

Per E-Mail: [F.Peterhans@lch.ch](mailto:F.Peterhans@lch.ch)

Dachverband Schweizer  
Lehrerinnen und Lehrer (LCH)  
Franziska Peterhans  
Zentralsekretärin  
Pfungstweidstrasse 16  
8005 Zürich

OBERSTADTSTRASSE 7  
POSTFACH 2060  
CH-5402 BADEN

22. April 2020

## Wiedereröffnung der Schulen / Schutz der Lehrpersonen; Beschulung trotz Verbot Präsenzunterricht

Sehr geehrte Frau Peterhans

Zu Ihrer Anfrage äussere ich mich wie folgt:

### I. Ausgangslage und Fragestellung

- 1 Aufgrund der Ausbreitung des Coronavirus stufte der Bundesrat die Situation in der Schweiz seit dem 17. März als «ausserordentliche Lage» gemäss Epidemienengesetz ein und traf gestützt darauf diverse Massnahmen.
- 2 Da die Ausbreitung des Virus eingedämmt werden konnte, beschloss der Bundesrat ab dem 27. April 2020 Lockerungen der getroffenen Massnahmen. Unter Vorbehalt der Entwicklungen sollen danach am 11. Mai 2020 die obligatorischen Schulen wieder Präsenzunterricht erteilen.
- 3 Nach dieser Kommunikation des Bundesrats sind für die Schulen viele Fragen offen, insbesondere die folgenden (vgl. Zusammenstellung im E-Mail vom 17. April 2020):

1. Welche Richtlinie muss der Arbeitgeber berücksichtigen, wenn es um die Frage der Eindämmung der Verbreitung des Virus geht?
2. Welche Vorsichtsmassnahmen kann oder muss der Arbeitnehmer ergreifen (welche sind zumutbar) und welche muss der Arbeitgeber zwingend ergreifen?

DR. IUR. ROLAND HÜRLIMANN  
Rechtsanwalt, LL.M. (Berkeley)

DR. IUR. ERICH RÜEGG  
Rechtsanwalt und Notar  
LL.M., M.B.A. (Chicago)

LIC. IUR. MARTIN IMTHURN  
Rechtsanwalt (2)

DR. IUR. DANIEL HUNKELER  
Rechtsanwalt, LL.M.

DR. IUR. THOMAS ENDER  
Rechtsanwalt und Notar (1, 3)

DR. IUR. MICHAEL MERKER  
Rechtsanwalt

LIC. IUR. SALVATORE PETRALIA  
Rechtsanwalt

DR. IUR. OLIVER BUCHER  
Rechtsanwalt, LL.M. (Sydney) (3)

LIC. IUR. SERAINA BAZZANI-TESTA  
Rechtsanwältin (3)

LIC. IUR. GEORG J. WOHL  
Rechtsanwalt, LL.M. (Budapest)

LIC. IUR. GEORG KLINGLER  
Rechtsanwalt und Notar (1)

DR. IUR. ANDREA DOMANIG  
Rechtsanwältin

MLAW CAROLE SCHENKEL  
Rechtsanwältin

LIC. IUR. ZENO SCHÖNMANN  
Rechtsanwalt

DR. IUR. DANIEL WUFFLI  
Rechtsanwalt

LIC. IUR. CHRISTINE ZANETTI  
Rechtsanwältin

MLAW MATTHIAS BRUNNER  
Rechtsanwalt

MLAW BEAT BIRCHMEIER  
Rechtsanwalt

MLAW LEA STURM  
Rechtsanwältin

MLAW KATJA KÄUFELER  
Rechtsanwältin

Eingetragen im Anwaltsregister

Konsulent:

PROF. DR. IUR. LUKAS HANDSCHIN  
Rechtsanwalt (4)

1 Urkundsperson des Kantons Aargau

2 Fachanwalt SAV Erbrecht

3 Fachanwalt SAV Bau- und Immobilienrecht

4 Nicht im Anwaltsregister eingetragen

BAUR HÜRLIMANN AG  
CHE-115.606.778 MWST

Bahnhofplatz 9  
Postfach 1175  
CH-8021 Zürich 1  
Tel + 41 - 44 218 77 77  
Fax + 41 - 44 218 77 70  
UID: CHE-115.606.778

Oberstadtstrasse 7  
Postfach 2060  
CH-5402 Baden  
Tel + 41 - 56 200 07 07  
Fax + 41 - 56 200 07 00  
UID: CHE-481.481.510

[www.bhlaw.ch](http://www.bhlaw.ch)

3. Wenn die Schule ein potentieller Multiplikator / Verbreiter eines Gesundheitsrisikos ist, wie stark muss der Arbeitgeber die medizinischen Vorsichtsmassnahmen gewichten (vs. wirtschaftliche Folgen)?
4. Wie muss der Arbeitgeber für die Lehrpersonen die besonderen Schutzmassnahmen bzw. seine Fürsorgepflicht umsetzen? Ändert der Umstand, dass angezeigte Schutzmassnahmen für die Schulen nicht machbar sind, etwas dran (Zimmergrösse, Kinder können den Abstand auch zur LP nicht einhalten, Masken tragen funktioniert nicht oder nur unzuverlässig, die hygienischen Voraussetzungen in den Toiletten sind schwierig)?
5. Was gilt für vulnerable Lehrpersonen?
  - a) Brauchen sie ein Arztzeugnis?
  - b) Können sie unter gewissen Umständen für den Präsenzunterricht freigestellt werden?
  - c) Ist eine Lehrperson mit 64 nicht vulnerabel, mit 65 aber schon?
  - d) Wie sieht es mit dem Schutz von schwangeren Lehrerinnen aus?
6. Nach den Frühlingsferien am 20. April 2020 sollen an einer Schule Jugendliche der Sekundarstufe I, die per homeschooling nicht beschulbar sind, in kleinen Gruppe durch Lehrkräften in der Schule beschult werden.
  - a) Müssen die Lehrpersonen diese Aufgabe übernehmen, auch wenn der Bundesrat die Wiedereröffnung der Volksschulen erst auf den 11. Mai 2020 vorsieht?
  - b) Wie verhält es sich mit vulnerablen Lehrpersonen?

## II. Zusammenfassung

### 1. Schutzpflichten des Arbeitgebers

#### a. Im «Normalbetrieb»

- 4 Die Lehrpersonen sind (mehrheitlich) dem öffentlichen Personalrecht unterstellt. Für den Gesundheitsschutz können sie sich auf die *Fürsorgepflicht* (die sich weitgehend mit der privatrechtlichen Regelung in Art. 328 OR deckt) und auf *Art. 6 Arbeitsgesetz (ArG)* berufen. Danach
- muss der Arbeitgeber dafür sorgen, dass keine gefährlichen, ansteckenden Krankheiten – wie z.B. das Coronavirus – in die Schule eingeschleppt und
  - die Lehrpersonen nicht angesteckt werden und
  - Massnahmen getroffen werden, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind.
- 5 Als nach der *Erfahrung* notwendige Massnahmen gelten die anerkannten Empfehlungen und Weisungen von Fachbehörden.

