertraglich zu konkretisieren[78].

Aufgrund der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber seiner Arbeitgeberin kann es dennoch *Ausnahmesituationen* geben, in denen die Arbeitgeberin einseitig (d.h. ohne die Zustimmung des Arbeitnehmers) eine Homeoffice-Pflicht anordnen kann[79]. Hierfür wird in der Lehre eine gewisse «Notsituation» verlangt, also ein Vorliegen einer ausserordentlichen Situation, welche vorübergehend das Einführen des Homeoffice notwendig macht, und nicht aus rein wirtschaftlich motivierten Beweggründen herrührt[80]. Zudem bedarf es einer konkreten Interessensabwägung zwischen den Interessen der Arbeitgeberin und des Arbeitnehmers, ob im Einzelfall die Verlegung des Arbeitsortes tatsächlich zumutbar sein sollte[81].

In Bezug auf eine Energiemangellage darf somit die einseitige Anordnung einer Homeoffice-Pflicht nicht nur auf rein wirtschaftlichen Gründen, wie beispielsweise auf hohen Energiepreisen, beruhen. Kurzfristige Sofortkontingentierungen oder Netzabschaltungen stellen allerdings eine ausserordentliche Situation dar, in welcher die Flexibilität der Arbeitgeberin stark eingeschränkt ist. Die vorübergehende einseitige Einführung von Homeoffice kann in einer solcher Situation u.E. notwendig sein, wenn beispielsweise die Ausführung von fristgebundener Arbeit im Homeoffice rechtzeitig erledigt werden kann.

70 Merkblatt SECO vom 24.10.2022 (Fn. 19), Rubrik «Ausblick bei Energiemangellage», S. 2.
71 Mo. Gmür-Schönenberger (Fn. 66).
72 Mo. Gmür-Schönenberger (Fn. 66); siehe auch Votum Gmür-Schönenberger (Ständerätin), Amtl. Bull. SR, Wintersession 2022 vom 13.12.2022, S. 2 ff.
73 Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Entwurf der Verordnung über die Kontingentierung elektrischer Energie, Entwurf vom 23.11. 2022 (Fn. 25); ~~Q&A Strommangellage (Fn. 40), S. 3.~~
74 Studien würden zudem belegen, dass bis zu 5% des Energieverbrauchs eingespart werden könnte, wenn im Homeoffice gearbeitet wird – siehe auch Rosch Benjamin/Bühler Stefan, Im Winter ist wohl wieder Homeoffice angesagt – aber diesmal nicht wegen Corona, Watson vom 17.08.2022, abrufbar unter: https://www.watson.ch/schweiz/energie/400244227-schweiz-im-winter-koennte-homeoffice-bei-strommangel-beschlossen-werden.
75 Domenig Pascal, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis, Diss. St. Gallen, Bern 2016, N 181 ff.
76 Nordmann Philippe/Barth Frédéric, Grundlagen der Homeoffice-Arbeit, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, N 37 ff.
77 Nordmann/Barth (Fn. 76), N 37 ff.; Wildhaber (Fn. 4), S. 174.
78 Nordmann/Barth (Fn. 76), N 25 ff.
79 Nordmann/Barth (Fn. 76), N 38.
80 Domenig (Fn. 75), N 207; Nordmann/Barth (Fn. 76), N 39.
81 Nordmann/Barth (Fn. 76), N 40.

