

Arbeitsgericht Zürich

3. Abteilung



Geschäfts-Nr.: AH210123-L/U

Mitwirkend: Ersatzrichterin Dr. Th. Oertli als Einzelrichterin,
Gerichtsschreiberin MLaw D. Ferreira de Oliveira

Urteil vom 14. Februar 2022

in Sachen

[REDACTED]
[REDACTED]
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED] Zürich

gegen

[REDACTED]
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED] Zürich

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 11'266.65 (brutto) zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Februar 2021 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.

Unter Entschädigungsfolgen zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zulasten der Beklagten."

Erwägungen:

I. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 28. September 2021 (Datum Eingang) machte die Klägerin die vorliegende Klage mit dem eingangs erwähnten Rechtsbegehren am hiesigen Gericht anhängig (act. 1). Die Klagebewilligung des Friedensrichteramtes der Stadt Zürich, Kreise 1 + 2, datiert vom 23. Juni 2021 (act. 3). Die dreimonatige Frist zur Klageeinreichung gemäss Art. 209 Abs. 3 ZPO wurde gewahrt. Mit Verfügung vom 30. September 2021 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung einer schriftlichen Stellungnahme zur Klage angesetzt (act. 6). Innert erstreckter Frist reichte die Beklagte mit Eingabe vom 28. Oktober 2021 eine schriftliche Stellungnahme zur Klage ein (act. 11). An der Hauptverhandlung vom 25. Januar 2022 erstatteten die Parteien ihre Parteivorträge (Prot. S. 4 ff.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 ZPO).

II. Unbestrittener Sachverhalt und Prozessgegenstand

1. Sachverhalt

1.1. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in [REDACTED], welche gemäss Handelsregisterauszug die Führung, Beratung und Verwaltung von eigenen oder im Management oder in Pacht übernommenen Betrieben der Hotellerie und Touristik, insbesondere von Hotels und Restaurants, bezweckt.

1.2. Die Klägerin trat per 8. September 2020 als Event Koordinatorin in die Dienste der Beklagten ein. Gemäss Arbeitsvertrag, welcher dem L-GAV für das

Gastgewerbe untersteht, vereinbarten die Parteien eine Vollzeitanstellung im [REDACTED] [REDACTED] n Zürich zu einem einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 5'633.33, sich zusammensetzend aus einem Festlohn in der Höhe von Fr. 5'200.– und einem monatlichen Anteil am 13. Monatslohn in der Höhe von Fr. 433.33. Der monatliche Nettolohn betrug Fr. 4'253.35. Zudem vereinbarten die Parteien eine Kündigungsfrist von zwei Monaten nach Beendigung der zweimonatigen Probezeit (act. 5/3).

1.3. Ab dem 22. Dezember 2020 sah sich die Beklagte aufgrund der geltenden Covid-19-Verordnung gezwungen, ihren Restaurationsbetrieb im [REDACTED] [REDACTED] zu schliessen, und konnte der Klägerin daher ab diesem Zeitpunkt keine Arbeit mehr zuweisen (act. 1 Rz. 13; act. 11 Rz. 10).

1.4. Mit Schreiben vom 23. Dezember 2020 kündigte die Klägerin das Arbeitsverhältnis ordentlich per 28. Februar 2021 (act. 5/5).

1.5. In der Folge zahlte die Beklagte der Klägerin den Lohn bis Ende Dezember 2020 aus. Bezüglich der Lohnforderungen der Klägerin für die Monate Januar und Februar 2021 teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 2. Februar 2021 im Wesentlichen mit, dass sie ihr für die Monate Januar und Februar 2021 keinen Lohn bezahlen könne, da die Klägerin während der Kündigungsfrist keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe und aufgrund des Lockdowns auch nicht arbeiten könne, wie dies in einer normalen Situation der Fall gewesen wäre. Gleichzeitig verwies die Beklagte in ihrem Schreiben auf einen Auszug aus dem Fragenkatalog des Gastrosuisse Rechtsdienstes, welcher wie folgt zitiert wurde (act. 5/6):

"Mitarbeiter in gekündigten Arbeitsverhältnissen haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Welcher Lohn ist während der Kündigungsfrist zu bezahlen?"

Grundsätzlich ist der Lohn während der Kündigungsfrist zu 100% geschuldet. Eine Ausnahme besteht dann, wenn die Behörde die komplette Schliessung anordnet. In diesem Fall besteht eine objektive Unmöglichkeit, die Arbeit auszuführen oder aus Sicht des Arbeitgebers, die Arbeit anzunehmen. Da die Schliessung nicht in den Risikobereich des Arbeitgebers fällt, besteht kein Annahmeverzug seinerseits. Zugleich

ist der Mitarbeiter nicht subjektiv, also aus einem Grund, welcher in seiner Person liegt, an der Arbeit verhindert. Deshalb gilt der Grundsatz "ohne Arbeit, kein Lohn".

1.6. Daraufhin teilte die Klägerin der Beklagten mit Schreiben vom 10. Februar 2021 mit, dass sie jederzeit bereit gewesen wäre, die Arbeit oder allfällige andere Arbeiten zu verrichten, und es die Pflicht der Arbeitgeberin sei, das Betriebsrisiko zu tragen, weshalb sie die Auszahlung des ausstehenden Lohns für den Monat Januar 2021 fordere und für eine einvernehmliche Lösung bezüglich des Lohns für den Monat Februar 2021 zur Verfügung stünde. Gleichzeitig wies die Klägerin die Beklagte mit ihrem Schreiben darauf hin, dass der von der Klägerin erwähnte Absatz des Gastrosuisse Rechtsdienstes nur unvollständig zitiert worden sei. Dieser sei nämlich mit folgendem Satz beendet worden (act. 5/7):

"Ob dieses Vorgehen gerichtlich in jedem Fall gestützt würde, ist allerdings umstritten."

1.7. Mit E-Mail vom 10. Februar 2021 erklärte die Beklagte der Klägerin im Wesentlichen, an ihrer bereits geäusserten Auffassung festzuhalten und keine Zahlungen zu leisten, für die es ihrer Ansicht nach keine rechtliche Grundlage gebe (act. 5/8).

1.8. In der Folge forderte die Klägerin die Beklagte mit Schreiben vom 24. Februar 2021 dazu auf, ihr den ausstehenden Lohn für die Monate Januar und Februar 2021 im Gesamtbetrag von Fr. 11'266.65 brutto zuzüglich 5% Zins seit 1. Februar 2021 zu bezahlen (act. 5/9).

2. Prozessgegenstand

Zwischen den Parteien ist strittig, ob die mit dem am 18. Dezember 2020 per 22. Dezember 2020 behördlich angeordneten Verbot des Betriebs von Restaurationsbetrieben (Covid-19-Verordnung besondere Lage. Massnahmenverschärfung Dezember, AS 2020 S. 5813) einhergehende Arbeitsverhinderung der Klägerin in die Risikosphäre der Arbeitgeberin resp. der Beklagten fällt und die Beklagte der Klägerin dementsprechend den ausstehenden Lohn für die Monate Januar und Februar 2021 im Umfang von Fr. 11'266.65 brutto zuzüglich Verzugszins zu bezahlen hat.