#### b. Im «COVID-19-Betrieb»

- 6 Die Fürsorgepflicht wird zurzeit *überlagert* durch das Notverordnungsrecht im Rahmen der Pandemie COVID-19. Dieses Notverordnungsrecht geht weiter (über den Gesundheitsschutz der einzelnen Lehrperson hinaus) und ist konkreter als die Fürsorgepflicht und deshalb für die vorliegenden Fragestellungen entscheidend.
- 7 Daran ändert nichts, dass für nicht besonders gefährdete Lehrpersonen zurzeit *keine Bestimmungen* in der COVID-19-Verordnung 2 vorliegen, die Aussagen zum Präsenzunterricht in der Schule machen (von der Ausnahmeregelung in Art. 7 COVID-19-Verordnung 2 einmal abgesehen), dies ist Folge der Tatsache, dass Präsenzunterricht zurzeit verboten ist. Es ist damit zu rechnen, dass in nächster Zeit eine Ergänzung der COVID-19-Verordnung 2 mit Bezug auf die Lehrpersonen erfolgen wird; ergänzend ist mit Weisungen und Merkblättern des BAG zu rechnen.

- 8 Stand heute werden sich diese neuen Regeln an den bestehenden Bestimmungen in der COVID-19-Verordnung 2 orientieren; damit sind auch die Abstandsregeln ein zentrales Thema - dies zum Schutz der Lehrpersonen, der SuS und ihrer Eltern.

## 2. Besonders gefährdete Personen

- 9 Als vulnerable Lehrpersonen (besonders gefährdete Personen im Sinn von Art. 10b Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2) gelten Personen ab 65 Jahren und Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs.
- 10 Ein Arztzeugnis ist zur Geltendmachung der Gefährdung nicht erforderlich. Der Arbeitgeber kann aber fallweise ein ärztliches Attest verlangen und bei Zweifeln am Arztzeugnis eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen.
- 11 Schwangere Lehrpersonen oder Personen ohne Vorerkrankung unter dem Alter von 65 Jahren zählen nicht zu den besonders gefährdeten Personen im Sinn der COVID-19-Verordnung 2. Die Aufzählung in der COVID-19-Verordnung 2 ist nicht abschliessend. *Eine klinische Beurteilung der Gefährdung im Einzelfall bleibt vorbehalten.* Auch eine Person unter 65 Jahren (ohne die in der Verordnung genannten Vorerkrankungen) kann im Einzelfall als besonders gefährdete Person eingestuft werden, wenn eine entsprechende medizinische Beurteilung vorliegt. Gleiches gilt für Schwangere; diese können sich zudem auf das Arbeitsgesetz berufen, was im Einzelfall zur Folge haben kann, dass die Lehrperson am Arbeitsplatz besonders geschützt oder aber von Arbeiten freigestellt werden muss.
- 12 Besonders gefährdete Lehrpersonen dürfen (zurzeit nur im Sinn einer Ausnahme vom Verbot, vgl. Ziff. 3 nachfolgend) nur Präsenzunterricht erteilen, wenn ihre Anwesenheit in der Schule ganz oder teilweise unabdingbar ist:
- In Gymnasien ist die Frage zu verneinen, weil Fernunterricht aufgrund des Alters der SuS möglich ist (Ausnahmen vorbehalten).
  - In Primarschulen muss die betriebliche Notwendigkeit (nach dem generellen Verbot) zumindest teilweise bejaht werden.
- 13 Wird die Frage bejaht, müssen zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein, insbesondere muss der Arbeitsplatz so ausgestaltet sein, dass jeder enge Kontakt mit anderen Personen ausgeschlossen ist. Ist auch das nicht möglich, müssen ange-

messene Schutzmassnahmen nach dem STOP-Prinzip ergriffen werden (Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung), mit anderen Worten es müssen die Voraussetzungen von Art. 10c Abs. 3 lit. b COVID-19-Verordnung 2 vorliegen. Das Unterrichten in einem Klassenzimmer lässt für die Umsetzung dieser Massnahmen nicht viel Raum; denkbar ist die Installation geeigneter Schutzvorrichtungen (Plexiglaswände), wobei auch dies bei der Unterrichtung in *einem Raum* nicht genügen dürfte. Hinzu kommt, dass die gefährdete Lehrperson die Schule selbst und den Unterrichtsraum ebenfalls risikolos erreichen können muss. Ist das nicht möglich, ist die Lehrperson vom Unterricht freizustellen.

14 Diese massgebende Bestimmung lautet wie folgt:

**Art. 10c<sup>86</sup> Pflichten des Arbeitgebers betreffend Schutz der Gesundheit von besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern**

<sup>1</sup> Der Arbeitgeber ermöglicht seinen besonders gefährdeten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus zu erfüllen. Er trifft zu diesem Zweck die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen.

<sup>2</sup> Ist es nicht möglich, die angestammte Arbeitsverpflichtung von zu Hause aus zu erfüllen, so weist der Arbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmerin oder dem betroffenen Arbeitnehmer in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit zu, die von zu Hause aus erledigt werden kann. Er trifft zu diesem Zweck die geeigneten organisatorischen und technischen Massnahmen.

<sup>3</sup> Ist aus betrieblichen Gründen die Präsenz besonders gefährdeter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Ort ganz oder teilweise unabdingbar, so dürfen diese in ihrer angestammten Tätigkeit vor Ort beschäftigt werden, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Der Arbeitsplatz ist so ausgestaltet, dass jeder enge Kontakt mit anderen Personen ausgeschlossen ist, namentlich indem ein Einzelraum oder ein klar abgegrenzter Arbeitsbereich unter Berücksichtigung des Mindestabstandes von 2 Metern zur Verfügung gestellt wird.
- b. In Fällen, in denen ein enger Kontakt nicht jederzeit vermieden werden kann, werden angemessene Schutzmassnahmen nach dem STOP-Prinzip er-

griffen (Substitution, technische Massnahmen, organisatorische Massnahmen, persönliche Schutzausrüstung).

<sup>4</sup> Ist es nicht möglich, die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach den Absätzen 1–3 zu beschäftigen, so weist ihnen der Arbeitgeber in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit vor Ort zu, bei der die Vorgaben nach Absatz 3 Buchstaben a und b erfüllt sind.

<sup>5</sup> Bevor der Arbeitgeber die vorgesehenen Massnahmen trifft, hört er die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer an.

<sup>6</sup> Die betroffene Arbeitnehmerin oder der betroffene Arbeitnehmer kann die Übernahme einer ihr oder ihm zugewiesenen Arbeit ablehnen, wenn der Arbeitgeber die Voraussetzungen nach den Absätzen 1–4 nicht erfüllt oder wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus trotz der vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen nach den Absätzen 3 und 4 aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachtet. Der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen.