5. Entschädigung der Energiekosten im Homeoffice

Es stellt sich die Frage, ob *Energiekosten im Homeoffice notwendige Auslagen* gemäss Art. 327a OR darstellen und diese somit zwingend von der Arbeitgeberin zu tragen sind. Zentrales Kriterium ist, ob die Arbeitgeberin ihren Arbeitnehmern Büroräumlichkeiten zur Verfügung stellt bzw. ob die Verrichtung der Arbeit im Homeoffice im Interesse der Arbeitgeberin erfolgt[82]. So stellen die Energiekosten im Homeoffice grundsätzlich nur notwendige Auslagen dar, wenn dem Arbeitnehmer kein Arbeitsplatz in den Büroräumlichkeiten der Arbeitgeberin zur Verfügung gestellt wird[83]. Auch das Bundesgericht hielt fest, dass ein vom Arbeitnehmer privat gemietetes Arbeitszimmer zu einer Auslagenentschädigung durch die Arbeitgeberin führt, wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer keinen geeigneten Arbeitsplatz zur Verfügung stellt[84]. Während der Pandemie schuldeten die Arbeitgeberinnen ihren Arbeitnehmern aufgrund der Covid-19-Verordnung für die Dauer der allgemeinen Homeoffice-Pflicht keine Auslagenentschädigung[85]. Dies wurde damit begründet, dass es sich nur um eine vorübergehende Anordnung in einer Ausnahmesituation handeln würde[86].

Es wird in der Lehre teilweise die Meinung vertreten, dass es nur eine *anteilsmässige Beteiligung an den Energiekosten im Homeoffice* geben soll, da die Kosten für das Heizen der privaten Räumlichkeiten dem Arbeitnehmer sowieso entstehen würden und daher nicht gänzlich der Arbeitgeberin auferlegt werden dürften[87]. Auch in Anlehnung an Art. 327b Abs. 2 OR (Benutzung des privaten Fahrzeugs für Geschäftsreisen) kann die Meinung vertreten werden, dass dem Arbeitnehmer im Falle einer geschäftlichen Nutzung seiner privaten Räumlichkeiten eine Beteiligung der Arbeitgeberin an den Aufwendungen für den Betrieb und den Unterhalt der Räumlichkeiten zusteht[88].

In Bezug auf Energiekosten im Homeoffice hat die Arbeitgeberin ihre Arbeitnehmer im Grundsatz *angemessen zu entschädigen*, wenn sie ihnen keinen Arbeitsplatz in ihren Büroräumlichkeiten zur Verfügung stellt[89]. Aus Praktikabilitätsgründen ist im Rahmen von Art. 327a Abs. 2 OR der Arbeitgeberin zu raten, eine Spesenpauschale für die Energiekosten im Homeoffice zu vereinbaren[90].

6. Lohnfortzahlungspflicht

Im schweizerischen Arbeitsrecht gilt der Grundsatz «kein Lohn ohne Arbeit»[91]. Davon kennt das Gesetz mit Art. 324 OR und Art. 324a OR *zwei wichtige Ausnahmen* im Bereich des Arbeitsrechts[92].

Erstens besteht das Recht auf Lohnfortzahlung für den Arbeitnehmer gemäss Art. 324a OR nur, wenn eine unverschuldete Arbeitsverhinderung vorliegt, deren Gründe in den persönlichen Verhältnissen des Arbeitnehmers liegen (sog. *subjektive Gründe*)[93]. Mussten Arbeitnehmer während der Covid-19-Pandemie aufgrund eigenen Verschuldens in behördlich angeordnete Quarantäne, weil sie beispielsweise unter Missachtung allfälliger Vorsichtsmassnahmen in ein Land mit erhöhtem Infektionsrisiko reisten, bestand beispielsweise kein Anspruch auf Lohnfortzahlung[94]. Auch wird eine subjektive Verhinderung i.S.v. Art. 324a

82 Hierauf Bezug genommen auch in Blattmann Raffael/Stutz Michèle, Kostentragung im Homeoffice, in: Isabelle Wildhaber (Hrsg.), Handbuch Homeoffice, Zürich/St. Gallen 2021, N 32.

83 Blattmann/Stutz (Fn. 82), N 33 ff.

84 Urteil des Bundesgerichts 4A_533/2018 vom 23.04.2019.

85 Art. 10 Abs. 3 Verordnung vom 19.06.2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Fassung vom 18.01.2021).

86 Siehe auch Blattmann/Stutz (Fn. 82), N 38.

87 Für eine übersichtliche Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen: Blattmann/Stutz (Fn. 82), N 40 ff.

88 So auch in Bezug auf die geschäftliche Nutzung eines privaten Fahrzeugs: Domenig (Fn. 75), N 757; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 327a OR N 2.