III. Zur Lohnforderung (Annahmeverzug)

1. Parteibehauptungen und -standpunkte

1.1. Klägerin

1.1.1. Die Klägerin macht zunächst geltend, dass der Bundesrat in der Covid-19-Verordnung nicht eine komplette Schliessung der Restaurationsbetriebe angeordnet habe, weshalb es der Beklagten ohne weiteres möglich gewesen sei, den Kunden ein Take-away Angebot zur Verfügung zu stellen, wie dies von vielen Restaurants auch gemacht worden sei. Im Rahmen des Take-away Angebotes hätte die Klägerin von der Beklagten auch beschäftigt werden können (act. 1 Rz. 20).

1.1.2. In rechtlicher Hinsicht bringt die Klägerin sodann vor, dass die Schliessung des Betriebs auf behördliche Anordnung hin nach der herrschenden Lehre zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehöre. Der Arbeitgeber befinde sich im Annahmeverzug nach Art. 324 OR und bleibe zur Lohnfortzahlung verpflichtet (act. 1 Rz. 21). Aus diesem Grund schulde ihr die Beklagte den Bruttolohn für die Monate Januar und Februar 2021 im Gesamtbetrag von Fr. 11'266.65 zuzüglich 5% Verzugszins seit 1. Februar 2021 (act. 1 Rz. 22).

1.1.3. Anlässlich der Hauptverhandlung liess die Klägerin ausführen, sie habe ihre Arbeitsleistung für die Monate Januar und Februar 2021 ordnungsgemäss angeboten. Letztmals mit Schreiben vom 10. Februar 2021, als sie der Beklagte mitgeteilt habe, dass sie grundsätzlich jederzeit willig und fähig sei bzw. gewesen sei die Arbeit (oder allfällige andere Arbeiten) zu verrichten, sollten jene von ihr gefordert werden. In der Antwort vom 11. Februar habe die Beklagte diese Ausführungen nicht bestritten (act. 17 Rz. 6). In Ergänzung liess die Klägerin ausführen, ihr sei im Betrieb der Beklagten kurz vor Weihnachten mitgeteilt worden, dass sie nicht mehr zur Arbeit zu erscheinen habe, weil die Beklagte den Betrieb schliessen müsse. Die Beklagte würde sich bei ihr melden, sobald der Betrieb weitergehe. Die Klägerin habe der Beklagten bereits damals mitgeteilt, dass sie weiterarbeiten möchte und auch weiterarbeiten müsse, weil sie auf den Lohn angewiesen sei (Prot. S. 10).

1.1.4. Der Dienstantritt der Klägerin im Hotel [REDACTED] sei am 1. März 2021 gewesen. Als Beleg reichte die Klägerin ein Bestätigungsschreiben

des Geschäftsführers [REDACTED] ins Recht, wonach der Dienstantritt der Klägerin als Betriebsassistentin im [REDACTED] Hotel [REDACTED] am 1. März 2021 begonnen habe (act. 19/10). Die Klägerin habe in den Monaten Januar und Februar 2021 keine Arbeit gehabt und keinen Lohn erzielt (act. 17 Rz. 7). Die Klägerin bestritt an der Hauptverhandlung, dass sie vor Ende März 2021 [richtig wohl: Ende Februar 2021, vgl. act 5/7] ins Engadin umgezogen sei. Sie habe in dieser Zeit noch eine Ausbildung zur Gastro-Betriebsleiterin absolviert und sei in den Monaten Januar und Februar 2021 keiner anderen Tätigkeit nachgegangen. Sie haben den Lehrgang besucht und noch in Zürich gewohnt, womit es ihr unmöglich gewesen sei, im Engadin eine weitere Arbeitsstelle zu finden (Prot. S. 10).

1.1.5. In der Lehre fänden sich zur Frage, ob eine Schliessung des Betriebs auf behördliche Anordnung wegen einer Epidemie zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers zähle oder nicht, zwei gegenteilige Auffassungen. Der Aufsatz von THOMAS PIETRUSZAK im Jusletter vom 14. April 2020 stütze die Auffassung der Beklagten. Dieser argumentiere im Wesentlichen mit Art. 91 OR. Es sei danach zu fragen, ob es sich – in der Terminologie des Art. 91 OR – um einen persönlichen Grund auf Seiten des Arbeitgebers oder um einen objektiven Grund handle. Ersterer falle in das Betriebsrisiko des Arbeitgebers, letzterer nicht. Eine Lehrmeinung oder einen Gerichtsentscheid, die seine Auffassung stützen würden, zitiere er bezeichnenderweise nicht. PIETRUSZAK sei entgegenzuhalten, dass vorliegend Art. 324 OR und Art. 324a OR als *lex specialis* Art. 91 OR vorgehen würden. Art. 324 OR sei namentlich ein Ausnahmefall gemäss Art. 119 Abs. 3 OR. Die Lösung müsse über die einschlägigen Bestimmungen zum Arbeitsrecht gefunden werden und nicht über Art. 91 OR (act. 17 Rz. 8 ff.). Die andere Meinung in der Lehre werde unter anderem von KURT PÄRLI und JONAS EGGMANN im Aufsatz "Corona und die Arbeitswelt" im Jusletter vom 8. Februar 2021 vertreten. Diese hielten zusammenfassend und zutreffend – in Übereinstimmung mit weiteren Lehrmeinungen – fest, dass behördlich angeordnete Betriebsschliessungen zum Betriebsrisiko zählten (act. 17 Rz. 16 ff.).

1.1.6. Die Rechtsprechung des Arbeitsgerichts im Zusammenhang mit dem Wegfall der Kinderbetreuungsmöglichkeit einer Arbeitnehmerin wegen der Schliessung der Kinderkrippe infolge Schweinegrippe helfe für die vorliegende Frage nicht wei-

ter. Der von der Beklagten eingereichte Entscheid des deutschen Bundesarbeitsgerichts vom 13. Oktober 2021 (act. 13/1) helfe ebenfalls nicht weiter (act. 17 Rz. 20 f.). Dem Urteil sei sodann eine Allgemeinverfügung der Stadt Bremen zugrunde gelegen, die pauschal allen Betrieben die Öffnung untersagt habe, einfach um soziale Kontakte zu reduzieren. Die Klägerin in diesem Entscheid habe denn auch nicht in einem Restaurant, sondern in einem Nähmaschinen-Geschäft gearbeitet (act. 17 Rz. 23).

1.1.7. Der Bundesrat habe in Ziffer 5a der Covid-Verordnung besondere Lage vom 18. Dezember 2020 nicht generell alle Geschäfte geschlossen, sondern nur den Betrieb von Restaurations-, Bar-, und Clubbetrieben sowie von Diskotheken und Tanzlokalen verboten. Dies weil von diesen Betrieben eine besondere Infektionsgefahr ausgehe. Wenn nun die Behörden spezifisch die Schliessung von Betrieben verlangten, von denen eine besondere Infektionsgefahr ausgehe, dann verwirkliche sich insoweit das Betriebsrisiko und nicht ein allgemeines Lebensrisiko (act. 17 Rz. 24).

1.1.8. Durch die Verordnung sei die Beklagte verpflichtet worden, ihren Betrieb zu schliessen und es sei nicht etwa der Klägerin verboten worden, weiterhin ihre Arbeit auszuführen. Die Anordnung richte sich an die Beklagte und falle damit in ihr Betriebsrisiko (act. 17 Rz. 22).

