

# **Skript**

## **Fallstricke und Tücken der Kurzarbeit und Massentlassung**

**Stefan Pfister, Zürich und Aarau**

lic. iur., Rechtsanwalt, MAS in Sportsmanagement EHS Magglingen

stefan.pfister@bdo.ch

pfister@baumbergerfrey.ch

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Kurzarbeit</b> .....	<b>3</b>
I. <b>Gesetzliche Grundlage</b> .....	<b>3</b>
II. <b>Grundidee / Begriffe und Erklärungen</b> .....	<b>3</b>
III. <b>Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung / Anmeldung</b> .....	<b>4</b>
IV. <b>Anspruchsvoraussetzungen</b> .....	<b>4</b>
V. <b>Rechenbeispiele</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Massentlassung</b> .....	<b>5</b>
I. <b>Gesetzliche Grundlage</b> .....	<b>5</b>
II. <b>Begriffe / Definitionen</b> .....	<b>5</b>
III. <b>Konsultation der Arbeitnehmer(-vertretung)</b> .....	<b>6</b>
IV. <b>Information der öffentlichen Hand</b> .....	<b>6</b>
V. <b>Kündigungsfristen</b> .....	<b>7</b>
VI. <b>Wirksamkeit der Kündigung / Nichteinhalten des Ablaufes</b> .....	<b>7</b>
VII. <b>Zusammenfassung des Vorgehens</b> .....	<b>7</b>
<b>3. Quellen</b> .....	<b>8</b>

## 1. Kurzarbeit<sup>1</sup>

### I. Gesetzliche Grundlage

Die Kurzarbeit ist grundsätzlich im Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; Art. 35 ff. AVIG) geregelt. Weitere Bestimmungen finden sich in den dazugehörigen Verordnungen (Art. 46 - Art. 64 AVIV) und in Beschlüssen des Bundesrates.

### II. Grundidee / Begriffe und Erklärungen

Im Arbeitsverhältnis trägt der Arbeitgeber<sup>2</sup> das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko. Dies bedeutet, dass er seine Arbeitnehmer für Arbeitsstunden, die wegen Betriebsstörungen, Auftragschwunds oder Absatzschwierigkeiten ausfallen, gleichwohl vertragsgemäss zu entlönnen hat. Hingegen darf der Arbeitgeber im Einverständnis mit den Angestellten die vertragliche Arbeitszeit verkürzen, was ihre Lohnansprüche entsprechend vermindert. Als Ausgleich erhalten die Arbeitnehmer von der Arbeitslosenversicherung die Kurzarbeitsentschädigung (nachfolgend KAE), sofern die im Arbeitslosenversicherungsgesetz (Art. 31 ff. AVIG) hierfür aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind. Die KAE will Ganzarbeitslosigkeit verhindern und Arbeitsplätze erhalten.

Von *Kurzarbeit* spricht man dann, wenn in einem Betrieb (oder in einer Betriebsabteilung) die Arbeit um mehr als 10 % der insgesamt geleisteten Arbeitsstunden reduziert oder vollständig eingestellt wird, dabei aber die arbeitsrechtliche Vertragsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber aufrecht erhalten bleiben (vgl. Art. 32 AVIG). Die Kurzarbeit ist in der Regel wirtschaftlich bedingt. Als Kurzarbeit gelten auch Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere von den Arbeitnehmenden nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Darunter fallen auch wetterbedingte Arbeitsausfälle; nicht aber der Wegfall eines Kunden (Klumpenrisiko) oder betriebsübliche bzw. saisonale Schwankungen oder Arbeitsausfälle zu Folge Streiks.

Die Bezugsdauer für KAE wurde durch den Bundesrat mit Verfügung (in Kraft: 01.04.2009 bis 31.03.2011) auf 18 Monate innert zwei Jahren heraufgesetzt. Der Arbeitgeber hat zudem nur einen Karenztag pro Monat zu tragen.

