

## Höhere Gewalt: Wie die Corona-Massnahmen bei Anwälten für Überstunden sorgten

### *Geschlossene Betriebe, Lieferausfälle, abgesagte Grossveranstaltungen – die Corona-Massnahmen haben für Anwälte völlig neue Fragen aufgeworfen.*

Monica Fahmy

Homeoffice-Pflicht? Für praktisch alle? Und das auch noch über Nacht? Die Pandemie stellte den Alltag Tausender auf den Kopf, mit entsprechenden rechtlichen Fragen, vor allem im Arbeitsrecht. Im März 2020, nach Beginn des ersten Shutdowns, meldeten sich schon früh die ersten Klienten mit diversen Fragestellungen, erinnert sich Tom Schaffner, Partner bei Schärer Rechtsanwältin.

Ein grosses Thema war die Miete von Geschäftsräumen und ist es bis heute geblieben. Dort rät die Kanzlei ihren Klienten wegen der bis heute anhaltenden Rechtsunsicherheit, sich möglichst gütlich zu einigen. Auch im Bereich des Arbeitsrechts war die Kanzlei gefordert, insbesondere mit Kündigungen und deren Folgen während Kurzarbeit.

«Unser Arbeitsrechtsteam war zu Beginn der Pandemie beinahe rund um die Uhr im Einsatz», sagt Rolf Auf der Maur, Partner bei der Anwaltskanzlei Vischer. Viele Fragen gab es rund ums Homeoffice. Grundsätzlich gilt ja, dass der Arbeitgeber seinen Mitarbeitenden einen angemessenen Arbeitsplatz zur Verfügung zu stellen hat und die Mitarbeitenden ihre Arbeit im Betrieb zu erfüllen haben.

Ohne besondere Abrede darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer daher weder zu Homeoffice verpflichten, noch darf der Arbeitnehmer eigenmächtig von zu Hause aus arbeiten. «Solche Abreden wurden durch die Pandemie-Massnahmen nun über Nacht zur Regel, obwohl die Arbeitnehmer auch im Büro über einen Arbeitsplatz verfügen», sagt Auf der Maur. Mit entsprechenden Folgen.

Nach dem Obligationenrecht muss normalerweise der Arbeitgeber den Arbeitnehmer mit dem Material und den Arbeitsgeräten ausrüsten, die für die Ausführung der Arbeit nötig sind, sagt Auf der Maur. «Die Parteien können jedoch eine abweichende Vereinbarung treffen», beispielsweise dass der Arbeitnehmer die Arbeitsgeräte und das Material selbst zur Verfügung stellt, mit oder ohne Entschädigung durch den Arbeitgeber.

### Das Recht des Stärkeren

Zwingend ist dagegen die Pflicht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer sämtliche Auslagen zu ersetzen, die ihm durch die Ausführung der Arbeit entstehen. Dazu gehören bei der Arbeit ausserhalb des normalen Arbeitsortes auch allfällige Kosten für Unterhalt und Verpflegung.

Dabei sei es mittels schriftlicher Vereinbarung immerhin zulässig, die Auslagenvergütung durch einen Pauschalbetrag, etwa eine feste wöchentliche oder monatliche Vergütung, zu regeln, soweit dadurch die effektiven Kosten des Arbeitnehmers gedeckt werden. «Solche Abreden empfehlen sich insbesondere, wenn Homeoffice auch über die Pandemie hinaus möglich bleiben soll.»

«Uns beschäftigen vor allem kartellrechtliche Fragen, auch im Zusammenhang mit der Homeoffice-Pflicht», sagt Patrick

Krauskopf, Leiter des Zentrums für Wettbewerbs- und Handelsrecht an der ZHAW School of Management and Law sowie Chairman und Partner der Kanzlei AGON Partners.

Die auf Kartellrecht spezialisierte Kanzlei vertritt mehrere grosse Kunden aus dem Gesundheitswesen gegen einen grossen Softwareanbieter. Wenn alle Mitarbeitenden im Homeoffice arbeiten müssen, braucht ein Unternehmen dementsprechend mehr Hardware, aber auch mehr Lizenzen, etwa für Online-Meeting-Dienste. «Leider gibt es die grossen IT-Unternehmen, welche ihre Marktmacht missbrauchen und die Preise für Lizenzen ums Mehrfache erhöhen wollen», so Krauskopf.

Den darauf angewiesenen Kunden seien die Hände gebunden. Die Kosten, sich sofort vom Produkt zu trennen und zur Konkurrenz zu wechseln, seien zu gross. «Unsere Kunden mussten schnell agieren, damit die Mitarbeitenden von zu Hause aus arbeiten können. Der Anbieter, gegen den AGON Partners die Unternehmen im Gesundheitswesen vertritt, verlangte eine Preiserhöhung von bis zu 550 Prozent über einen Zeitraum von fünf Jahren.