1.1.9. Es werde der Klägerin seitens der Beklagten vorgeworfen, sie handle rechtsmissbräuchlich. Es sei richtig, dass die Klägerin gekündigt habe. Sie habe mit der Kündigung lediglich ein ihr vertraglich zustehendes Recht ausgeübt und es könne nicht rechtsmissbräuchlich sein, wenn eine Person ein ihr zustehendes Recht ausübe, das mit der Gegenseite so vereinbart worden sei (Prot. S. 10).

1.2. Beklagte

1.2.1. Die Beklagte bringt zunächst vor, dass die Gründe, welche die Klägerin zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses bewogen hätten, ausschliesslich im privaten Umfeld lägen, also nichts mit dem Arbeitsverhältnis zu tun hätten. Dieser Umstand würde die sich in diesem Prozess stellenden Rechtsfragen wesentlich beeinflussen (act. 11 Rz. 11). Weiter bringt die Beklagte vor, dass ihr entgegen der Auffassung

der Klägerin nicht ohne weiteres möglich gewesen sei, den Kunden ein Take-away Angebot zur Verfügung zu stellen. Sie habe in ihrer bald zwanzigjährigen Geschäftstätigkeit im [REDACTED] noch nie ein Take-away Angebot geführt. Nebst einem gepflegten Mittag- und Abendservice sei das [REDACTED] vor allem als Bankettbetrieb bekannt und geschätzt (act. 11 Rz. 16 und Rz. 17). Der Umsatz des [REDACTED] werde zu 75-80% mit Banketten erzielt, die anlässlich von Hochzeiten, Familienfeiern und Firmenanlässen organisiert würden. Es würden über 1'000 Anlässe resp. Bankette pro Jahr stattfinden. Nur etwa ein Anteil von 15-20% entfalle auf das À-la-carte-Geschäft, das heisse auf die Leute, die kommen und dort essen würden. Auch von den vergleichbaren Betrieben im Umfeld des [REDACTED] habe niemand ein Take-away Angebot eingeführt. Man könne die Küche des [REDACTED] nicht für Take-away aufrechterhalten (Prot. S. 8 f.). Falsch sei sodann die klägerische Feststellung, dass der Bundesrat keine komplette Betriebsschliessung angeordnet habe. Richtig sei indes, dass die Gastronomiebetriebe ab dem 22. Dezember 2020 zur kompletten Schliessung verpflichtet worden seien. Die Beklagte habe die Klägerin sodann auch nicht beschäftigen können, da die Klägerin gemäss Ziffer 1 lit. b des Arbeitsvertrags vom 7. August 2020 als Event-Koordinatorin eingestellt worden sei. Der Event- und Bankettbetrieb und damit sämtliche Veranstaltungen seien mit Wirkung ab 22. Dezember 2020 behördlich verboten worden. Die bereits reservierten Bankette hätten allesamt annulliert werden müssen (act. 11 Rz. 17).

1.2.2. In rechtlicher Hinsicht macht die Beklagte geltend, dass es unzutreffend sei, dass eine behördlich angeordnete Betriebsschliessung gemäss herrschender Lehre zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehöre und damit zu einem Annahmeverzug führe. In der tatsächlich massgebenden und vor allem überzeugenden Lehre und auch gemäss bereits ergangenen Gerichtsurteilen stehe fest, dass bei einem staatlich verfügten allgemeinen Lockdown zur Bekämpfung der Corona-Pandemie das Risiko des Arbeitsausfalls nicht vom Arbeitgeber zu tragen sei und dieser deshalb auch nicht dazu verpflichtet sei, den Beschäftigten Lohnleistungen unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zu zahlen. Der oberste Arbeitsgerichtshof in Deutschland habe am 13. Oktober 2021 in einem analogen Fall ein

bedeutsames Urteil gefällt. Der wesentliche Inhalt dieses Urteils laute wie folgt (act. 11 Rz. 18; act. 13/1):

"Die Klägerin hat für den Monat April 2020, in dem ihre Arbeitsleistung und deren Annahme durch die Beklagte aufgrund der behördlich angeordnete Betriebsschließung unmöglich war, keinen Anspruch auf Entgeltzahlung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs. Der Arbeitgeber trägt auch nicht das Risiko des Arbeitsausfalls, wenn – wie hier – zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von SARS-CoV-2-Infektionen durch behördliche Anordnung in einem Bundesland die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden. In einem solchen Fall realisiert sich nicht ein in einem bestimmten Betrieb angelegtes Betriebsrisiko. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ist vielmehr Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage. Es ist Sache des Staates, gegebenenfalls für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile – wie es zum Teil mit dem erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld erfolgt ist – zu sorgen. Soweit ein solcher – wie bei der Klägerin als geringfügig Beschäftigter – nicht gewährleistet ist, beruht sie auf Lücken in dem sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem. Aus dem Fehlen nachgelagerter Ansprüche lässt sich jedoch keine arbeitsrechtliche Zahlungspflicht des Arbeitgebers herleiten."

1.2.3. Dieses Urteil sei zur Kenntnis zu nehmen und es sei ein analoger Fall, der da im Oktober 2021 mit interessanten und überzeugenden Argumenten entschieden worden sei. Zur Begründung werde ausgeführt, dass der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls nicht trage, wenn – wie auch im vorliegenden Fall – zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheiten infolge von SARS-CoV-2-Infektionen durch behördliche Anordnungen irgendwo in einem Bundesland oder flächendeckend die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und deshalb Einrichtungen geschlossen würden. Es sei eine staatliche Aufgabe, die nichts mit dem Privaten zu tun habe. Der Arbeitgeber sei einfach Adressat dieser behördlichen Anordnungen. Man könne auch sagen Opfer. Er sei quasi die Hilfsperson des Staates. Mit seinem konkreten Betrieb und mit seinem Risiko, das er in

vielen Fällen, aber eben nicht in allen Fällen zu tragen habe, habe das aber überhaupt nichts zu tun. Es liege in der Verantwortung und in der Kompetenz des Staates, so etwas anzuordnen und dann, wie dies im erwähnten Urteil richtigerweise gesagt werde, die Folgen dieser Anordnungen zu tragen. Diese habe nicht etwa der einzelne Arbeitnehmer oder der einzelne Arbeitgeber zu tragen. Wenn das Sozialversicherungsrecht in diesem Punkt Lücken aufweise, was auch für die Schweiz zutreffen könne, dann müssten diese Lücken nicht vom Arbeitgeber gefüllt werden, sondern eben vom Staat. Dieser habe ja gewisse Lücken gefüllt mit den Härtefallprogrammen, den Kurzarbeitsentschädigungen, den Erwerbsausfallsentschädigungen und, wenn alle Stricke reissen, mit den Sozialleistungen. Es sei aber nicht die Aufgabe des Betriebsinhabers bzw. des Arbeitgebers staatliche Fürsorgeleistungen oder Ersatzleistungen zu übernehmen (Prot. S. 6 f.).