Maximal versichert ist ein *Jahresverdienst* von CHF 126'000 bzw. CHF 8'500 pro Monat.

Eine *Betriebsabteilung* ist einem *Betrieb* gleichgestellt, falls diese eine mit eigenen technischen und personellen Mitteln ausgestattete organisatorische Einheit bildet, welche:

- einer eigenen, innerbetrieblichen Leitung untersteht, oder
- Leistungen erbringt, die auch durch selbständige Betriebe erstellt und auf dem Markt angeboten werden könnten.

Das Bundesgericht hat einem Vizedirektoren und Leiter der Betriebsabteilungen "Finanzen + Informatik/Dienste sowie Technik + Baubetrieb" eines Grossbetriebes im Strassen- und Tiefbau den Anspruch auf KAE zu gesprochen. Die Abteilung wurde als Betrieb qualifiziert und der Vizedirektor nicht dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums zu gezählt (BGE 120 V 521).

Heimarbeiter bilden immer eine Betriebsabteilung.

---

<sup>1</sup> Mit freundlicher Unterstützung von: Frau Franziska Beutler, MLaw, Rechtsanwältin, BDO Visura, Bern; Frau Barbara Eggenberger, BDO Visura, Zürich; Frau Beatrice Wyss, Bachelor of Science in Business Law ZFH, BDO Visura, Zürich.

<sup>2</sup> Alle Formulierungen gelten gleichermassen auch in weiblicher Form.

### III. Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung / Anmeldung

Die Geltendmachung der KAE muss durch den Arbeitgeber erfolgen. Dazu muss der Arbeitgeber bei der zuständigen kantonalen Amtsstelle eine Voranmeldung einreichen.

Diese Anmeldung hat in der Regel mindestens 10 Tage vor Beginn der Kurzarbeit zu geschehen (Ausnahme: 3 Tage, wenn der Arbeitgeber nachweist, dass Kurzarbeit wegen "plötzlich eingetretener, nicht voraussehbarer Umstände" eingeführt werden muss). Zuständig für die Bewilligung ist die kantonale Amtsstelle jenes Kantons, in welchem der Betrieb oder die Betriebsabteilung den Sitz hat. Mit der Voranmeldung wird auch die zuständige Kasse gewählt (freie Kassenwahl).

Sofern die kantonale Amtsstelle die Kurzarbeit bewilligt, muss der Arbeitgeber die weitere Geltendmachung bei der gewählten Kasse einreichen. Die Kasse überprüft die Anspruchsvoraussetzungen und die Einhaltung der zusätzlichen Pflichten des Arbeitgebers. Die Kasse (rück-) vergütet anschliessend die KAE an den Arbeitgeber.

Zusätzliche Pflichten des Arbeitgebers sind etwa:

- Ausrichtung von 80 % des Verdienstaufalles (inkl. allenfalls vertraglich vereinbarte regelmässige Zahlungen) an die betroffenen Arbeitnehmer am Zahltag (Vorschusspflicht des Arbeitgebers);
- Tragung Karenztage bzw. des Karenztages;
- Bezahlung der vollen gesetzlichen und vertraglich vereinbarten Sozialabzüge; Rückerstattung des Differenzbetrages für AHV, IV, EO und ALV-Arbeitgeberbeiträge an Arbeitgeber; Arbeitnehmerabzüge gehen ohne anders lautende Abrede grundsätzlich voll zu Lasten Arbeitnehmer;
- Erfüllung der Auskunft- und Meldepflichten.

### IV. Anspruchsvoraussetzungen

Anspruchsberechtigt sind grundsätzlich Arbeitnehmende, welche ALV-beitragspflichtig sind. Es wird keine Mindestbeitragsdauer verlangt (anders für den Bezug von ALV-Taggeldern).