89 So auch in Bezug auf die geschäftliche Nutzung eines privaten Fahrzeugs: Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 327a OR N 2.

90 So beispielsweise auch Blattmann/Stutz (Fn. 82), N 48 ff.; Frischknecht Anina, Müssen jetzt alle zurück ins Homeoffice?, Beobachter vom 27.09.2022 (aktualisiert am 06.10.2022), abrufbar unter: https://www.beobachter.ch/arbeit/arbeitsrecht/sparen-mit-homeoffice-fur-alle-535463.

91 Art. 82 OR, Art. 119 Abs. 2 OR; Urteil des Bundesgerichts 4A_291/2008 vom 02.12.2008, E. 3.2; Portmann/Rudolph (Fn. 44), Art. 324 OR N 1.

92 Portmann/Rudolph (Fn. 44), Art. 324 OR N 2.

93 Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 324a OR N 6.

94 Wildhaber (Fn. 4), S. 164 f.; von Zedtzwitz Clemens/Keller Sarah, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), SHK – Stämpflis Handkommentar, Arbeitsvertrag: Der Einzelarbeitsvertrag (EAV) unter Einbezug der Art. 319–355 OR sowie Art. 361/362 OR, Bern 2021, Art. 324a OR N 45; Schwaab Jean Christophe, Der Arbeitnehmende in Quarantäne, ARV online 2020 Nr. 174, Ziff. 6.

OR des Arbeitnehmers angenommen, wenn objektive Ereignisse (welche eine grosse Anzahl an Personen betreffen) den Arbeitnehmer speziell treffen[95]. So kann beispielsweise ein Lawinenniedergang auf das eigene Haus ein triftiger Verhinderungsgrund für den Arbeitnehmer an seiner Arbeit darstellen[96].

Objektive Ereignisse, die den einzelnen Arbeitnehmer jedoch nicht speziell treffen, wie beispielsweise Verkehrszusammenbrüche, Sperrungen von Strassen aufgrund eines Lawinen- oder Erdrutschniedergangs sowie andere Naturkatastrophen stellen eine *objektive Unmöglichkeit der Leistungserbringung* im Sinne von Art. 119 OR dar, die den Arbeitnehmer von seiner Arbeitspflicht und den Arbeitgeber von seiner Lohnzahlungspflicht befreien[97]. Behördliche Kontingentierungen von Energie oder Netzabschaltungen, die zur Folge haben könnten, dass der einzelne Arbeitnehmer nicht mehr an seinen eigenen Arbeitsplatz gelangen kann (z.B. Ausfall von öffentlichen Verkehrsmitteln[98]), können somit unter einen objektiven Verhinderungsgrund subsumiert werden, welcher eine Vielzahl von Menschen betrifft, in die Risikosphäre des Arbeitnehmers fällt und dementsprechend eine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin ausschliesst.

Zweitens ist die Arbeitgeberin zur Lohnfortzahlung gemäss Art. 324 OR verpflichtet, wenn die Arbeit infolge Verschuldens der Arbeitgeberin nicht geleistet werden kann oder sie aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug gerät. Ist die nachträgliche Unmöglichkeit der Arbeitsleistung von keiner Partei zu vertreten, so ist das entscheidende Kriterium, ob der Grund für den Wegfall der Arbeitsleistung der Risikosphäre der Arbeitgeberin zugeordnet werden kann oder sich ausserhalb ihres Einflussbereiches befindet (sog. *Sphärentheorie*)[99]. Betrifft ein Ereignis nämlich die Risikosphäre der Arbeitgeberin, so gelangt diese in Arbeitgeberverzug und der Lohn ist gemäss Art. 324 OR auch ohne Verschulden der Arbeitgeberin weiterhin geschuldet. Insbesondere Betriebsstörungen, wie beispielsweise Störungen betriebstechnischer Art (Ausfallen der Heizung, Unterbrechung der Energieversorgung), wirtschaftlicher Art (Produktionseinstellung aufgrund mangelnder Auftragslage, Rohstoffmangel oder Liquidationsengpässe der Arbeitgeberin) oder behördlicher Art (staatliches Herstellungsverbot, Entzug der gewerbepolizeilichen Bewilligung, Arbeitsruhe wegen Landestrauer) fallen grundsätzlich in das *wirtschaftliche Risiko der Arbeitgeberin*[100].