1.2.4. Diese zutreffende Ansicht, dass in solchen Fällen keine Zahlungspflicht des Arbeitgebers bestehe, vertrete auch THOMAS PIETRUSZAK in seinem Aufsatz "Lockdown und Lohnfortzahlung" im Jusletter vom 14. April 2020. Dieser halte im erwähnten Aufsatz im Wesentlichen fest, dass die Verbote und Einschränkungen gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 und Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 objektive Gründe im Sinne von Art. 91 OR seien, die jedermann treffen würden. Arbeitgeber, die aufgrund von Art. 6 Abs. 1 und 2 und Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 ihren Betrieb einstellen müssten, würden sich gegenüber den betroffenen Arbeitnehmern nicht in Annahmeverzug befinden. Folglich sei der Tatbestand von Art. 324 Abs. 1 OR nicht erfüllt und damit auch keine Lohnfortzahlung geschuldet (act. 11 Rz. 18; act. 13/2).

1.2.5. Die Beklagte bringt weiter vor, die Klägerin spreche immer von Epidemie. Es sei aber keine Epidemie, sondern vielmehr eine Pandemie. Das sei ein qualitativer Unterschied. Das habe sich auch in der Diskussion und in der Kontroverse in der Versicherungsbranche gezeigt. Man habe immer gesagt: Wenn etwas nach den allgemeinen Bedingungen versichert sei, dann sei es eine Epidemie, also ein lokal bestehender Herd von Unwertbarkeiten. Die Versicherungen und auch die WHO hätten festgestellt, dass es eine Pandemie sei, also eine weltweite und nicht eine ortsbezogene Erscheinung. Mit Betriebsrisiko habe das gar nichts mehr zu tun. Der Begriff des Betriebsrisikos müsse sich schon auf den konkreten Betrieb beziehen

können. Dies sei zum Beispiel anzunehmen, wenn lebensmittelpolizeilich oder hygienetechnisch irgendetwas nicht mehr in Ordnung sei oder bei einem Blitzeinschlag in das konkrete Betriebsgebäude. Das könne mit einer Pandemie aber nicht verglichen werden und auch der Begriff des Betriebsrisikos werde diesem Umstand nicht mehr gerecht (Prot. S. 6).

1.2.6. Die Beklagte kommt zum Schluss, dass sie der Klägerin nichts mehr schulde, insbesondere nicht den für die Monate Januar und Februar 2021 geltend gemachten Lohn bzw. Lohnersatz im Gesamtbetrag von Fr. 11'266.65 (act. 11 Rz. 19).

1.2.7. Schliesslich bringt die Beklagte in Ergänzung ihrer bisherigen Ausführungen vor, dass die Klägerin nach der Kündigung ihren Wohnsitz ins Engadin nach [REDACTED] verlagert habe, womit sie ihr während der Kündigungsfrist gar nicht mehr zur Verfügung gestanden habe. Vielmehr sei anzunehmen, dass die Klägerin wohl spätestens ab Januar 2021 bereits im Hotel [REDACTED] gearbeitet habe. Dafür spreche, dass im gleichen Betrieb auch ihr Lebenspartner als Sous-Chef arbeite. Im Zeitraum des Lockdowns für Restaurants hätten sich die Hotelbetriebe, namentlich in den Bergregionen, bekanntlich sehr guter Frequenzen erfreuen können (act. 11 Rz. 20 und Prot. S. 5 f.). Die als Beilage 10 (act. 19/10) ins Recht gelegte Aussage von Herrn [REDACTED] wonach die Klägerin erst am 1. März 2021 die Arbeit in diesem Hotel aufgenommen haben soll, werde bestritten. Die Klägerin habe bereits vorher dort oder – wenn nicht in diesem Betrieb – in einem anderen Betrieb gearbeitet (Prot. S. 5). Es sei auch so, dass das Unternehmen nicht nur aus dem eigentlichen Hotel bestehe. Aus der eingereichten Bestätigung gehe nur hervor, dass die Klägerin am 1. März 2021 als Betriebsassistentin begonnen habe. Sie habe ja in der Zeit zwischen dem 1. Januar und dem 28. Februar 2021 auch in einer anderen Funktion als in derjenigen der Betriebsassistentin arbeiten können, etwa in einem angegliederten Betrieb (Prot. S. 11). Personal sei in den Hotelbetrieben in jener Phase willkommen gewesen und es sei zwingend anzunehmen, dass die Klägerin, wenn sie schon im Engadin gewohnt habe, sicher nicht zwei Monate nichts gemacht habe, sondern vielmehr an irgendeinem Ort gearbeitet habe. Andernfalls hätte sie den Anspruch – wenn sie einen solchen gehabt hätte – trotzdem verwirkt, nämlich wegen fehlender Erfüllung ihrer Schadensminderungspflicht (Prot. S. 5 f.).

Die Ausbildung zur Gastronomie-Betriebsleiterin habe die Klägerin tatsächlich absolviert aber im neuen Jahr 2021 sei es nur noch darum gegangen, Prüfungen abzulegen. Der Schulbesuch sei zu diesem Zeitpunkt bereits abgeschlossen gewesen. Hätte der Lehrplan sie an der Arbeitsleistung gehindert, hätte sie auch im Betrieb der Beklagten nicht mehr arbeiten können (Prot. S. 11).

1.2.8. An der Hauptverhandlung bestritt die Beklagte weiter, dass die Klägerin ihre Arbeitsleistungen für die Monate Januar und Februar 2021 ordnungsgemäss angeboten haben soll. Es treffe auch nicht zu, dass sie letztmals, sondern vielmehr erstmals mit Schreiben vom 10. Februar 2021 ihre Arbeitspflicht offeriert habe. Das sei nur deshalb gemacht worden, weil sie instruiert worden sei, dies zu tun, und kein ernsthaftes Arbeitsangebot gewesen. Selbst wenn es aber ein Arbeitsangebot gewesen wäre, dann wäre dieses zu spät erfolgt. Mit dem sofortigen Wegzug ins Engadin habe die Klägerin auch objektiv zum Ausdruck gebracht, dass gar nicht ernsthaft geprüft oder in Erwägung gezogen worden sei, weiterhin in Zürich für die Beklagte zu arbeiten (Prot. S. 4). Die Behauptung, dass vor Februar 2021 ein Gespräch stattgefunden und die Klägerin der Beklagten die Arbeit angeboten habe, werde bestritten (Prot. S. 11 f.).

1.2.9. Ebenfalls in ihrem Parteivortrag an der Hauptverhandlung machte die Beklagte schliesslich geltend, im umgekehrten Fall, wenn der Arbeitgeber gekündigt hätte, so hätte der Arbeitgeber den Umstand zu verantworten gehabt, dass die Voraussetzungen für den Erhalt von Kurzarbeitsentschädigungen verlustig gehen würden und zahlen müssen. Er würde der Arbeitnehmerin mit der von ihm ausgesprochenen Kündigung nämlich die Möglichkeit nehmen, Kurzarbeitsentschädigungen zu erhalten. Wie sei es aber im umgekehrten Fall? Die Klägerin habe im Wissen darüber gekündigt, dass die Kündigung dazu führe, dass die Kurzarbeitsentschädigung nicht mehr erhältlich sei. In diesem Fall müsse man auch B sagen und nicht nur A. Man müsse auch für die eigenen Handlungen in einem solchen Fall die Konsequenzen tragen. Es komme ja noch hinzu, dass es hier nicht um ein Arbeitsverhältnis mit einer Vertragsdauer von zehn bis 15 Jahren gehe, bei dem man sagen könnte, dass der Arbeitgeber aufgrund dieser schönen und erfolgreichen Geschichte im Sinne einer weit verstandenen Fürsorgepflicht der Arbeitnehmerin noch Lohn zu bezahlen habe. Hier sei das Arbeitsverhältnis kaum über die Probezeit

hinausgegangen. Das Arbeitsverhältnis habe etwa vier Monate lang gedauert und die Gründe, die zur Kündigung geführt hätten, seien private Gründe auf der Seite der Klägerin gewesen. Sie habe wahrscheinlich damals schon aufgrund ihrer Beziehung die feste Absicht gehabt, ins Engadin zu ziehen. Deshalb habe sie das Arbeitsverhältnis gekündigt. In einer solchen Situation vom Arbeitgeber Leistungen zu erwarten, ohne eine Gegenleistung erbringen zu können, gehe einfach nicht. Das habe neben diesen rechtlichen Ausführungen auch noch eine moralisch-ethische Komponente und eine Komponente des Rechtsmissbrauchs (Prot. S. 7 f.).