Von der KAE ausgenommene Arbeitnehmer sind etwa (vgl. auch Art. 31 Abs. 3 AVIG):

- Arbeitnehmer, welche mit der KA nicht einverstanden sind;
- Arbeitnehmer, die in gekündigtem Arbeitsverhältnis oder in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer zum Betrieb stehen;
- Arbeitnehmer deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Hinweis: gem. Art. 73 Abs. 1 lit. c ArGV1 ist der Arbeitgeber verpflichtet, die tägliche und wöchentliche Arbeitszeit aufzuzeichnen; Aufzeichnung während min. 6 Mte.);
- Arbeitnehmer des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums oder solche die massgeblich finanziell am Betrieb beteiligt sind;
- Ehegatten von mitarbeitenden eingetragenen Partnern;
- Lehrlinge und zugemietete Mitarbeiter

### V. Rechenbeispiele<sup>3</sup>

a) Vizedirektor; versicherter Verdienst CHF 11'500 pro Monat; KA 50 %		
Lohn Arbeitgeber: 50 %	CHF	5'750
KAE: 80 % von 50 % von CHF 10'500*	CHF	3'124
Total**	CHF	10'350

\*Maximal versicherter Verdienst beträgt CHF 10'500 pro Monat; davon 50 % als KAE.

---

<sup>3</sup> Quelle: seco

\*\* Von diesem Betrag sind die "vollen" Sozialabzüge (AHV, IV, EO, ALV, BVG etc.) zu subtrahieren sowie allfällige Kinder- oder Ausbildungszulagen zu addieren. Ohne anderslautende Abrede wird lediglich dem Arbeitgeber der Differenzbetrag rückerstattet.

Hinweis: Einem von ganz- oder halbtägigem Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer kann eine geeignete und zumutbare Zwischenbeschäftigung zugewiesen werden. Wird die Arbeit länger als 1 Monat eingestellt, müssen sich diese Arbeitnehmer zudem selbst um eine Zwischenbeschäftigung bemühen.

b) Fachspezialistin; versicherter Lohn CHF 7'810 pro Monat; KA 40 %		
Lohn Arbeitgeber: 60 %	CHF	4'686
KAE: 80 % von 40 % von CHF 7'810	CHF	2'499
Total*	CHF	7'185

\* Von diesem Betrag sind die "vollen" Sozialabzüge (AHV, IV, EO, ALV, BVG etc.) zu subtrahieren sowie allfällige Kinder- oder Ausbildungszulagen zu addieren. Ohne anderslautende Abrede wird lediglich dem Arbeitgeber der Differenzbetrag rückerstattet.

## 2. Massentlassung

### I. Gesetzliche Grundlage

Das Verfahren bei Massentlassung ist in den Art. 335d bis Art. 335g sowie Art. 336 Abs. 2 lit. c und Art. 336a Abs. 3 OR geregelt.

Es handelt sich dabei um relativ zwingende Bestimmungen (keine Abänderung zu Ungunsten der Arbeitnehmer). Ergänzt werden die Bestimmungen des Obligationenrechts durch Art. 29 des Arbeitsvermittlungsgesetzes (AVG) und allfällige Bestimmungen in einem GAV.

### II. Begriffe / Definitionen

Eine Massentlassung im Sinne des Gesetzes liegt vor, wenn der Arbeitgeber einer bestimmten Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen aus Gründen, die in keinem Zusammenhang mit der Person des Arbeitnehmers stehen (Art. 335e Abs.1 OR; im Streitfall vom Arbeitgeber zu beweisen), kündigt oder für die entsprechende Anzahl Mitarbeiter Änderungskündigungen ausspricht.

Freiwillige Austritte von Arbeitnehmern sind davon nicht erfasst. Die Massentlassungs-Bestimmungen sind nicht anwendbar, wenn die Betriebsschliessung auf einem gerichtlichen Entscheid beruht (Art. 335e Abs. 2 OR, etwa Betriebsschliessung durch Gesundheitsamt; Vorliegen einer Massentlassung auf Grund von Konkurs oder Nachlassstundung ist umstritten).