Während der Pandemie war es umstritten, ob die *behördliche Schliessung eines Betriebes* in die Risikosphäre der Arbeitgeberin (Betriebsrisiko) oder in die Risikosphäre des Arbeitnehmers fällt[101]. Wird eine behördliche Schliessung als Teil des Unternehmerrisikos angesehen, stellen auch die Auswirkungen von Betriebsstörungen behördlicher Art ein Betriebsrisiko dar und der Lohn ist gemäss Art. 324 Abs. 1 OR durch die Arbeitgeberin weiter geschuldet.

In Bezug auf die Energiekrise sind verschiedene Szenarien auseinander zu halten. Entscheidet die Arbeitgeberin beispielsweise aufgrund der gestiegenen Energiepreise, ihren Betrieb für eine Zeit lang zu

95 Rehbinder/Stöckli (Fn. 43), Art. 324a OR N 11; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 324a OR N 6; Flück Nathalie, Das Betriebsrisiko im Arbeitsverhältnis, Zürich/St.Gallen 2021, S. 28.

96 Rehbinder/Stöckli (Fn. 43), Art. 324a OR N 11; Staehelin Adrian, in: Peter Gauch/Jörg Schmid (Hrsg.), ZK – Zürcher Kommentar, Der Arbeitsvertrag, Art. 319–330a OR, Zürich 2006, Art. 324a OR N 21; Arbeitsgericht Zürich, Urteil vom 20.03.1981, in SJZ 1981, S. 234-236; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 324a OR N 6.

97 Staehelin (Fn. 96), Art. 324a OR N 21; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 324a OR N 6.

98 So auch in Bezug auf die Covid-19-Pandemie Geiser Thomas/Müller Roland/Pärli Kurt, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Jusletter vom 23.03.2020, N 3.1.5.

99 Urteil des Bundesgerichts 4A_291/2008 vom 02.12.2008 E. 3.2; Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 324 N 4; Staehelin (Fn. 57), Art. 324 OR N 10.

100 Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 324 OR N 5; Rehbinder/Stöckli (Fn. 43), Art. 324 OR N 39; so auch Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), FAQ zum privaten Arbeitsrecht, Was gilt, wenn der Arbeitnehmer aus anderen Gründen an der Arbeitsleistung verhindert ist?, abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch.

101 Zusammenfassend zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen im Zusammenhang mit Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bei behördlicher Schliessung während der Covid-19-Pandemie: Entscheid des St. Galler Kantonsgerichts vom 08.12.2022, BO.2021.36/37/38, E. 4.b/aa) f.; der diesbezügliche Entscheid des Bundesgerichts und die Medienmitteilung des Bundesgerichts: Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 30. August 2023 zu BGer 4A_53/2023 (noch nicht veröffentlicht); Betriebsrisiko bejahend: Geiser/Müller/Pärli (Fn. 98), N 22 und 40 f.; Pärli/Eggmann (Fn. 50), N 35 ff.; Geiser Thomas, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 2020, S. 545 ff., 550 f.; Schwaab (Fn. 94), Ziff. 2; Betriebsrisiko verneinend: Wildhaber (Fn. 4), S. 168; Dunand/Wyler (Fn. 51), S. 4; Pietruszak Thomas, Lockdown und Lohnfortzahlung, in: Jusletter vom 14.04.2020, N 34 ff.

schliessen oder nicht mehr aufrecht zu erhalten, so ist die Arbeitgeberin nicht von der Lohnfortzahlungspflicht gemäss Art. 324 OR befreit. Der Mangel an Rohstoff, welcher die Nachfrage steigen lässt und die Preise in die Höhe treibt, sowie die gestiegenen Produktionskosten stellen ein wirtschaftliches Risiko der Arbeitgeberin dar, das in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt und somit durch sie zu tragen ist. Dass die steigenden Energiepreise eine Existenzbedrohung für die Arbeitgeberin darstellen können, ist in diesem Zusammenhang nicht als Ausnahme zur Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin zu betrachten[102].