<sup>7</sup> Ist es nicht möglich, die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach den Absätzen 1–4 zu beschäftigen, oder lehnen diese die zugewiesene Arbeit im Sinne von Absatz 6 ab, so stellt der Arbeitgeber sie unter Lohnfortzahlung frei.

<sup>8</sup> Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer machen ihre besondere Gefährdung durch eine persönliche Erklärung geltend. Der Arbeitgeber kann ein ärztliches Attest verlangen.

### 3. Beschulung trotz Verbot des Präsenzunterrichts

- 15 Der Präsenzunterricht ist zurzeit noch verboten. Daher kann heute einzig gestützt auf Art. 7 COVID-19-Verordnung 2 mit einer Ausnahmegewilligung Präsenzunterricht stattfinden. Für die Erteilung einer Ausnahmegewilligung muss ein überwiegendes öffentliches Interesse vorliegen, das nur dann bejaht werden wird,
- wenn der Bildungsauftrag anders nicht wahrgenommen werden kann (z.B. Stoffvermittlung via Skype) und
  - ein Schutzkonzept besteht, das die Voraussetzungen gemäss Art. 7 lit b COVID-19-Verordnung 2 erfüllt (insbesondere: Anpassung der räumlichen Verhältnisse so, dass die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz eingehalten werden).
- 16 Besonders gefährdete Lehrpersonen dürfen auch dann nur Unterrichten, wenn die Bestimmungen von Art. 7 lit. b und Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 eingehalten sind.

### 4. Beantwortung von Einzelfragen

- 17 Die Beantwortung wird, auch wenn allgemein gefragt wird, immer auf Lehrpersonen in öffentlichen Schulen bezogen.

1. *Welche Richtlinie muss der Arbeitgeber berücksichtigen, wenn es um die Frage der Eindämmung der Verbreitung des Virus geht?*

a.

Präsenzveranstaltungen an Schulen sind zurzeit (noch) verboten (Art. 5 Abs. 1 der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19; COVID-19-Verordnung 2] vom 13. März 2020, Stand am 17. April 2020).

Wegen dieses Verbots finden sich in der COVID-19-Verordnung 2 keine Regelungen, welche Schutzmassnahmen bei Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts zum Schutz der Mitarbeitenden und der Schülerschaft ergriffen werden müssen, vorbehalten bleibt die Sonderbestimmungen für besonders gefährdete Personen (Art. 10c COVID-19-Verordnung 2).

Daraus kann nicht geschlossen werden, dass die COVID-19-Verordnung 2 im Grundsatz nicht anwendbar ist. Es bestand bisher nur kein Anlass, spezielle Regeln vorzusehen. Damit ist zu antizipieren, wie die ergänzenden Regeln aussehen werden.

Art. 6 Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2 nennt Einrichtungen und Veranstaltungen, die nicht generell geschlossen sind. Darunter wird in lit. j auch die *öffentliche Verwaltung* genannt; im Gesamtzusammenhang ist klar, dass damit nicht die Schulen gemeint sind. Gemäss Art. 6 Abs. 4 COVID-19-Verordnung 2 *müssen* diese Einrichtungen die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz einhalten; die Anzahl der anwesenden Personen ist entsprechend zu limitieren und Menschenansammlungen sind zu verhindern. Es gibt keinen Grund, weshalb diese Bestimmung nicht auch für den Schulbetrieb gelten soll, wenn er wieder erlaubt ist.

In Art. 7d COVID-19-Verordnung 2 werden die Präventionsmassnahmen auf Baustellen und in der Industrie normiert. Auch hier wird gesagt, dass die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz eingehalten werden *müssen*.

Es gibt keinen erkennbaren Grund, weshalb in den Schulen anders geregelt werden soll. Die genannten Bestimmungen sind zwar für die Schulen nicht unmittelbar anwendbar, aber es ist eine vergleichbare Ausgestaltung zu erwarten.

Eine Empfehlung des BAG ist die folgende:



**Abstand halten.**

Halten Sie Abstand zu anderen Menschen. Eine Ansteckung mit dem neuen Coronavirus kann erfolgen, wenn man zu einer erkrankten Person weniger als zwei Meter Abstand hält. Indem Sie Abstand halten, schützen Sie sich und andere vor einer Ansteckung.

Die Empfehlung ist zentral. Es muss erwartet werden, dass diese Empfehlung in neuem Notverordnungsrecht oder ergänzenden Weisungen

angeordnet wird. Dies gilt nicht nur für die Lehrpersonen gegenüber den SuS, sondern auch für die SuS untereinander.

b.

Für besonders gefährdete Lehrpersonen sind die Bestimmungen von Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 massgebend. Diese schränkt die Beschäftigungsmöglichkeiten weitgehend ein.

c.

Neben den Bestimmungen in der COVID-19-Verordnung 2 sind das jeweilige kantonale Personalrecht für Lehrpersonen, die dazugehörigen Verordnungen sowie das Arbeitsgesetz zu beachten. Im Personalrecht ist die Fürsorgepflicht vorgesehen, die den Gesundheitsschutz und Massnahmen des Arbeitgebers für diesen Gesundheitsschutz beinhaltet; im Arbeitsgesetz sind weitergehende Vorgaben für den Gesundheitsschutz normiert, insbesondere auch für Schwangere. Diese Bestimmungen werden aber zurzeit durch die COVID-19-Verordnung 2 überlagert, weil viel allgemeiner gehalten und weniger weitgehend. Sollte der Bundesrat wider Erwarten keine ergänzenden Bestimmungen in der COVID-19-Verordnung 2 und den dazugehörigen Weisungen und Empfehlungen erlassen, sind Massnahmen zum Gesundheitsschutz gestützt auf das Personalgesetz und das Arbeitsgesetz zu verlangen.

2. *Welche Vorsichtsmassnahmen kann oder muss der Arbeitnehmer ergreifen (welche sind zumutbar) und welche muss der Arbeitgeber zwingend ergreifen?*

Wie in Ziffer 1 gesagt sind in der COVID-19-Verordnung 2 keine Massnahmen für den Präsenzunterricht vorgesehen, weil dieser verboten ist. In den nächsten Tagen ist mit einer Ergänzung zu rechnen. Wie ebenfalls in Ziffer 1 gesagt können die Massnahmen nicht wesentlich von jenen abweichen, wie sie in Art. 6 Abs. 4 COVID-19-Verordnung 2 vorgesehen sind; alles andere ist nur schwer erklärbar. Ist das so, gelten für den Schulbetrieb insbesondere auch die Abstandsregeln gemäss den Weisungen und Empfehlungen des BAG.