<i>In Betrieben mit:</i>	<i>liegt eine Massentlassung vor bei:</i>
20 - 99 Arbeitnehmern	mindestens 10 Kündigungen
100 - 299 Arbeitnehmern	Kündigungen an mind. 10 % der Arbeitnehmern
300 Arbeitnehmern und mehr	mind. 30 Kündigungen

Bei der Festlegung der *Betriebsgrösse* ist die Anzahl der *Arbeitnehmer*, die „in der Regel“ im Betrieb angestellt sind (etwa auch befristet angestellte Personen [s. Sondervorschrift: Art. 335e Abs. 1 OR], Teilzeitbeschäftigte, lernende Personen oder arbeitnehmerähnliche Personen), entscheidend. Als Faustregel gilt: Es kann in etwa von der durchschnittlichen Anzahl von Beschäftigten im letzten Kalenderjahr oder zumindest im letzten halben Kalenderjahr ausgegangen werden (Streiff/von Kaenel, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2006, N7 zu Art. 335d OR).

Unter *Betrieb* ist eine Organisationseinheit des Wirtschaftslebens zu verstehen. Mehrere Betriebe des gleichen Arbeitgebers werden in der Regel nicht zusammengezählt, es sei denn, sie liegen geografisch und von der Art her so nahe beieinander, dass sie als Einheit betrachtet werden müssen (Aubert, AJP 1994, S. 701; vgl. Definition bei KAE).

Die *Kündigungen* müssen ausnahmslos innerhalb der Frist von 30 Kalendertagen ergehen. Der Fristenlauf beginnt bereits mit dem Aussprechen der Kündigung durch den Arbeitgeber. Nicht erfasst werden befristete Arbeitsverhältnisse, die vertragskonform auslaufen.

### III. Konsultation der Arbeitnehmer(-vertretung)

Eine Massenentlassung hat für die betroffene Belegschaft erhebliche Folgen, weshalb die Arbeitnehmer vor einer definitiven Entscheidung anzuhören sind. Durch das sog. *Konsultationsverfahren* soll die Arbeitnehmervertretung noch auf die Entscheidungsfindung des Arbeitgebers einwirken können, indem sie etwa Vorschläge einbringen kann, wie die beabsichtigten Kündigungen vermieden oder zumindest reduziert werden können.

*Konsultationspartner* auf der Arbeitnehmerseite ist grundsätzlich die Arbeitnehmervertretung, d.h. die in privaten Betrieben nach den Regeln der Art. 5 bis 7 Mitwirkungsgesetz (MwG) bestellte Vertretung. Eine solche kann im Hinblick auf eine Massenentlassung auch ad hoc gewählt werden. Hat ein Betrieb keine Arbeitnehmervertretung, steht die Mitwirkung den Arbeitnehmern direkt zu.

Der Arbeitgeber hat alle *wesentlichen Informationen* zur bevorstehenden Massenentlassung schriftlich zu geben: Etwa die Gründe der Entlassung, die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer, die Zahl der Arbeitnehmer, denen gekündigt werden soll oder der Zeitraum, in dem die Kündigungen ausgesprochen werden sollen. Eine Kopie dieser schriftlichen Mitteilung ist den kantonalen Arbeitsämtern (am Ort des Betriebes und vorzugsweise denjenigen Ämtern in deren Kantonen die Entlassungen Auswirkungen haben) zuzustellen. Allgemeine Floskeln, wie beispielsweise der Hinweis auf die allgemeine Wirtschaftslage, vermögen der Begründungspflicht nicht zu genügen. In der Praxis empfiehlt es sich zudem, dass der Betrieb die Presse informiert.