Die entscheidende Frage bei den zwei Ausnahmen zum Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» ist, ob die *behördlichen Kontingentierungen von Energie oder Netzabschaltungen in die Risikosphäre eines Unternehmens fallen*, oder ob sie ein Ereignis darstellen, welches sich gänzlich ausserhalb des Einflussbereichs eines Unternehmens befindet. Ein Blick über die Grenze auf einen Entscheid des deutschen Bundesarbeitsgerichts zeigt, dass es Sinn macht, sich zu fragen, ob sich bei einer behördlichen Betriebsschliessung die «Eigenart des Betriebes bzw. ein im Betrieb angelegtes Risiko» verwirklicht[103]. In diesem Sinne soll die Arbeitgeberin nicht für sämtliche Lebensrisiken aufkommen müssen, welche nicht der Risikosphäre des Arbeitnehmers zugeordnet werden können[104]. So ist auch der Auffassung zu folgen, dass allgemeine Gefahrenlagen wie Kriege oder Terroranschläge, aber auch höhere Gewalt oder Zufall, nicht pauschal in das Betriebsrisiko der Arbeitgeberin fallen, sondern im Einzelfall zugeordnet werden müssen[105]. Genauso wenig fallen allgemeine Kontingentierungen oder Netzabschaltungen zum Zwecke des allgemeinen Stromsparens pauschal in das konkrete Betriebsrisiko einer Arbeitgeberin. Bei einer Schliessung von ausschliesslich energieintensiven Betrieben hingegen, welche durch die Eigenart ihres Betriebes mit einem solchen Risiko zu rechnen haben, ist hingegen der Lohn weiter geschuldet[106]. Je weiter sich der Kreis der behördlichen Kontingentierungen oder Netzabschaltungen ausdehnt, desto eher stellen die behördlichen Massnahmen eine Verwirklichung eines allgemeinen Lebensrisikos und nicht eines spezifischen Betriebsrisikos dar. Ein Betriebsrisiko muss also für das einzelne Unternehmen nicht nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit vorhersehbar, sondern auch durch konkrete Rückstellungen bzw. entsprechendes Risikomanagement einkalkulierbar sein.

7. Anordnung von Kurzarbeit

Im Zusammenhang mit der Energiekrise stellt sich die Frage, ob Arbeitgeberinnen die Möglichkeit haben, eine *Kurzarbeitsentschädigung* zu beantragen, um Arbeitsausfällen infolge behördlicher Kontingentierungen, Netzabschaltungen oder bei massiv steigenden Energiepreisen entgegenwirken zu können.

Eine Kurzarbeitsentschädigung steht grundsätzlich den Arbeitgeberinnen zur Verfügung, wenn sie die Anspruchsvoraussetzungen gemäss Arbeitslosenversicherungsgesetz erfüllen (Art. 31 Abs. 1 AVIG). Kurzarbeit muss dabei voraussichtlich vorübergehend und unvermeidbar sein, um die betroffenen Arbeitsplätze erhalten zu können[107]. Das SECO stellte bereits im Oktober 2022 klar, dass auch bei Arbeitsausfällen infolge der massiv steigenden Energiepreise oder behördlicher Massnahmen ein *Anspruch auf eine*

[102] In Deutschland etwa gilt die Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz als Ausnahme des Betriebsrisikos, was zu keiner Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin führt; siehe hierzu auch ausführlich Pärli/Eggmann (Fn. 50), N 39 ff.; so auch Flück (Fn. 95), S. 64 ff.

[103] Urteil des Bundesarbeitsgerichts (BAG), 5 AZR 211/21 vom 13.10.2021; Juris Magazin, Coronavirus & Arbeitsrecht: die 12 wichtigsten Fragen, abrufbar unter: https://www.juris.de/jportal/nav/services/juris-magazin/coronavirus-arbeitsrecht/index.jsp.