Die Bestimmungen in der COVID-19-Verordnung 2 sind nicht etwa freiwillig einzuhalten, sondern *zwingend*. Wird geregelt wie in Art. 6 Abs. 4 COVID-19-Verordnung 2 oder in Art. 7d COVID-19-Verordnung 2,



stellt sich *die Frage der Zumutbarkeit nicht*. Wird anders entschieden, etwa, dass keine Abstände einzuhalten sind, gilt auch dies – selbst wenn gestützt auf die (kantonale oder kommunale) Fürsorgepflicht etwas Anderes vertretbar oder sogar richtiger wäre. Das ist eine Folge der derogatorischen Kraft des Bundesrechts.

Es ist nicht damit zu rechnen, dass Grundsätze, wie der Präsenzunterricht auszugestalten ist, an die Frage der Zumutbarkeit geknüpft werden. Die Frage der Zumutbarkeit ist individuell, jeweils pro Schule, Gemeinde, Kanton unterschiedlich. Bei der Pandemie handelt es sich aber *nicht um ein lokales Phänomen*. Dogmatisch lässt sich nicht begründen, dass eine Schule mit engen Platzverhältnissen die Vorgaben des Bundes nicht einhalten muss, eine grosse Schule aber schon.

3. *Wenn die Schule ein potentieller Multiplikator / Verbreiter eines Gesundheitsrisikos ist, wie stark muss der Arbeitgeber die medizinischen Vorsichtsmassnahmen gewichten (vs. wirtschaftliche Folgen)?*

Der Umstand, dass die Schule als «potentieller Multiplikator / Verbreiter» des Virus gelten muss, ist bei der Prüfung der Angemessenheit bzw. Verhältnismässigkeit von Schutzmassnahmen zu berücksichtigen. Denn dadurch erhöht sich das Risiko für Mitarbeitende und SuS, sich in der Schule anzustecken. Je grösser die Ansteckungsgefahr und damit das gesundheitliche Risiko für Mitarbeitenden und SuS und damit der Eltern der SuS usw. ist, desto eher sind dem Arbeitgeber Schutzmassnahmen zumutbar.

Zurzeit ist aber *nicht* davon auszugehen, dass die Abwägung *Gesundheitsrisiko* einerseits, *wirtschaftliche Folgen* andererseits, der einzelnen Schule überlassen wird. Auch das Kriterium der wirtschaftlichen Folgen ist im vorliegenden Zusammenhang von untergeordneter Bedeutung, entscheidend ist das Wohl von Mitarbeitenden und SuS und die Entwicklung der SuS und damit die Frage, welche Risiken unter Berücksichtigung der angeordneten Massnahmen wie zu gewichten sind.

4. *Wie muss der Arbeitgeber für die Lehrpersonen die besonderen Schutzmassnahmen bzw. seine Fürsorgepflicht umsetzen? Ändert der Umstand, dass angezeigte Schutzmassnahmen für die Schulen nicht machbar sind, etwas dran (Zimmergrösse, Kinder können den Abstand auch zur LP*

*nicht einhalten, Masken tragen funktioniert nicht oder nur unzuverlässig, die hygienischen Voraussetzungen in den Toiletten sind schwierig)?*

Der Arbeitgeber muss diejenigen Schutzmassnahmen umsetzen, die der Bund (allenfalls der Kanton ergänzend und weitergehend, nicht einschränkend) angeordnet hat. Wenn die Schutzmassnahmen im Einzelfall nicht umgesetzt werden können, ist der Präsenzunterricht unzulässig. Der einzelne Arbeitgeber wird nicht argumentieren können, er könne die vorgeschriebenen Schutzmassnahmen gestützt auf die räumlichen Verhältnisse nicht umsetzen, weshalb die Lehrpersonen auch ohne diese Schutzmassnahmen ihren Dienst verrichten müssten.

Es ist davon auszugehen, dass dem Bund klar ist, wie Schulen von innen aussehen. Er wird sein Notverordnungsrecht und die damit verbundenen Weisungen und Merkblätter entsprechend ausrichten. Sollte er wider Erwarten den Kantonen einen allzu grossen Ermessensspielraum bei der Festlegung von Schutzmassnahmen überlassen, wird im Sinn des bestehenden Notverordnungsrechts zu argumentieren sein (vergleiche Frage 1 hiavor).

5. *Was gilt für vulnerable Lehrpersonen?*

a) *Brauchen sie ein Arztzeugnis?*

Nein. Lehrpersonen können ihre besondere Gefährdung durch eine persönliche Erklärung geltend machen (Art. 10b Abs. 8 COVID-19-Verordnung 2) Der Arbeitgeber kann im Einzelfall ein Arztzeugnis verlangen.

b) *Können sie unter gewissen Umständen für den Präsenzunterricht freigestellt werden?*

Ja, wenn der Arbeitgeber die Voraussetzungen gemäss Art. 10c Abs. 3 lit. a und lit. b COVID-19-Verordnung 2 nicht einhält. Das ist dann kein „können«, sondern ein «müssen».

c) *Ist eine Lehrperson mit 64 nicht vulnerabel, mit 65 aber schon?*

Eine Lehrperson im Alter von 64 Jahren ohne Vorerkrankung gilt nicht als besonders gefährdete Person im Sinn der CO-

VID-19-Verordnung 2. Eine Einzelfallbeurteilung ist vorbehalten. Eine Person mit Alter 65 gilt als besonders gefährdet im Sinn der COVID-19-Verordnung 2.

Die Grenze hat etwas Willkürliches an sich, weil der eine mit 64 Jahren gesundheitlich möglicherweise schlechter dran ist als der andere mit 65 oder 66 Jahren, wenn auch ohne die in der COVID-19-Verordnung 2 genannten Vorerkrankungen. Aber jede gesetzliche Regelung hat Schnittstellen, die man auch anders setzen könnte.

- d) *Wie sieht es mit dem Schutz von schwangeren Lehrerinnen aus?*

Eine schwangere Lehrerin gilt nicht als besonders gefährdet im Sinn der COVID-19-Verordnung 2. Eine Einzelfallbeurteilung ist auch hier vorbehalten. Zudem kann sich eine schwangere Lehrperson auf das Arbeitsgesetz berufen, woraus sich im Einzelfall wegen des Coronavirus eine besondere Gefährdung ergeben kann.

6. *Nach den Frühlingsferien am 20. April 2020 sollen an einer Schule Jugendliche der Sekundarstufe I, die per homeschooling nicht beschulbar sind, in kleinen Gruppe durch Lehrkräften in der Schule beschult werden.*

- a) *Müssen die Lehrpersonen diese Aufgabe übernehmen, auch wenn der Bundesrat die Wiedereröffnung der Volksschulen erst auf den 11. Mai 2020 vorsieht?*

Ja, sofern die Schule über eine *Ausnahmebewilligung* gemäss Art. 7 COVID-19-Verordnung 2 verfügt, sonst nein.