Obwohl das Gesetz keinen bestimmten *Zeitpunkt* für die Information durch den Arbeitgeber vorsieht, ist das Konsultationsverfahren auf jeden Fall vor dem definitiven Entscheid über die Massenentlassung einzuleiten.

Ebenso ist gesetzlich nicht vorgeschrieben, wie lange die *Frist zur Einbringung von Vorschlägen* anzusetzen ist. Dies hängt vom Einzelfall ab. In einfacheren Fällen kann eine Frist von 5 Tagen genügen, bei komplexeren Sachverhalten sollte die Frist zwischen zwei Wochen und 30 Tagen betragen. Eine Frist von wenigen Stunden ist wohl zu kurz (BGE 123 III 176).

Der Arbeitgeber muss sich mit den Vorschlägen der Arbeitnehmervertretung bzw. der Arbeitnehmer zumindest ernsthaft auseinandersetzen, kann diese dann aber ohne Grundangabe ablehnen. Passives pro-forma Anhören einer Delegation entspricht nicht dem Begriff der Konsultation (vgl. Schwaibold in Kurzkommentar OR, Basel 2008, N. 1 ff. zu Art. 335f OR).

Gesetzlich besteht *kein Anspruch auf einen Sozialplan*. Der Abschluss eines Sozialplans kann aber durchaus auch im Interesse des Arbeitgebers liegen, da er dadurch seinen Reputationschaden in der Öffentlichkeit in Grenzen halten kann.

### IV. Information der öffentlichen Hand

Jede Massenentlassung muss zudem dem zuständigen kantonalen Arbeitsamt schriftlich angezeigt werden. Die Anzeige muss die Ergebnisse der Arbeitnehmerkonsultation und alle weiteren zweckdienlichen Angaben enthalten. Eine Kopie der Anzeige geht an die Arbeitnehmer. Diese haben das Recht, sich gegenüber dem Arbeitsamt nochmals zur Situation zu äussern.

Das Arbeitsamt hat die Aufgabe, Lösungen für die Probleme zu suchen, die die beabsichtigte Massenentlassung aufwirft. Im Vordergrund steht hier die Förderung des Dialogs zwischen den Sozialpartnern. In der Regel wird das Arbeitsamt auch die kantonale Wirtschaftsförderung in den Prozess einbeziehen. Denkbar ist, dass bereits in dieser Phase Umschulungs- und/oder andere Massnahmen eingeleitet werden, die einen reibungslosen Übergang zu einem neuen Arbeitsverhältnis ermöglichen.

## V. Kündigungsfristen

Grundsätzlich müssen auch bei einer Massenentlassung die gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungsfristen eingehalten werden.

In jedem Fall endet das Arbeitsverhältnis aber *frühestens 30 Tage nach der Anzeige* an das kantonale Arbeitsamt.

## VI. Wirksamkeit der Kündigung / Nichteinhalten des Ablaufes

Umgeht ein Arbeitgeber die Vorschriften der *Konsultationspflicht der Arbeitnehmer*, so führt dies nicht zu einer nichtigen, wohl aber zu einer missbräuchlichen Kündigung, die einen Entschädigungsanspruch des Entlassenen auslöst (Art. 336a Abs. 1 OR). Die Höhe der Entschädigung ist auf zwei Monatslöhne begrenzt (Art. 336a Abs. 2 OR; vgl. zum Ganzen auch: Centre Patronal, Ergänzungsblätter zum Handbuch des Arbeitgebers, Nr. 108, Dezember 2007).

Die Unterlassung der Anzeige kann zudem eine Busse von bis zu CHF 40'000 nach sich ziehen (Art. 39 AVG).