2. Rechtliches

2.1. Zum Lohnanspruch bei Annahmeverzug der Arbeitgeberin

2.1.1. Kann die Arbeitnehmerin die Arbeit infolge Verschuldens der Arbeitgeberin nicht leisten oder kommt letztere aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt sie gemäss Art. 324 Abs. 1 OR zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass die Arbeitnehmerin zur Nachleistung verpflichtet ist. Der in Art. 324 OR geregelte Annahmeverzug stellt eine Sonderregelung des Annahmeverzugs dar, die den allgemeinen Regeln über den Gläubigerverzug vorgeht und nicht zu einem verzugsrechtlichen Vertragsrücktritt berechtigt, wie dies nach Art. 95 OR der Fall wäre. Mit der Sonderregelung wird indes klargestellt, dass der Lohnanspruch der Arbeitnehmerin bei Annahmeverzug der Arbeitgeberin gewahrt bleibt und die Arbeitnehmerin die Arbeitsleistung nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachholen muss. Die Arbeitnehmerin muss sich aber gemäss Art. 324 Abs. 2 OR auf den Lohn anrechnen lassen, was sie wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (zum Ganzen BGE 116 II 142 E. 5b; Ullin STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, 2012, Art. 324 N 2 m.w.H.).

2.1.2. Keine entscheidende praktische Bedeutung kommt der Streitfrage zu, ob Art. 324 OR dogmatisch, obwohl ausdrücklich als *Annahmeverzug* bezeichnet, eher den Tatbestand einer nachträglichen Unmöglichkeit meint (im allgemeinen Teil in Art. 119 OR geregelt), da die Arbeitspflicht infolge der zeitlichen Festlegung ihrer

Teilleistungen eine nicht nachholbare Fixschuld darstellt (vgl. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 2 m.w.H.; BSK OR I-WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, Art. 324 N 5 m.w.H.)

2.1.3. Der Annahmeverzug der Arbeitgeberin setzt grundsätzlich voraus, dass die Arbeitnehmerin ihre Arbeitsleistung angeboten hat (BGE 135 III 349 E. 4.2). Die Pflicht zum Arbeitsangebot entfällt aber, wenn die Arbeitgeberin die Annahme der Arbeit ganz klar im Voraus abgelehnt hat, ebenso wenn feststeht, dass sie die Arbeit aus anderen Gründen nicht mehr annehmen wird (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 9 m.w.H.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324 N 3a m.w.H.).

2.1.4. Die Arbeitgeberin gerät in Gläubigerverzug, wenn sie die notwendigen Vorbereitungs- oder Mitwirkungshandlungen nicht vornimmt oder die von der Arbeitnehmerin korrekt angebotene Arbeit nicht annimmt. Die Arbeitgeberin kann gemäss Art. 324 Abs. 1 OR aber auch aus Gründen in Gläubigerverzug geraten, für die sie kein Verschulden trifft. Dies ergibt sich aus dem zweiten Teil des Absatzes 1 der Bestimmung. Denn während zunächst vom Verschulden der Arbeitgeberin die Rede ist, heisst es im zweiten Teil ausdrücklich "aus anderen Gründen". Immerhin müssen die Gründe, die zum Wegfall der Arbeitsleistung geführt haben, im weitesten Sinn aus der Risikosphäre der Arbeitgeberin stammen, das heisst zum sog. Betriebsrisiko (Wirtschaftsrisiko, Unternehmerrisiko) gehören. Dazu zählen Betriebsstörungen technischer Art (Unterbrechung der Energieversorgung, Maschinenschaden, Naturkatastrophe), wirtschaftlicher Art (Rohstoffmangel, Personalmangel, Auftragsmangel) oder behördlicher Art (staatliches Herstellungsverbot, Entzug einer Betriebsbewilligung, Ausbleiben einer Arbeitsbewilligung), wobei die Lage bei Zufall oder höherer Gewalt weniger eindeutig sein kann (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 2, 4 und 5 m.w.H.; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 324 N 4 m.w.H.; vgl. aber den Hinweis in BGer 4A_291/2008 vom 2. Dezember 2008 E. 3.2, wonach auch Zufall und höhere Gewalt in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fallen). Höhere Gewalt betrifft die Fragestellung nach der Kausalität und liegt bei einem unvorhersehbaren, aussergewöhnlichen Ereignis, das mit unabwendbarer Gewalt von aussen hereinbricht, vor (INGEBORG SCHWENZER,

CHRISTIANA FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, N 20:02).

2.2. Zur Betriebsschliessung

2.2.1. Eine Antwort auf die Frage, ob eine behördlich angeordnete Betriebsschliessung, welche auf die Covid-19-Pandemie zurückzuführen ist, in die Risikosphäre der Arbeitgeberin fällt resp. zum sog. Betriebsrisiko gehört, lässt sich, soweit ersichtlich, weder der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch der allgemeinen Rechtsprechung entnehmen. In der Lehre wird diese Frage kontrovers beurteilt. Dazu im Einzelnen, was folgt:

2.2.2. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) hat sich zur Frage bezüglich der Lohnfortzahlung bei einer Betriebsschliessung aufgrund einer behördlichen Anweisung wie folgt geäußert (vgl. Staatssekretariat für Wirtschaft [SECO], FAQ "Pandemie und Betriebe", abrufbar unter: <https://www.smgv.ch/8%20News/Dokumente%202020/Corona%20Virus/faq-pandemie-und-betriebe.pdf> [zuletzt besucht am 28. Januar 2022]; inzwischen auch abrufbar unter: https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/neues_coronavirus.html [unter Helpcenter für Fragen rund um Covid 19 / Rechte und Pflichten; zuletzt besucht am 28. Januar 2022]):

"Da der Betrieb das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko trägt, besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnfortzahlungspflicht, auch wenn dies den Arbeitgeber stark belasten kann. Der Arbeitnehmer kann allerdings auf Grund seiner Treuepflicht unter Umständen dazu verpflichtet werden die "verpassten" Arbeitszeiten nachzuholen."