Die Erteilung einer Ausnahmebewilligung (insbesondere für Bildungseinrichtungen) setzt voraus, dass die Schule der zuständigen kantonalen Stelle (Bildungsdepartment) ein Schutzkonzept vorlegt, das gesetzlich definierte Präventionsmassnahmen umfasst (Massnahmen zum Ausschluss von Personen, die krank sind oder sich krank fühlen, Massnahmen

zum Schutz von besonders gefährdeten Personen, Massnahmen zur Information der anwesenden Personen über allgemeine Schutzmassnahmen, Anpassungen der räumlichen Verhältnisse, so, dass die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz eingehalten werden).

Man kann bereits aus dieser Ausnahmebestimmung ableiten, wie dereinst mögliche Vorgaben für die Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts aussehen können.

b) *Wie verhält es sich mit vulnerablen Lehrpersonen?*

Wird Art. 10b und 10c COVID-19-Verordnung 2 nicht angepasst, gelten diese auch für Lehrpersonen weiter.

Diese Bestimmungen schliessen eine Beschäftigung dann aus, wenn der Arbeitsplatz nicht so ausgestaltet werden kann, dass *jeder enge Kontakt* mit anderen Personen ausgeschlossen ist, namentlich in dem ein Einzelraum oder ein klar abgegrenzter Arbeitsbereich unter Berücksichtigung des Mindestabstandes von 2 m nicht zur Verfügung gestellt wird oder in Fällen, in denen ein enger Kontakt nicht jederzeit vermieden werden kann und dieser Tatsache nicht mit technischen Massnahmen, wozu auch eine persönliche Schutzausrüstung gehört, begegnet werden kann.

Auf den Schulbetrieb übertragen muss das heissen, dass besonders gefährdete Personen mit hoher Wahrscheinlichkeit *nicht* zum Präsenzunterricht verpflichtet werden können.

### **III. Begründung**

#### **A. Aktuelle gesetzliche Grundlagen**

- 18 Gemäss Art. 5 Abs. 1 der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, Stand am 17. April 2020, sind Präsenzveranstaltungen in Schulen verboten. Aufgrund dieses Verbots finden sich in der COVID-19-Verordnung 2 keinen Regelungen, welchen Schutzmassnahmen bei Öffnung der Schulen bzw. der Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts zum Schutz der Mitarbeitenden und der Schülerschaft ergriffen

werden müssen. Wegen des Verbots von Präsenzunterricht waren Regelungen – im Gegensatz zu derzeit geöffneten Einrichtungen (vgl. Art. 6 Abs. 4 COVID-19-Verordnung 2) – nicht erforderlich. Es ist davon auszugehen, dass die Verordnung auf den Zeitpunkt der Wiederaufnahme des ordentlichen Präsenzunterrichts hin revidiert und Regelung über den Präsenzunterricht enthalten wird.

- 19 Zugleich ist davon auszugehen, dass die zuständigen Behörden bis zum 11. Mai 2020 Richtlinien, Weisungen und/oder Merkblätter über den Präsenzunterricht ausarbeiten werden (vgl. Corona-Medienkonferenz Montag, 20. April 2020, abgerufen unter: [www.tagesanzeiger.ch](http://www.tagesanzeiger.ch), am 20. April 2020).

## **B. Schutzpflichten des Arbeitgebers**

### **1. Grundlagen**

- 20 Die Lehrpersonen sind (mehrheitlich) dem öffentlichen Personalrecht unterstellt und nicht dem Obligationenrecht. Für den *Gesundheitsschutz* können sie sich auf die Fürsorgepflicht berufen (die sich weitgehend mit der privatrechtlichen Regelung in Art. 328 Obligationenrecht deckt) und auf Art. 6 des Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964. Die Schutz der Persönlichkeit von Angestellten des öffentlichen Rechts gemäss dem einschlägigen anstellungsrechtlichen Grundlagen besteht also neben den Pflichten des Art. 328 Obligationenrecht, deckt sich mit diesen aber weitgehend<sup>1</sup>.
- 21 Gemäss Art. 328 Abs. 1 OR hat der Arbeitgeber die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Was unter Gesundheitsschutz zu verstehen ist, wird in Absatz 2 näher präzisiert. Abs. 2 von Art. 328 OR stimmt teilweise wortwörtlich mit Art. 6 Abs. 1 ArG überein, der auch in Bezug auf die Anstellung von Lehrpersonen Anwendung findet (Art. 3a in Verbindung mit Art. 6 ArG).

### **2. Umfang des Gesundheitsschutzes**

- 22 Sowohl Art. 328 OR als auch Art. 6 ArG beziehen sich nicht nur auf Massnahmen zum Schutz vor Berufsunfällen, sondern ganz allgemein auf Massnahmen

---

<sup>1</sup> § 1 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit § 30 des Gesetzes über das öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnis (Personalgesetz, PG) vom 26. Juni 2001 des Kantons Luzern; § 1 Abs. 2 in Verbindung mit § 14 des Personalgesetzes vom 17. November 1999 des Kantons Basel-Stadt

im Zusammenhang mit Gesundheitsschädigungen, die sich aus der Berufsausübung ergeben können (BGE 132 III 257). Darunter fällt auch, dass *ein Arbeitgeber die gebotenen und zumutbaren Präventionsmassnahmen ergreift*, um Ansteckung oder Verbreitung von Krankheiten am Arbeitsplatz zu verhindern.

- 23 Der Arbeitgeber muss dafür sorgen, dass keine gefährlichen ansteckenden Krankheiten – wie z.B. das Coronavirus – in die Schule eingeschleppt werden und die Lehrpersonen nicht angesteckt werden.

### **3. Massnahmen**

#### **a) Allgemeine**

- 24 Gemäss den gesetzlichen Grundlagen (Art. 328 Abs. 2 OR; Art. 6 Abs. 1 ArG) sind *alle* Massnahmen für den Gesundheitsschutz zu treffen, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes angemessen sind. Was dies konkret in Bezug auf die Epidemienlage bedeutet, lässt sich weder dem Gesetzestext noch der Rechtsprechung entnehmen. Die Frage muss gestützt auf die pandemische sowie schulische Situation und damit den konkreten Einzelfall beantwortet werden.