«Mit Verhandlungen sind wir jetzt bei 20 Prozent, was bei einem Millionenvolumen immer noch sehr viel Geld ist», sagt Krauskopf. Die Alternative? «Stellen Sie sich vor, ein Player im Gesundheitssystem könnte nicht mehr auf die IT zugreifen. Die Auswirkungen könnten katastrophal sein.»

Wegen der Pandemie kam es bekannterweise zu Einbrüchen in der Supply Chain und somit zu einer Verknappung und Verteuerung von Gütern. Bei solchen existenziellen Sorgen kann es zu Wettbewerbsverstössen kommen. Die Bildung von Konsortien und Einkaufskooperationen durch pandemiegeschädigte Unternehmen kann – aus Sicht der Wettbewerbsbehörde WEKO – zu unerlaubten Kartellabsprachen führen.

«Die Grenze zwischen erlaubten Kooperationsformen und verbotenen Kartellen kann im Einzelfall schwierig zu ziehen sein», erläutert Krauskopf. «Ob Anbieter von Covid-19-Tests, Masken oder Gütern des täglichen Lebens: Wer an der Compliance spart, handelt bei drohenden Millionenbussen fahrlässig», so Krauskopf.

### Ausgefallene Events – wer zahlt?

Herbe Verluste musste die Eventbranche einstecken, und ein Ende ist noch nicht abzusehen. Als besonders schwierig beurteilt Rolf Auf der Maur von Vischer die Auswirkungen auf grosse Veranstaltungen wie etwa die letztes Jahr in der Schweiz geplante Eishockey-Weltmeisterschaft oder die anstehenden Olympischen Sommerspiele in Tokio.

Müssen zum Beispiel Sponsoren und TV-Veranstalter gleich viel für ihre Rechte bezahlen, obwohl «Tokyo 2020» erst im Sommer 2021 stattfinden dürfte und viele Nationen sowie auch die Zuschauer fehlen werden? Wie gross ist die Reduktion des Wertes solcher Sportrechte? Beahlt die Versicherung einen Teil des Schadens? Diese Fragen müssen beantwortet werden. In den meisten Fällen können sich die Vertragspartner auf sinnvolle Kompromisse einigen, sagt Auf der Maur. «Aber wir werden wohl doch noch den einen oder anderen Musterprozess zu diesen Fragen sehen.»

Eine gütliche Einigung zu finden, ist natürlich nur möglich, wenn die stärkere Partei es zulässt. AGON Partners vertritt einen Kunden, der Werberechte für Sportevents erworben hat. «Als die Verträge abgeschlossen wurden, dachte man an volle Stadien und jubelnde Menschen», sagt Patrick Krauskopf. Wegen Covid-19 findet kein Verkauf an internationale Gäste statt, die Einnahmen aus dem Ticketing fallen weg. Dadurch sinkt auch der Wert des Turniers aus Sicht der TV-Stationen.

Der Kunde von AGON Partners steht mit einem vor ein paar Jahren abgeschlossenen Vertrag da, der zwar eine Force-Majeure-Klausel für Fälle wie Covid-19 vorsieht. Demnach hätten die Gebühren in solchen Force-Majeure-Ereignissen reduziert werden können. Aber die Gegenpartei legte dem Kunden kurz nach Ausbruch von Covid-19 eine Vertragsergänzung vor, welche die Anwendung dieser Klausel für Covid-19 ausschliesst. Eine marktbeherrschende Firma könne das verlangen, sagt Krauskopf.

#### Force Majeure

Internationale Verträge enthalten oft «Force Majeure»- oder «Acts of God»-Klauseln. Darunter fallen Ereignisse wie Erdbeben, Vulkanausbrüche, Unwetter, Krieg, Terrorismus oder Streiks. Die Ereignisse waren bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar und ihr Eintritt unvermeidbar. Das Schweizer Obligationenrecht regelt die Force Majeure nicht ausdrücklich, trotzdem ist dieses Prinzip in der Rechtsprechung anerkannt und wird unter Art. 119 OR subsumiert.

Soweit eine Leistung durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, unmöglich geworden ist, gilt im Schweizer Recht die Forderung gemäss Art. 119 OR als erloschen. Nicht abschliessend geklärt wurde bislang die Frage, ob Epidemien und Pandemien ebenfalls als höhere Gewalt gelten. Dies vor allem in Kombination mit behördlichen Massnahmen.