[104] Das Bundesgericht hält in diesem Sinne in einer Medienmitteilung zu einem noch unveröffentlichten Urteil (in Bezug auf die Covid-19-Pandemie und der Verneinung einer diesbezüglichen Lohnfortzahlungspflicht durch die Arbeitgeberin) fest, dass der Gesetzgeber offensichtlich nicht jedes Risiko, das nicht den Arbeitnehmer betreffe, ohne weiteres der Arbeitgeberin aufbürden wolle; siehe Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 30. August 2023 zu BGer 4A_53/2023, S. 2.

[105] So auch Pietruszak (Fn. 101), N 23; Dunand/Wyler (Fn. 51), S. 4; a.M. Streiff/von Kaenel/Rudolph (Fn. 42), Art. 324 OR N 5 und N 7 sowie Art. 324a OR N 6, welche auch im Fall von Naturkatastrophen, Kri[illegible]Ä. den Lohnanspruch des Arbeitnehmers befürworten.

[106] Gleicher Ansicht: Thüsing Gregor/Bleckmann Lena, BB 2022, Heft 48, Von der Coronapandemie zur Energiekrise – Betriebsschliessungen und die Frage des Betriebsrisikos, S. I, abrufbar unter https://betriebs-berater.com/16284/2022/bb_2022_48_b4/.

[107] Siehe Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG (Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (SR 837.0)).

Kurzarbeitsentschädigung entstehen kann[108]. Die Kurzarbeitsentschädigung setzt aber voraus, dass ausserordentliche Umstände zu den Arbeitsausfällen führen, welche nicht in das normale Betriebsrisiko fallen[109]. So ist ausführlich darzulegen, wie sich die aktuelle Energiemarktlage konkret auf die Auftragslage des Betriebs oder der jeweiligen Betriebsabteilung auswirkt, und weshalb der Arbeitsausfall nicht vermieden werden kann[110]. Erst wenn eine Arbeitgeberin alle zumutbaren Massnahmen ergriffen hat, um Arbeitsausfälle zu vermeiden, und dennoch Kündigungen drohen, kann Kurzarbeitsentschädigung aus wirtschaftlichen Gründen gewährt werden[111].

Unklar war zunächst, ob Arbeitsausfälle aufgrund von Energiepreissteigerungen als unvermeidbar und demzufolge zum normalen Betriebsrisiko gehörend eingeschätzt werden können[112]. Das SECO präzisierte in seinem Merkblatt vom November 2022, dass für die Beurteilung der *Unvermeidbarkeit und Ausserordentlichkeit eines Arbeitsausfalles* neben der Energiepreissteigerung unter anderem drei Komponenten massgebend seien: (1) die Energieintensität des Unternehmens bei Unternehmen, die sich auf dem freien Markt mit Strom/Energie eindecken, (2) deren vertragliche Situation und (3) die Möglichkeit der Weitergabe der gestiegenen Energiekosten[113]. Ausserdem hielt das SECO fest, dass Unternehmen in energieintensiven Branchen und insbesondere solche im freien Strommarkt grundsätzlich stärker von den Energiepreissteigerungen als andere Unternehmen betroffen sind[114]. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob je nach vertraglicher Situation die betrieblichen Aufwände für die Energiebeschaffung höher oder tiefer als im freien Strommarkt ausfallen[115]. So ist entscheidend, inwiefern ein Unternehmen die Energiekosten an seine Kunden weitergeben kann[116]. Die drei Komponenten sind gemäss SECO im gesamten Kontext des Unternehmens bei der Prüfung um Kurzarbeitsentschädigung zu berücksichtigen[117]. Die Kurzarbeitsentschädigung steht beim alleinigen Hinweis auf eine Steigerung der Energiepreise oder bei einer freiwilligen Produktionsreduktion aus Rentabilitätsgründen durch das Unternehmen grundsätzlich nicht zur Verfügung[118].

IV. Fazit

Eine Energiemangellage zeichnete sich im letzten Winter 2022/2023 nicht ab. Wegen des wärmsten Oktobers seit über 100 Jahren konnten Strom, Erdgas und Erdöl gegen Ende 2022 eingespart werden[119]. Dennoch bleibt die Problematik aufgrund der angespannten geopolitischen Lage und der weiterhin knappen Ressourcen auch für den bevorstehenden *Winter 2023/2024* bestehen.