#### **b) Erfahrung**

- 25 Mit den nach der Erfahrung notwendigen Massnahmen ist nicht der subjektive Blickwinkel eines Einzelnen angesprochen, sondern die allgemeine Erfahrung über gleiche oder gleichartige Risiken. Als erforderlich werden Massnahmen erachtet, deren Notwendigkeit in der Praxis allgemein anerkannt ist. Hierzu hat der Arbeitgeber die Bekanntmachungen von Fachorganisationen oder Richtlinien von Fachbehörden zu beachten.
- 26 In Bezug auf die Schulen und die Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts haben Fachorganisationen oder zuständige Behörden (noch) *keine Richtlinien oder Weisungen* erlassen. Es ist aber damit zu rechnen, dass bis zur Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts Konzepte ausgearbeitet werden (vgl. Corona-Medienkonferenz Montag, 20. April 2020, abgerufen unter: [www.tagesanzeiger.ch](http://www.tagesanzeiger.ch), am 20. April 2020).
- 27 Derzeit können im Zusammenhang mit dem Coronavirus als (mehrheitlich) «allgemein anerkannt» nur die bereits vorliegenden Weisungen, Richtlinien und Merkblätter des Bundesamts für Gesundheit (BAG) gelten. Entsprechend hat

sich der Arbeitgeber an diesen Richtlinien zu orientieren (vgl. Merkblatt für Arbeitgeber, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Coronavirus, abgerufen unter: [www.bad.admin.ch](http://www.bad.admin.ch), am 19. April 2020; Informationen und Empfehlungen für die Arbeitswelt; Stand am 13. März 2020; Merkblatt für Kinderbetreuungsinstitutionen, Covid-19, Gesundheitsschutz in der familienergänzenden Kinderbetreuung, Stand am 7. April 2020). Denkbar erscheint gestützt auf die bereits bestehenden Richtlinien und Weisungen in Bezug auf die Schulen und die Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts Folgendes:

- Wiederkehrende Information der Arbeitnehmenden über Ansteckungsmöglichkeiten und die getroffenen Massnahmen (mittels Informationsblätter und/oder E-Mail);
- Wiederkehrende Information der Eltern und Schülerschaft über Ansteckungsmöglichkeiten und die getroffenen Massnahmen (mittels Informationsblätter und/oder E-Mail);
- Einhaltung, Kontrolle und Durchsetzung der von den Gesundheitsbehörden empfohlenen Hygienevorschriften durch die Lehrpersonen und die SuS (Hände mit Seife oder Händedesinfektionsmittel waschen; Bereitstellung von Seifenspendern, Einweghandtüchern und Desinfektionsmitteln sowie geschlossenen Abfalleimern; in Taschentuch oder Armbeuge husten und niesen);
- Einhaltung, Kontrolle und Durchsetzung der von den Gesundheitsbehörden empfohlenen Verhaltensregeln (Verzicht aufs Händeschütteln, ÖV-Nutzung soweit möglich vermeiden, bei akuten Atemwegserkrankungen mit oder ohne Fieber, Fiebergefühl, Muskelschmerzen bleibt der Mitarbeitende zu Hause oder wird nach Hause geschickt);
- Regelmässiges Desinfizieren aller Arbeitsflächen, Tastaturen, Telefonen, Türgriffe, Liftknöpfe, Treppengeländer, Kaffeemaschinen, und anderer Objekte, besonders bei gemeinsamer Nutzung; wenn nötig Erhöhung der Ressourcen für die Reinigung;
- Distanz am Arbeitsplatz (möglichst Mindestabstand von zwei Metern, ev. Bodenmarkierungen, um die Einhaltung des Abstandes von mindestens zwei Metern zwischen Mitarbeitenden sowie Schülerschaft zu gewährleisten). Falls die Mindestdistanz unterschritten bzw. nicht eingehalten werden kann, ist die Prüfung von zusätzlichen Massnahmen (kurze Kontaktzeit, ev. Maskenpflicht) erforderlich;

- Interne Sitzungen, Elternabende oder ähnliches nur unter Einhaltung der Hygiene- und Verhaltensregeln (Hände waschen, keine Hände schütteln, Abstand halten). Beschränkung der Anzahl der Teilnehmenden, damit pro Person als Referenzwert circa 4m<sup>2</sup> zur Verfügung stehen;
- versetzte Arbeits- und Pausenzeiten, damit weniger Personen gleichzeitig anwesend sind.
- Entfernen von Zeitschriften, anderen Papieren und Gegenständen aus Gemeinschaftsbereichen;
- Lüften der Arbeitsräume etwa vier Mal täglich für ca. zehn Minuten;
- Klassen von Lehrpersonen und SuS möglichst klein halten (vgl. Empfehlung BAG betreffend Kinderbetreuung; wonach eine Gruppe idealerweise aus *fünf Kinder* zuzüglich Betreuende besteht);
- Wechsel der Zusammensetzung von Gruppen sowie Klassenverbände sowie Kontakte mit Personen ausserhalb der Gruppen sowie Klassenverbände sind möglichst zu vermeiden, Prüfung der Absage von klassenübergreifenden Veranstaltungen (z.B. Sporttag).

## 2. Stand der Technik

- 28 In Bezug auf den ab dem 11. Mai 2020 beabsichtigten Präsenzunterricht an den obligatorischen Schulen sind gestützt auf diese Voraussetzung derzeit keine konkreten Massnahmen ableitbar.

## 3. Angemessenheit

### a. Allgemeines

- 29 Die Formulierung «den Verhältnissen des Betriebes angemessen» bezieht sich auf die Verhältnismässigkeit und Zumutbarkeit der angeordneten Massnahmen. Das heisst, der Aufwand für die Umsetzung der Massnahmen muss im Verhältnis zum Nutzen in einem vernünftigen und wirtschaftlich vertretbaren Verhältnis stehen. Es geht darum, das Ausmass eines gesundheitlichen Risikos und die Aufwendungen für die notwendigen Schutzmassnahmen gegeneinander abzuwägen. Dazu ist das Schädigungspotenzial der Gefahren, denen die Lehrpersonen ausgesetzt sind, zu berücksichtigen. Je grösser das Risiko einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ist, desto aufwändigere Schutzmassnahmen sind angemessen, denn dem Gesundheitsschutz kommt «*erste Priorität*» zu (BGE 132 III 257).



- 30 Dabei ist auch die Natur des Arbeitsverhältnisses (d.h. bspw. der ihm innewohnende Gefahrengrad) in Betracht zu ziehen (vgl. auch Wegleitung zum Arbeitsgesetz des Seco, November 2006, Art. 6 ArG). Zur Natur des Arbeitsverhältnisses einer Lehrperson gehört nicht, sich ansteckenden gefährlichen Krankheiten auszusetzen (im Gegensatz zu einem Stuntman, wenn die Inkaufnahme von Risiken bei der Verfilmung eines Autorennens zum Vertragsinhalt gehört).
- 31 Bei der Prüfung der Angemessenheit ist deshalb zu berücksichtigen, dass
- die Infizierung mit dem Virus eine schwere Erkrankung verursachen kann,
  - die Schule als «potentieller Multiplikator» des Virus gelten muss, und die Lehrpersonen daher aufgrund ihrer Tätigkeit einem verstärkten Risiko der einer Ansteckung mit einer schweren Krankheit ausgesetzt sind.
- 32 Dies spricht alles dafür, dass dem Arbeitgeber auch weitreichende und intensive Schutzmassnahmen zuzumuten sind.