Unterlässt der Arbeitgeber die *Anzeige an das Arbeitsamt*, so liegt zwar keine missbräuchliche Kündigung vor. Da diese Anzeige aber über den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Kündigung entscheidet (Ende des Arbeitsverhältnisses: 30 Tage nach Anzeige), kann das Unterlassen zu einem Hinausschieben der Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen, was unter Umständen auch eine Lohnfortzahlungspflicht auslöst. Das Ende der Arbeitsverträge ist in solchen Fällen unter Rücksicht darauf festzulegen, wann allfällige Tätigkeiten des kantonalen Arbeitsamtes nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden können. Dies ist spätestens dann der Fall, wenn die Arbeitnehmer eine neue Stelle antreten (BGE 132 III 406).

*Beispiel:* Einhaltung der Konsultation der Arbeitnehmer vor Aussprechung der ordentlichen (Massen-)Kündigung am 30. Juni auf den 31. Juli; Anzeige an das kantonale Arbeitsamt erfolgte jedoch erst am 15. Juli; Kündigung ist zwar gültig, wird aber erst auf den 15. August wirksam. Es findet aber keine Verlängerung bis zum Monatsende mehr statt (Streiff/von Kaenel, a.a.O., N. 8 zu Art. 335g).

*Hinweis:* Die gesetzlichen Regelungen über den Kündigungsschutz gelten auch bei Massenentlassungen. Gemäss Art. 336c OR darf die Kündigung also auf keinen Fall zur Unzeit, d.h. beispielsweise während der Schwangerschaft einer Arbeitnehmerin, erfolgen. Eine solche Kündigung ist - unabhängig von den Bestimmungen über die Massenentlassung - auf jeden Fall nichtig.

## VII. Zusammenfassung des Vorgehens

- Schriftliche Information der Arbeitnehmer über:
  - o Gründe der Massenentlassung;
  - o Zahl der Kündigungen;
  - o Anzahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer;
  - o Zeitraum der Kündigungen;

- Gleichzeitige Einräumung einer Konsultationsfrist an Arbeitnehmer (Faustregel: min. etwa 5 Tage bei Dringlichkeit und einfachen Verhältnissen; etwa 2 Wochen bei komplexeren Fällen);
- Zustellung einer Kopie des Konsultationsschreibens an kantonale Arbeitsämter;
- Schriftliche Information des Arbeitgebers an kantonale Arbeitsämter über Ergebnis des Konsultationsverfahrens;
- Zustellung einer Kopie des Informationsschreibens an Arbeitnehmer an Arbeitsämter;
- Schriftliche Information der Arbeitsämter über Ergebnis des Konsultationsverfahrens und Zustellung einer Kopie dieses Informationsschreibens an Arbeitnehmer;
- Aussprechen der Kündigungen (Ende der Arbeitsverhältnisse frühestens 30 Tage nach Anzeige an Arbeitsämter betreffend Ergebnis des Konsultationsverfahrens; Art. 335 g Abs. 4 OR);
- Meldung der Entlassungen beim zuständigen Arbeitsamt (Art. 29 AVG)

### **3. Quellen**

*(Ohne Anspruch auf Vollständigkeit)*

Aubert, in: AJP 1994, S. 701

Streiff / von Kaenel, Praxiskommentar zum Arbeitsvertrag, 6. Auflage, Zürich, Basel, Genf, 2006

Schwaibold in Kurzkomentar OR, Basel 2008

Centre Patronal, Ergänzungsblätter zum Handbuch des Arbeitgebers, Nr. 108, Dezember 2007

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

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

[www.awa.zh.ch/internet/vd/awa/de/home.html](http://www.awa.zh.ch/internet/vd/awa/de/home.html)

[www.rav.zh.ch/internet/vd/awa/rav/de/informationen/massenentlassungen.html](http://www.rav.zh.ch/internet/vd/awa/rav/de/informationen/massenentlassungen.html)

[www.rav.zh.ch/internet/vd/awa/rav/de/leistungen/kurzarbeit.html](http://www.rav.zh.ch/internet/vd/awa/rav/de/leistungen/kurzarbeit.html)

[www.treffpunkt-arbeit.ch](http://www.treffpunkt-arbeit.ch)