2.2.3. Dieser Auffassung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) schliessen sich gleich mehrere Autoren an. Diese nehmen im Falle einer behördlich angeordneten Betriebsschliessung einen Fall des Arbeitgeberverzugs gemäss Art. 324 OR an, in welchem die Arbeitgeberin zur Lohnfortzahlung verpflichtet bleibt. Das Hauptargument wird regelmässig darin gesehen, dass die Betriebe bereits gestützt auf das Epidemiengesetz dazu verpflichtet seien, sich auf Epidemien vorzubereiten (vgl. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter 23. März 2020, Rz. 39

m.w.H.; THOMAS GEISER, Arbeitsrechtliche Regelungen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, AJP 5/2020, S. 550 f. m.w.H.; MARC WOHLWEND, Arbeitsleistung und Lohn zu Zeiten des Corona-Virus, Diskussionspapier vom 13. März 2020, abrufbar unter: [https:// www.zhaw.ch/storage/sml/institute-zentren/zsr/diskussionspapier_v1_arbeitsleistung_und_lohn_zu_zeiten_des_corona-virus_marc_wohlwend_2020_03_13.pdf](https://www.zhaw.ch/storage/sml/institute-zentren/zsr/diskussionspapier_v1_arbeitsleistung_und_lohn_zu_zeiten_des_corona-virus_marc_wohlwend_2020_03_13.pdf) [zuletzt besucht am 28. Januar 2022]; KURT PÄRLI, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerb-sausfall, SZS 2020, S. 127 m.w.H.; differenziert MARCO DEL FABRO, Auswirkungen des "Shutdown" / "Lockdown" auf Arbeitsverträge von Sportlerinnen und Sportlern, CaS 2020, S. 239 ff. m.w.H.).

2.2.4. Andere Lehrmeinungen kommen zum Schluss, dass Art. 324 OR nicht auf pandemiebedingte Betriebsschliessungen anwendbar und die Arbeitgeberin somit auch nicht zur Lohnfortzahlung verpflichtet sei (vgl. THOMAS PIETRUSZAK, Lockdown und Lohnfortzahlung, Jusletter 14. April 2020, Rz. 13 ff. m.w.H.; gl. M. ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht in Pandemiezeiten, ZSR/RDS Bd. 139 Sondernummer "Pandemie und Recht", S. 167 ff. m.w.H.; CLEMENS VON ZEDTWITZ/SARAH KELLER, in: Boris Etter/Nicolas Facincani/Reto Sutter (Hrsg.), SHK zum Arbeitsvertrag, Bern 2021, Art. 324 OR N 28; JEAN-FRITZ STÖCKLI, Kündigung während der Kurzarbeit insbesondere in der Pandemie, in: ArbR 2018/2019/2020, S. 99 ff., S. 108; JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMY WYLER, Quelques implications du coronavirus en droit suisse du travail, in: Newsletter DroitDuTravail.ch, 9. April 2020, S. 3; diff.: IRÈNE SUTER-SIEBER, Lohn und Kurzarbeitsentschädigung während Kurzarbeit, Jusletter, 18. Mai 2020, S. 4 ff., insbesondere 8 f.). THOMAS PIETRUSZAK vertritt im Wesentlichen die Ansicht, dass eine behördlich angeordnete Betriebsschliessung nicht zum Betriebsrisiko der Arbeitgeberin gehöre, sondern einen objektiven Grund im Sinne von Art. 91 OR darstelle, von dem alle betroffen seien, weshalb sich die Arbeitgeberin gegenüber den betroffenen Arbeitnehmenden nicht im Annahmeverzug gemäss Art. 324 OR befinden könne und dementsprechend auch nicht zur Lohnfortzahlung verpflichtet sei. JEAN-PHILIPPE DUNAND/RÉMY WYLER halten dafür, dass Art. 119 Abs. 3 OR bzw. die in Art. 324 OR normierte Ausnahme eng auszulegen seien. Fälle höherer Gewalt, die über den Unternehmensbereich (le périmètre de l'entreprise) hinausgingen, könnten nach dem Willen des Gesetzgebers nicht dem

Arbeitgeber auferlegt werden. Die in Art. 6 Abs. 2 der COVID-19-Verordnung 2 geregelten Betriebsschliessungen fielen deshalb in den Anwendungsbereich von Art. 119 Abs. 1 und 2 OR und nicht in denjenigen von Art. 324 OR.

3. Würdigung

3.1. Zum Arbeitsangebot

3.1.1. Um den erneut steigenden Coronavirus-Fallzahlen entgegenzuwirken, hat der Bundesrat mit der Massnahmenverschärfung vom 18. Dezember 2020 unter anderem den Betrieb von Restaurationsbetrieben vom 22. Dezember 2020 bis zum 22. Januar 2021 verboten (Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020, inzwischen ersetzt durch die Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 [SR 818.101.26]; Massnahmenverschärfung Dezember [AS 2020 S. 5813]). Mit Änderung vom 13. Januar 2021 verlängerte der Bundesrat die angeordneten Massnahmen vorläufig bis zum 28. Februar 2021 (Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020, Stand 14. Januar 2021).

3.1.2. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis mit der Beklagten mit Schreiben vom 23. Dezember 2020 aus finanziellen/privaten Gründen ordentlich per 28. Februar 2021 (act. 5/5). Zu diesem Zeitpunkt war klar, dass die Beklagte aufgrund der mit Inkrafttreten der erwähnten Massnahmenverschärfung einhergehenden Betriebsschliessung das Angebot der Klägerin zur Arbeitsleistung nicht mehr annehmen würde (act. 1 Rz. 13; act. 11 Rz. 10 und 14). Dies insbesondere auch, weil für die Beklagte eine Anpassung ihres Angebots zur Aufrechterhaltung ihres Betriebs, etwa durch das Anbieten von Speisen und Getränken als Take-away und/oder eines Lieferdienstes, offensichtlich nicht in Frage kam. Die Beklagte weist denn auch selbst darauf hin, dass die Klägerin zu diesem Zeitpunkt ihre Arbeit nicht anbieten musste bzw. ein entsprechendes Arbeitsangebot der Klägerin nicht hätte angenommen werden können (act. 11 Rz. 14).

3.1.3. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin unter diesem Umständen nicht verpflichtet war, der Beklagten ihre Arbeit anzubieten, da im Zeitpunkt der

Kündigung, das heisst am 23. Dezember 2020 bereits klar feststand, dass die Beklagte die Arbeit nicht mehr annehmen würde.

3.2. Zum Annahmeverzug

3.2.1. Vorwegzuschicken ist, dass das Gericht (nur) über den vorliegenden Fall zu entscheiden hat. Ob ein Umstand in das Betriebsrisiko der Arbeitgeberin fällt, muss jeweils im Einzelfall bestimmt werden (PIETRUSZAK, a.a.O., S. 6). Es ist letztlich ein Wertungsentscheid. Mit Art. 324 OR wird das Ziel verfolgt, den Arbeitnehmenden für ihren Lebensunterhalt erfahrungsgemäss notwendigen Lohn zu sichern (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 5, S. 385). Nicht ausser Acht gelassen werden soll aber, dass mit der Pandemie und den damit verbundenen behördlichen Massnahmen auch für einen Teil der Arbeitgeberschaft quasi über Nacht die Geschäftsgrundlage in existenzbedrohender Weise weggebrochen ist. Wo in dieser Situation genau die Grenze zu ziehen ist zwischen der Risikosphäre der Arbeitgeberin und dem Bereich, in dem beide Parteien befreit sind, bleibt ein schwieriges Unterfangen (SUTER-SIEBER, a.a.O., Rz. 12). Für die Anwendung von Art. 324 OR ist vorausgesetzt, dass die Gründe, weshalb die Arbeitgeberin die Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin nicht annehmen will oder nicht annehmen kann, zumindest im weitesten Sinn aus der Risikosphäre der Arbeitgeberin stammen, und in diesem Sinne eben zum sog. Betriebsrisiko (Wirtschaftsrisiko, Unternehmerisiko) gehören (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., Art. 324 N 5).