#### **b. Angemessenheit bei Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts**

- 33 Wie sich diese Folge mit der Wiederaufnahme des Primarschulunterrichts vereinbaren lässt, ist unklar. Zentrale Empfehlungen bei der Wiederaufnahme des Präsenzunterrichts in der Schule sind nur schwerlich oder gar nicht umsetzbar. Die entscheidenden Parameter (Zimmergrössen, Lehrerpool sowie Klassenzimmer für Beschulung in Kleinklassen) und Verhaltensweise (Distanzeinhaltung von Schulkindern gegenüber Lehrpersonen – und untereinander) lassen sich in der Schule nur bedingt COVID-konform umsetzen.
- 34 Der geltenden COVID-19-Verordnung 2 lässt sich entnehmen, dass bei geöffneten öffentlich zugänglichen Einrichtungen (Art. 6 Abs. 4 COVID-19-Verordnung 2) sowie bei gestützt auf eine Ausnahmegewilligung stattfindenden Veranstaltungen (Art. 7 lit. b Ziff. 4 COVID-19-Verordnung 2) die Hygiene- und Verhaltensregeln in jedem Fall einzuhalten sind. Daraus ist zu schliessen, dass die Einhaltung dieser Regelungen zumindest gestützt auf die aktuell geltenden Grundlagen für den Ordnungsgeber essentiell waren und sind. Ein Abweichen davon lässt sich auch für Präsenzunterricht nicht rechtfertigen.

#### 4. Betroffener Personenkreis

- 35 Die COVID-19-Verordnung 2 enthält Bestimmungen betreffend besonders gefährdeten Personen. Diese sollen besonders geschützt werden. Der Bundesrat hat am 16. April 2020 präzisiert, wer besonders gefährdet ist und was im Rahmen der Schutzmassnahmen zu beachten ist.
- 36 Gemäss Art. 10b Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 gelten als besonders gefährdete und damit als vulnerabel Personen ab 65 Jahren und Personen, die insbesondere folgende Erkrankungen aufweisen: Bluthochdruck, Diabetes, Herz-Kreislauf-Erkrankungen, chronische Atemwegserkrankungen, Erkrankungen und Therapien, die das Immunsystem schwächen, Krebs. Diese Liste wird im Anhang 6 der Verordnung 2 präzisiert und gilt als nicht abschliessend (vgl. Art. 10b Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2).
- 37 Mit der COVID-19-Verordnung 2 wurde im Grundsatz festgelegt, wer als besonders gefährdet gilt. Schwangere Lehrpersonen oder Personen ohne Vorerkrankung unter dem Alter von 65 Jahren zählen nicht dazu (vgl. auch: Merkblatt des BAG für Arbeitgeber, Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz, Coronavirus, Version 19. März 2020).
- 38 Vorbehalten bleibt eine Beurteilung der Gefährdung im Einzelfall (Art. 10b Abs. 3 COVID-19-Verordnung 2). Eine Person unter 65 Jahren und ohne die in der Verordnung genannten Vorerkrankungen kann daher infolge einer klinischen bzw. medizinischen Beurteilung eines Arztes im Einzelfall dennoch als besonders gefährdete Person gelten und sich dann auf die einschlägigen Bestimmungen berufen. Das gilt auch für schwangere Lehrpersonen. Diese sind zudem im Rahmen des Arbeitsgesetzes (Art. 3a in Verbindung mit Art. 35 ArG) am Arbeitsplatz geschützt. Danach hat der Arbeitgeber schwangere Frauen und auch stillende Mütter so zu beschäftigen und ihre Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass ihre Gesundheit und die Gesundheit des Kindes nicht beeinträchtigt werden.

#### 5. Wirkungen auf das Arbeitsverhältnis

- 39 Mit Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 soll präzisiert werden, unter welchen Vorgaben besonders gefährdete Personen weiter beschäftigt werden dürfen bzw. wann sie unter Lohnfortzahlung von der Arbeitspflicht zu befreien sind. Die Absätze 1–4 von Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 halten hierzu im Sinne einer Kaskade fest, welche Möglichkeiten in welcher Reihenfolge zur Verfügung stehen.
- 40 Gemäss Absatz 1 hat der Arbeitgeber besonders gefährdeten Personen zu ermöglichen, ihre Arbeitsverpflichtungen von zu Hause aus zu erfüllen. Ist dies nicht

möglich, ist die angestammte Arbeitsverpflichtung von zu Hause aus zu erfüllen, weist der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmenden in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit zu, die von zu Hause aus erledigt werden kann (Art. 10c Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2).

- 41 Ist die Erfüllung der Arbeitspflicht zu Hause nicht möglich, weil aus betrieblichen Gründen die Präsenz besonders gefährdeter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Ort ganz oder teilweise unabdingbar ist, dürfen diese gemäss Absatz 3 unter strengen Voraussetzungen vor Ort beschäftigt werden. Anzustreben ist dabei, dass die Arbeitnehmenden vor Ort so gut geschützt werden, dass sie keinem grösseren Risiko ausgesetzt sind, als wenn sie von zu Hause aus arbeiten würden (Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2, S. 32). Primär ist dem Mitarbeitenden ein Arbeitsplatz zuzuweisen, gemäss welchem jeder enge Kontakt mit anderen Personen ausgeschlossen ist, namentlich indem ein Einzelraum oder ein klar abgegrenzter Arbeitsbereich unter Berücksichtigung des Mindestabstandes von zwei Metern zur Verfügung gestellt wird (Art. 10c Abs. 3 lit. a COVID-19-Verordnung 2). In Fällen, in denen ein enger Kontakt nicht jederzeit vermieden werden kann, werden angemessene Schutzmassnahmen nach dem STOP-Prinzip ergriffen (Art. 10c Abs. 3 lit. b COVID-19-Verordnung 2; Substitution: Tätigkeiten, bei denen es zu engem Kontakt kommen kann, werden durch andere Tätigkeiten ersetzt; technische und organisatorische Massnahmen: Tätigkeiten, bei denen es zu engem Kontakt kommen kann, werden in anderer Form ausgeführt [z.B. Kontakt via elektronischen Mitteln] oder Installation spezieller Schutzvorrichtungen [Plexiglasscheiben] und Schutzmassnahmen [Desinfektionsmittel etc.]; persönliche Schutzausrüstung, sofern die Arbeitnehmenden im Umgang mit Schutzausrüstung geübt sind; vgl. Erläuterungen COVID-19-Verordnung 2, S. 33).
- 42 Als letzte Möglichkeit in der Kaskade sieht Absatz 4 vor, dass der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer in Abweichung vom Arbeitsvertrag bei gleicher Entlohnung eine gleichwertige Ersatzarbeit vor Ort zugewiesen wird, bei der die oben genannten Vorgaben (Gestaltung des Arbeitsplatzes ohne engen Kontakt mit anderen Personen bzw. STOP-Prinzip) eingehalten werden.
- 43 Bevor der Arbeitgeber eine in den Absätzen 1-4 genannten Massnahmen anordnet, muss er den betroffenen Mitarbeitenden anhören (Art. 10c Abs. 5 COVID-19-Verordnung 2). Dieser kann dann insbesondere die Übernahme einer zugewiesenen Arbeit ablehnen, wenn die Voraussetzungen nach den Absätzen 1-4 nicht erfüllt sind oder wenn der betroffene Arbeitnehmer die Gefahr einer Ansteckung mit dem Coronavirus trotz der vom Arbeitgeber getroffenen Massnahmen aus besonderen Gründen als zu hoch für sich erachtet. In letzterem Fall kann

der Arbeitgeber ein ärztliches Attest verlangen, das die besonderen Gründe bestätigt (Art. 10c Abs. 6 COVID-19-Verordnung 2).