Grosse Veranstalter gehören auch zu den Klienten von Schärer Rechtsanwältin. Die meisten wollten wissen, ob von ihnen vermittelte Tickets für Veranstaltungen beziehungsweise die dafür von den Kunden bezahlten Preise zurückerstattet werden müssen, sagt Tom Schaffner. Die häufigsten Fragen tauchten im Bereich des Gesellschaftsrechts auf.

Die Kanzlei beriet zahlreiche Aktiengesellschaften, Genossenschaften und Verbände, wie sie ihre Generalversammlungen abhalten konnten oder auch heute noch können sowie, «und diese Frage ist heute sehr aktuell und umstritten», ob Unternehmen, welche Covid-Nothilfe erhalten haben, gruppeninterne Darlehen gewähren können, sagt Schaffner. Nicht zuletzt haben sich die Gesellschaftsrechtler der Kanzlei mit der Frage befasst, wie angeschlagene Unternehmen mit diversen rechtlichen Massnahmen und M&A-Transaktionen wieder in die Profitabilität zurückgeführt werden können.

Eine weitere Folge von Corona: Verträge zwischen Unternehmen und/oder öffentlichen Institutionen können und konnten nicht so erfüllt werden wie ausgemacht. Es kam zu Verzögerungen oder gar zur gänzlichen Leistungsausfällen, verbunden mit einem Dominoeffekt entlang der Lieferketten, die ja oft global verlaufen.

In gut abgefassten Verträgen ist geregelt, was in Fällen solcher Leistungsstörungen geschieht und welche Rolle allenfalls die Versicherung eines Vertragspartners spielt, sagt Rolf Auf der Maur von Vischer. «Aber wenn die Leistungsstörung lange andauert und objektiv von keinem der Vertragspartner verschuldet ist, geht es nicht nur ums Rechtliche.» Schliesslich wolle man mit guten Vertragspartnern auch über die Pandemie hinaus zusammenarbeiten und müsse daher Lösungen entwickeln, welche den Interessen der Vertragspartner möglichst gut entsprechen und den Schaden möglichst gering halten.

## Notrecht und höhere Gewalt

Die Auswirkungen der Pandemie auf laufende Verträge ist für Juristen eine der schwierigsten Fragen. In den seltensten Fällen haben die Vertragspartner störende Auswirkungen mit einer solchen Tragweite vorausschauend geregelt. Wenn ein Vertragspartner ohne Verschulden nicht mehr oder nicht rechtzeitig leisten kann, müssen die Anwälte Lösungen finden, die für beide Seiten möglichst annehmbar sind.

Im Schweizer Recht komme der Begriff «Force Majeure» nicht vor, der oft im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie genannt wird. Im Schweizer Obligationenrecht stelle sich die Frage, ob eine Leistung ohne Verschulden der verpflichteten Vertragspartei nachträglich unmöglich geworden sei. Dies gelte es in jedem Einzelfall zu beurteilen, sagt Rolf Auf der Maur.

Wenn eine Lieferung verspätet erfolgt, weil die Crew des Frachtschiffes in Quarantäne sitzt, ist der Verzug unverschuldet. Wenn aber eine Leistung statt an einem physischen Treffen auch über Videoconferencing erbracht werden könne, sei sie nicht unmöglich geworden. Selbstverständlich können die Vertragspartner aber auch per Abmachung konkretisieren, was in welchen Fällen von «höherer Gewalt» gilt.

Solche Vertragsklauseln werden auch in der Schweiz häufig mit «Force Majeure» betitelt. Da sind dann Ereignisse wie Krieg, Aufruhr, Erdbeben und weitere Naturkatastrophen aufgezählt. Bis vor einem Jahr fand sich der Begriff Pandemie kaum in solchen Definitionen.

## Freiwillige Staatsbeiträge

Den Staat für das «Notrecht» und die Massnahmen der Länder, des Bundes und der Kantone haftbar zu machen, ist offenbar auch nicht vorgesehen. «Eine eigentliche Staatshaftung für die unter Notrecht getroffenen Massnahmen gibt es entgegen der landläufigen Meinung nicht», so Rolf Auf der Maur.

Die von Bund und Kantonen aufgegleisten Hilfsmassnahmen seien freiwillig beziehungsweise politisch motiviert. Insgesamt habe die Schweiz im internationalen Vergleich hier sehr rasch und unbürokratisch reagiert. «Dennoch gibt es bei der schemenhaften Beurteilung von Härtefällen natürlich Lücken, die juristischen Beratungsbedarf auslösen», sagt Auf der Maur. Die Arbeit im Zusammenhang mit der Pandemie wird den Juristinnen und Juristen nicht so schnell ausgehen.