3.2.2. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist nicht der sogenannte Lock-down zu Beginn der Covid-19-Pandemie in der Schweiz im März/April 2020. Zu entscheiden ist über die – ebenfalls pandemiebedingte – behördliche Schliessung der Restaurationsbetriebe ab dem 22. Dezember 2020 und deren Auswirkungen auf ein Arbeitsverhältnis, das im August 2020 (neu) eingegangen wurde. Vollends unvorhersehbar und unabwendbar, im Sinne einer höheren Gewalt, waren das Risiko und die Folgen eines am 22. Dezember 2020 verhängten vorübergehenden Restaurationsverbots im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 7. August 2020 (act. 5/3) nicht. Bei Vertragsschluss waren vielmehr viele Parameter mit Bezug auf Covid-19 bekannt. Unvorhersehbar war weder das Risiko einer zweiten Welle in den Wintermonaten noch wie die Behörden darauf reagieren könnten. Als bekannt

vorausgesetzt werden kann namentlich das Risiko einer erneuten vorübergehenden Schliessung oder Einschränkung der Restaurationsbetriebe sowie der Umfang und die Voraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigung. Einige – auch namhafte Gastronomiebetriebe – haben bis zu diesem Zeitpunkt alternative Geschäftsmodelle, wie bspw. Take-away-Angebote, auf die Beine gestellt, mit denen sie die Ausfälle zu minimieren und ihre Mitarbeitenden weiterhin zu beschäftigen versucht haben.

3.2.3. Die vorstehend zitierten Lehrmeinungen (E. 2.2.4.), die im Fall einer behördlich angeordneten pandemiebedingten Betriebsschliessung der Anwendung von Art. 324 OR kritisch gegenüberstehen, ergingen unter dem Eindruck der aussergewöhnlichen und unvorhersehbaren Ereignisse zu Beginn des Pandemieausbruchs in der Schweiz im März/April 2020. In dieser ausserordentlichen Lage kamen diese Autoren zum Schluss, dass das – wenn auch in Anbetracht der in den meisten Fällen greifenden Kurzarbeitsentschädigung und der Kündigungsfreiheit regelmässig begrenzte – Risiko des pandemiemassnahmenbedingten Wegfalls der Arbeitsleistung nicht dem Betriebsrisiko der Arbeitgeberschaft zuzuordnen sei.

3.2.4. ISABELLE WILDHABER, a.a.O., Ziff. 4 hebt beispielsweise in ihrem am 20. April 2020 abgeschlossenen Aufsatz hervor, dass wir uns "heute" (bzw. im damaligen Zeitpunkt) in einer ausserordentlichen Lage befinden würden. Die wirtschaftlichen Einschränkungen seien für die gesamte Bevölkerung derart rasch und einschneidend wirksam geworden, dass die Arbeitgeberschaft die Folgen der Pandemie nicht habe vorhersehen und sicherlich nicht habe vermeiden können. Es fehle also für eine Anwendung von Art. 324 OR schon an der Kausalität, da es nicht möglich gewesen sei, sich als Arbeitgeberin auf die Pandemie so vorzubereiten, dass die Annahme der Arbeitsleistung der Arbeitnehmenden möglich gewesen wäre.

3.2.5. Auch der von der Beklagten zitierte Entscheid des deutschen Bundesarbeitsgerichts vom 13. Oktober 2021 (5 AZR 211/21; act. 13/2) betrifft den Monat April 2020. Er wurde damit begründet, dass nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen worden

seien. In solchen Fällen realisiere sich nicht ein in einem bestimmten Betrieb angelegtes Risiko.

3.2.6. IRÈNE SUTER-SIEBER, a.a.O., S. 8 f., geht davon aus, dass nicht allein auf die Pandemie als Ursache abgestellt werden könne. Es sei vielmehr danach zu entscheiden, ob die Arbeitgeberschaft zumindest theoretisch noch frei disponieren und die Risiken der verschiedenen Szenarien selbständig abwägen könne, oder ob sie keinen Einfluss auf eine Reduktion oder Schliessung des Betriebs habe. Im ersten Fall sei der Arbeitsausfall der Risikosphäre der Arbeitgeberin zuzuordnen (Anwendungsfall von Art. 324 OR). Im zweiten Fall, der keiner Risikosphäre zugeordnet werden könne, greife die Ausnahmeregelung von Art. 324 OR nicht und es komme der allgemeine Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» zum Tragen (vgl. auch MARCO DEL FABRO, a.a.O., S. 239).

3.2.7. Die Beklagte traf am 8. August 2020 in Kenntnis der damaligen Situation den unternehmerischen Entscheid, die Klägerin als Event-Koordinatorin mit unbefristetem und nach Ablauf der Probezeit mit einer Frist von zwei Monaten kündbarem Vertrag anzustellen (act. 5/3). Es war bekannt, dass im Fall eines erneuten Restaurationsverbots allenfalls die Kurzarbeitsentschädigung zum Zug kommt. Aber auch, dass es der Arbeitnehmerin frei steht, den Vertrag in Ausübung ihrer Kündigungsfreiheit wieder zu kündigen, womit während der Kündigungsfrist die Möglichkeit der Kurzarbeit entfielen (vgl. Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG). Entgegen der Auffassung der Beklagten (vgl. Prot. S. 7 f.), liegt kein Rechtsmissbrauch vor. Die Beklagte traf zudem den betriebswirtschaftlichen Entscheid, keine alternativen Verpflegungsmöglichkeiten anzubieten und die Klägerin während der Kündigungsfrist auch nicht anderweitig einzusetzen (vgl. auch act. 5/3 Ziff. 1b). Das Risiko, der Klägerin während der zweimonatigen Kündigungsfrist trotzdem den Lohn bezahlen zu müssen, ist dem Betriebsrisiko der Beklagten zuzurechnen. Es liegt ein Anwendungsfall von Art. 324 OR vor.

3.2.8. Mit anderen Worten gehört die vorliegend zu beurteilende Betriebsschliessung resp. die damit einhergehende Arbeitsverhinderung der Klägerin zum Betriebsrisiko der Beklagten, womit die Beklagte – wenn auch unverschuldet – mit der Entgegennahme der Arbeitsleistung der Klägerin in Verzug geraten ist und bis zum

Ende des Arbeitsverhältnisses, das heisst bis zum 28. Februar 2021 zur Lohnfortzahlung verpflichtet war.

3.2.9. Vom Bruttolohn im Betrag von Fr. 5'633.33 (inkl. 13. Monatslohn) sind 6.4% für die Arbeitnehmendenbeiträge an die AHV, IV, EO und ALV, 2.793% für die Prämien der Krankentaggeld- und Nichtberufsunfallversicherung (insgesamt Fr. 517.87) sowie 7.25% für die Quellensteuer (Fr. 408.41; act. 5/3 bzw. Tarif AY0 gültig ab 1.1.21) und somit insgesamt Fr. 926.28 abzuziehen. Es verbleibt ein monatlicher Nettolohn von Fr. 4'707.05, welcher der Klägerin in Gutheissung der Klage für die Monate Januar und Februar 2021 zuzusprechen ist.