Für Unternehmen besteht die grosse Schwierigkeit, sich auf eine mögliche Energiemangellage adäquat vorzubereiten, ohne im Detail zu wissen, was sie genau erwarten wird. Im Unterschied zur Covid-19-Krise ist der Gesetzgeber aber bereits im Vorfeld tätig geworden und auch auf Druck der Wirtschaft bemüht, *Gesetzestexte für eine mögliche Energiekrise* vorzubereiten. Dadurch können Unternehmen ihre Kosten für Vorbereitungsmassnahmen oder Kosten für Prozessanpassungen im Hinblick auf eine Energiekrise besser abschätzen. Vor diesem Hintergrund scheinen auch Bemühungen von Startups, auf eine verlässliche Datenlage zugreifen zu können und eine Nachverfol-

[108] Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Merkblatt «Kurzarbeitsentschädigung im Kontext der aktuellen Energiemarktlage: Merkblatt für Betriebe», Bern Oktober 2022, abrufbar unter: https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/menue/unternehmen/versicherungsleistungen/kurzarbeitsentschaedigung/kae-energie.html, S. 1.

[109] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 1.

[110] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 1.

[111] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 1.

[112] So auch kritisiert vom Schweizerischen Arbeitgeberverband: Kurzarbeitsentschädigung in der Energiemangellage des Schweizerischen Arbeitgeberverbandes vom 6.10.2022, abrufbar unter: https://www.arbeitgeber.ch/arbeitsmarkt/kurzarbeitsentschaedigung-in-der-energiemangellage/.

[113] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 1.

[114] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 1 f.

[115] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 1 f.

[116] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 2.

[117] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 2.

[118] SECO, Kurzarbeitsentschädigung Energiemarktlage (Fn. 108), S. 2.

[119] Meteo Schweiz vom 31.10.2022, So warm wie noch nie im Oktober, abrufbar unter: https://www.srf.ch/meteo > Meteo-Stories > Monatsrückblick Oktober 2022.

gung des eigenen, tagesaktuellen Energieverbrauchs in Echtzeit herzustellen, essenziell[120].

Die Auseinandersetzung mit einer möglichen Energiekrise wurde von Parlament und Wirtschaft also bereits im Vorfeld mehr thematisiert als bei der Covid-19-Pandemie. Es bestehen aber weiterhin noch *viele Unsicherheiten*. Die Covid-19-Pandemie hat gezeigt, dass es auf juristischer Ebene Unklarheiten gibt, wie eine solche Ausnahmesituation zu berücksichtigen ist. So ist insbesondere der wichtigen Frage, ob eine Energiemangellage in das Betriebsrisiko der Arbeitgeberin zu fallen hat, in Bezug auf eine Lohnfortzahlungspflicht grosse Beachtung zu schenken.

Um sich als Arbeitgeberin optimal auf eine Energiekrise vorbereiten zu können, ist deshalb *ein Blick in die bestehenden Arbeitsverträge und Prozessabläufe* wichtig. Es muss insbesondere in Bezug auf eine Überstundenkompensation, Betriebsferien während den Wintermonaten oder eine Entschädigung von Energiekosten im Homeoffice die notwendige Flexibilität und die diesbezügliche Möglichkeit einer einseitigen Anordnung der Arbeitgeberin vorhanden sein, um in einer Energiemangellage nicht in eine finanzielle Notlage zu geraten.

[120] Vonplon David, Was tun, wenn der Strom knapp wird: Auf die Aufzüge verzichten oder die Cafeteria schliessen?, NZZ vom 20.12.2022, abrufbar unter: https://www.nzz.ch/schweiz/energiekrise-was-tun-wenn-der-strom-knapp-wird-ld.1717108?reduced=true; kritisiert auch von economiesuisse, Newsticker vom 14.12.2022, abrufbar unter: https://www.economiesuisse.ch/de/artikel/energieticker.