- 44 Wenn keine der Möglichkeiten gemäss den Absätzen 1-4 in Betracht fällt und keine Ablehnung gemäss Art. 10c Abs. 6 COVID-19-Verordnung 2 vorliegt, muss der betroffene Arbeitnehmende unter Lohnfortzahlung freigestellt werden (vgl. Art. 10c Abs. 7 COVID-19-Verordnung 2).

## **C. Beabsichtigte Beschulung nach den Frühlingsferien**

### **1. Ausgangslage**

- 45 Eine Schule im Kanton Basel-Stadt beabsichtigt, nach den Frühlingsferien am 20. April 2020 an der Schule Jugendliche der Sekundarstufe I, die per home-schooling nicht beschulbar sind, in kleinen Gruppe durch Lehrkräften in der Schule zu unterrichten.

### **2. Anweisungen des Bundes**

- 46 Gemäss Art. 5 Abs. 1 COVID-19-Verordnung 2 sind Präsenzveranstaltungen in Schulen, Hochschulen und übrigen Ausbildungsstätten verboten. Daran soll sich erst am 11. Mai 2020 etwas ändern. Unter Vorbehalt der Entwicklung des Virus sollen zu diesem Zeitpunkt die obligatorischen Schulen wieder öffnen. Bis zum 11. Mai 2020 ist Präsenzunterricht daher grundsätzlich verboten. Dieses grundsätzliche Verbot wird mit Art. 7 COVID-19-Verordnung 2 mit einer Ausnahmemöglichkeit ergänzt. Danach kann die zuständige kantonale Behörde Ausnahmen vom Verbot nach den Artikeln 5 bewilligen, wenn:
- a. überwiegende öffentliche Interessen dies gebieten, beispielsweise für Bildungseinrichtungen und bei Versorgungsproblemen; und
  - b. von der Ausbildungsinstitution, dem Veranstalter oder dem Betreiber ein Schutzkonzept vorgelegt wird, das folgende Präventionsmassnahmen umfasst:
    - Massnahmen zum Ausschluss von Personen, die krank sind oder sich krank fühlen,
    - Massnahmen zum Schutz von besonders gefährdeten Personen,

- Massnahmen zur Information der anwesenden Personen über allgemeine Schutzmassnahmen wie Händehygiene, Abstandhalten oder Husten- und Schnupfenhygiene,
- Anpassungen der räumlichen Verhältnisse so, dass die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und soziale Distanz eingehalten werden.

- 47 Gemäss den Erläuterungen zur COVID-19-Verordnung 2 kann ein überwiegendes öffentliches Interesse insbesondere bei «Bildungseinrichtungen in Bereichen vorliegen, wo die Verfügbarkeit entsprechender Fachpersonen zwingend ist bzw. im Einzelfall für die Wahrnehmung des Bildungsauftrags notwendig sind» (S. 24 Erläuterungen). Damit ist angesprochen, dass Präsenzunterricht durchgeführt werden kann, wenn der Bildungsauftrag anders nicht wahrgenommen werden kann. Entsprechend ist vorgängig jeweils zu prüfen, ob der Bildungsauftrag tatsächlich Präsenzunterricht erfordert oder aber, ob nicht andere Massnahmen getroffen werden können, um die Vermittlung des Schulstoffes an die betroffenen Jugendlichen zu ermöglichen (z.B. Stoffvermittlung via Skype). Erst wenn der Schulträger die möglichen Optionen neben dem Präsenzunterricht geprüft und in zulässiger Weise bzw. aufgrund der angezeigten Notwendigkeit verworfen hat, darf im Einzelfall ein überwiegendes öffentliches Interesse bejaht werden. Ob eine solche Prüfung bereits vorgenommen wurde und eine Notwendigkeit der Beschulung der in der Ausgangslage genannten Jugendlichen tatsächlich gegeben ist, kann vorliegend nicht abschliessend beurteilt werden; Fragezeichen sind hier aber angebracht.
- 48 Sofern der Bildungsauftrag im konkreten Fall tatsächlich Präsenzunterricht erforderlich macht, weil die Jugendlichen ansonsten nicht beschult werden können, muss ein Schutzkonzept vorgelegt werden, dass die obengenannten Voraussetzungen erfüllt. Nur dann fällt eine Ausnahmegewilligung in Betracht.
- 49 Nach Erteilung einer Ausnahmegewilligung von den zuständigen Behörden kann Präsenzunterricht unter Einhaltung des Schutzkonzepts stattfinden. Zur Erteilung des Unterrichts können die Lehrpersonen herangezogen werden. Denn dieser Unterricht ist Bestandteil der vertraglich vereinbarten Tätigkeit einer Lehrperson und insofern kann der Arbeitgeber eine entsprechende Weisung erlassen. Besonders gefährdete Lehrpersonen können jedoch nur herangezogen werden, wenn besondere Massnahmen zu ihrem Schutz gemäss Art. 7 lit. b sowie Art. 10c COVID-19-Verordnung 2 getroffen wurden (vgl. dazu auch: Rz. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.** ff.).

- 50 In Bezug auf den ausnahmsweise stattfindenden Präsenzunterricht ist aber wiederum zu prüfen, ob die beigezogenen Lehrpersonen damit eine entschädigungspflichtige Mehrleistung erbringen. Denn die Mehrheit der Lehrpersonen ist durch das grundsätzliche Verbot des Präsenzunterrichts nicht erheblich weniger belastet, sondern erbringt die vereinbarte Arbeitsleistung durch Fernunterricht (vgl. dazu: Schreiben vom 8. April 2020 betr. «Schulferienbetreuung der Schülerinnen und Schüler durch Lehrpersonen»). Entsprechend stellt sich bei Erteilung von Präsenz- und zugleich Fernunterricht (Homeschooling) die Frage, ob nicht eine entschädigungspflichtige Mehrleistung vorliegt.

Für Rückfragen stehe ich Ihnen zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Dr. Michael Merker