3.3. Zur Anrechnung

3.3.1. Die Klägerin muss sich auf die ausstehenden Lohnforderungen für die Monate Januar und Februar 2021 anrechnen lassen, was sie wegen Verhinderung an der Arbeitsleistung erspart oder durch anderweitige Arbeit erworben oder zu erwerben absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR).

3.3.2. Die Klägerin macht geltend, sie habe in den Monaten Januar und Februar 2021 keine Arbeit gehabt und keinen Lohn erzielt und ihre Stelle im Hotel [REDACTED] [REDACTED] erst am 1. März 2021 angetreten (act. 17 Rz. 6). Die Beklagte hält demgegenüber dafür, dass anzunehmen sei, dass die Klägerin spätestens ab Januar 2021 im Hotel [REDACTED] gearbeitet habe. Dafür spreche, dass im gleichen Betrieb auch ihr Lebenspartner als Sous-Chef arbeite. Hotelbetriebe hätten sich im Zeitraum des Lockdowns für Restaurants bekanntlich sehr guter Frequenzen erfreuen können (act. 11 Rz. 20). Beweismittel für die von der Klägerin – unter Hinweis auf eine entsprechende Bestätigung des Geschäftsführers [REDACTED] [REDACTED] (act. 19/10) – bestrittene Behauptung der Arbeitsaufnahme bereits im Januar und Februar 2021 nennt die Beklagte keine, weshalb sie nicht erstellt ist. Ebenso wenig kann ohne besondere Anhaltspunkte davon ausgegangen werden, dass die Klägerin in diesen beiden Monaten an einem anderen Ort ein Einkommen erzielte oder zu erzielen absichtlich unterlassen hat. Die Beklagte bringt zwar wiederholt vor, dass die Klägerin bereits vor dem 1. März 2021 ins Engadin umgezogen sei. Belege gibt es auch für diese bestrittene (Prot. S. 10, vgl. auch act. 5/7) Be-

haftung keine. Damit ist weder erstellt, dass die Klägerin während der Kündigungsfrist anderweitigen Lohn verdient hat noch, dass sie diesen zu erwerben in anrechenbarer Weise absichtlich unterlassen hat (Art. 324 Abs. 2 OR).

IV. Zum Verzugszins

1. Rechtliches

Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so schuldet er 5% Verzugszins (Art. 104 Abs. 1 OR). Grundsätzlich gilt, dass der Schuldner durch Mahnung einer fälligen Verbindlichkeit in Verzug gesetzt wird (Art. 102 Abs. 1 OR). Wurde indes ein bestimmter Verfalltag vereinbart, kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Ergibt sich ein bestimmter Verfalltag infolge einer vorbehaltenen oder gehörig vorgenommenen Kündigung, kommt der Schuldner laut Art. 102 Abs. 2 OR ebenfalls bereits mit Ablauf dieses Tages in Verzug. Endet das Arbeitsverhältnis infolge Kündigung, ist zum Eintritt des Verzugs nach Lehre und Rechtsprechung deshalb keine Mahnung erforderlich (BSK OR I-PÖRTMANN/RUDOLPH, Art. 339 N 1 und Urteil des Bundesgerichts 4C.67/2005 vom 4. Mai 2005 E. 2.3. je mit weiteren Hinweisen).

2. Würdigung

2.1. Die Klägerin verlangt vorliegend neben den ausstehenden Lohnforderungen im Gesamtbetrag von Fr. 11'266.65 Verzugszins von 5% ab 1. Februar 2021 (mittlerer Verfall, act. 1 Rz. 22). Die Beklagte ist demgegenüber der Ansicht, dass sie der Klägerin nichts mehr schulde (das heisst auch keinen Verzugszins von 5% ab 1. Februar 2021; act. 11 Rz. 19).

2.2. Gemäss Ziff. 10 lit. d des Arbeitsvertrags vom 7. August 2020 vereinbarten die Parteien, dass der Lohn spätestens am 6. des folgenden Monats ausbezahlt sei (act. 5/3). Dies entspricht Art. 14 Abs. 1 zur Lohnzahlung im L-GAV. Da im Arbeitsvertrag somit ein Verfalltag vereinbart wurde, war eine Mahnung vonseiten der Klägerin nicht erforderlich, um den Verzug der Beklagten bezüglich des ausstehenden Lohnes für den Monat Januar 2021 herbeizuführen. Der Klägerin ist für den

Monatslohn Januar 2021 ab 7. Februar 2021 ein Verzugszins von 5% zuzusprechen ist.

2.3. Für die Lohnforderung betreffend den Monat Februar 2021 steht der Klägerin bereits ab dem 1. März 2021 (und nicht erst ab dem 7. März 2021) ein Verzugszins von 5% zu, da das Arbeitsverhältnis infolge Kündigung der Klägerin am 28. Februar 2021 geendet hat.

2.4. Soweit die Klägerin von einem Anspruch auf Verzugszinsen ab einem mittleren Verfall bereits am 1. Februar 2021 ausgeht, ist die Klage abzuweisen.

V. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Arbeitsgerichtliche Verfahren sind bis zu einem Streitwert von Fr. 30'000.– kostenlos (Art. 114 lit. c ZPO). Vorliegend beträgt der Streitwert Fr. 11'267.–, weshalb keine Gerichtskosten zu erheben sind.

2. Die in der Hauptsache vollständig unterliegende Beklagte schuldet der Klägerin eine Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 und 2 lit. b ZPO) und zwar wie gefordert (act. 1 S. 2) zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Bei einem Streitwert von Fr. 11'267.– beträgt das Grundhonorar einer berufsmässigen Vertretung nach der zürcherischen Anwaltsgebührenverordnung Fr. 2'789.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer; § 4 AnwGebV). Es deckt den Aufwand für die Erarbeitung der Klagebegründung sowie den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab. Zuschläge sind vorliegend keine zu berücksichtigen (§ 11 AnwGebV). Die Beklagte ist dementsprechend zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'789.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

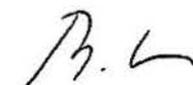
Es wird erkannt:

1. In grundsätzlicher Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin für den Monat **Januar 2021 Fr. 4'707.05 netto** (Fr. 5'633.33 brutto abzüglich Sozialversicherungsbeiträge und 7.25% Quellensteuerabzug) nebst Zins zu 5% seit 7. Februar 2021 und für den **Monat Februar 2021 Fr. 4'707.05 netto** (Fr. 5'633.33 brutto abzüglich Sozialversicherungsbeiträge und 7.25% Quellensteuerabzug) nebst Zins zu 5% seit 1. März 2021 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'789.– (inkl. 7.7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
4. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
5. Eine **Berufung** gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** von der Zustellung an im Doppel und unter Beilage dieses Entscheids beim Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Postfach, 8021 Zürich, erklärt werden. In der Berufungsschrift sind die Anträge zu stellen und zu begründen. Allfällige Urkunden sind mit zweifachem Verzeichnis beizulegen.

Zürich, 14. Februar 2022

ARBEITSGERICHT ZÜRICH
3. Abteilung

Die Einzelrichterin:



Dr. iur. Th. Oertli

Die Gerichtsschreiberin:



MLaw D. Ferreira de Oliveira

