

Kurzpapier: "Kurzarbeit und Staatsbetriebe"

Datum 8. Mai 2020

Erstellt von Dr. Mischa Morgenbesser

I AUSGANGSLAGE

An einer Medienkonferenz vom 7. Mai 2020 teilte das SECO mit, es habe bei den Kantonen bislang 438 Einsprachen gegen genehmigte Bewilligungen für Kurzarbeit deponiert, wobei es insbesondere auch um Unternehmungen im öffentlich-rechtlichen Bereich gehe.

Dieses Kurzpapier stellt die Rechtslage zur Thematik "Kurzarbeit und Staatsbetriebe" dar.

II GESETZLICHE GRUNDLAGEN

Gemäss Art. 31 Abs. 1 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG) haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn:

- a) sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben;
- b) der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32);
- c) das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist;
- d) der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können.

Zur Prüfung der Anspruchsvoraussetzung nach Art. 31 Abs. 1 Absatz 1 Buchstabe d AVIG kann in Ausnahmefällen eine Betriebsanalyse zu Lasten des Ausgleichsfonds durchgeführt werden (Art. 31 Abs. 1^{bis} AVIG).

III AVIG-PRAXIS KAE (KURZARBEITSENTSCHÄDIGUNG) (GÜLTIG AB 1.1.2020)

Als Aufsichtsbehörde hat das SECO für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen und den Durchführungsstellen im Zusammenhang mit dem Gesetzesvollzug Weisungen zu erteilen (Art. 110 AVIG). Dies geschieht im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung in der Form der AVIG-Praxis KAE, welche für alle Durchführungsstellen verbindlich ist.

Badertscher Rechtsanwälte AG

Mühlebachstrasse 32
Postfach 769
8024 Zürich
T + 41 44 266 20 66
F + 41 44 266 20 70

Grafenauweg 6
Postfach 7243
6302 Zug
T + 41 41 726 60 60
F + 41 41 726 60 66

info@b-legal.ch
b-legal.ch

Gemäss AVIG-Praxis KAE gilt für Kurzarbeit in öffentlichen Betrieben und Verwaltungen Folgendes:

D36 In der Regel sind die Anspruchsvoraussetzungen für KAE bei öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern nicht gegeben, da sie kein eigentliches Betriebsrisiko tragen. Andererseits kann in Anbetracht der vielfältigen Formen staatlichen Handelns nicht zum vornherein ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall die Voraussetzungen für die Gewährung der KAE erfüllt sein könnten (BGE 121 V 362).

D37 Tragen die öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber kein Betriebsrisiko, weil sie die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben (Leistungsaufträge) und finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder Verluste aus öffentlichen Mitteln gedeckt werden, entfällt der Anspruch auf KAE (ARV 1996/1997 S. 122).

• *Rechtsprechung*

ARV 1995 S. 176 (Die Voraussetzung, wonach der Arbeitsausfall nur dann anrechenbar ist, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist, kann nicht erfüllt sein, wenn für den Betrieb kein Eigenrisiko, d. h. wenn keine Gefahr der Betriebsschliessung besteht. KAE dient kurzfristig der Vermeidung von Entlassungen)

IV RECHTSREPCHUNG

A. BGE 121 V 362

Im Urteil BGE 121 V 362 (Urteil vom 28. Juni 1995, Original in französischer Sprache) erwog das Bundesgericht, dass auch Personen, welche im öffentlichen Dienst stehen, als Arbeitnehmer im Sinne von Art. 31 AVIG gelten.

Der Ausgleich für Arbeitszeitverkürzungen ist eine Präventivmassnahme im weitesten Sinne: Der Zweck der Gewährung eines solchen Ausgleichs besteht darin, zu verhindern, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vollständig arbeitslos werden, und gleichzeitig Arbeitsplätze im Interesse sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu erhalten.

In der Regel können die oben genannten Voraussetzungen für den Anspruch auf Ausgleich für Kurzarbeit jedoch nicht erfüllt werden, wenn der Arbeitgeber ein öffentlich-rechtliches Unternehmen ist, da er kein eigenes Betriebsrisiko trägt. Vielmehr müssen die ihm per Gesetz obliegenden Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Situation erfüllt werden, und finanzielle Engpässe, Über- oder Unterdeckungen können mit öffentlichen Mitteln (Steuereinnahmen) gedeckt werden. Darüber hinaus besteht in der Regel keine Gefahr des Arbeitsplatzverlustes, wenn Arbeitnehmer die Möglichkeit haben, in andere Sektoren versetzt zu werden, wie dies in Gemeinden oder öffentlichen Einrichtungen einer bestimmten Grösse der

Fall ist. Andererseits kann angesichts der vielfältigen Formen staatlichen Handelns auf den ersten Blick nicht ausgeschlossen werden, dass die Bediensteten des öffentlichen Dienstes im konkreten Fall die Voraussetzungen für den Anspruch auf Ausgleich bei Arbeitszeitverkürzung erfüllen können. Entscheidend ist letztlich entsprechend dem Zweck der Vorsorgeeinrichtung, ob durch die Gewährung einer Kurzarbeitsentschädigung eine Entlassung - oder gar die Nichtwiederwahl - vermieden werden kann.

Für die Zuteilung der Zulage ist daher der Status der von der Arbeitszeitverkürzung betroffenen Mitarbeiter entscheidend. Wenn solche Mitarbeiter den Status eines Beamten oder einen ähnlichen Status haben, der die Möglichkeiten einer Entlassung im Rahmen des Arbeitsvertrags einschränkt, verhindert dieser Status also, dass sie kurzfristig - und möglicherweise auch mittelfristig - ihren Arbeitsplatz verlieren. In diesem Fall sind die Bedingungen für den Anspruch auf eine Entschädigung im Falle einer Arbeitszeitverkürzung nicht erfüllt.

Die Forderung nach einem wirtschaftlichen Risiko auf kurze oder mittlere Sicht betrifft auch das Unternehmen. Denn anders als unter dem alten Regime, bei dem von einer Arbeitszeitverkürzung betroffene Arbeitnehmer Leistungen erhielten, weil sie sich in Kurzarbeit befanden, steht seit Inkrafttreten des AVIG das Unternehmen im Mittelpunkt der Bedingungen, die erfüllt sein müssen, damit der aus der Arbeitszeitverkürzung resultierende Arbeitsausfall berücksichtigt werden kann. Dies kommt insbesondere in Art. 32 Abs. 1 Bst. a AVIG zum Ausdruck, wonach ein Arbeitsausfall nur dann berücksichtigt wird, wenn er auf wirtschaftliche Faktoren zurückzuführen und unvermeidbar ist. Natürlich kann diese Bedingung nicht erfüllt werden, wenn das Unternehmen kein inhärentes Geschäftsrisiko trägt, d.h. ein wirtschaftliches Risiko, bei dem die Existenz des Unternehmens selbst auf dem Spiel steht, z.B. das Risiko des Konkurses oder das Risiko der Geschäftsaufgabe. Droht dem privaten Unternehmen jedoch die Zwangsvollstreckung, so gilt dies nicht für den öffentlichen Dienst, dessen Existenz nicht durch eine verlustbringende Ausübung bedroht ist.

Das Bundesgericht beurteilte den konkreten Fall wie folgt:

Die von der Arbeitszeitverkürzung betroffenen Personen gingen kein wirtschaftliches Risiko ein. Im Gegenteil, es ging nicht darum, dass die Gemeinde sie kurz- oder mittelfristig entlassen würde, wie aus dem Protokoll der Sitzung der Kommission für Industriedienstleistungen vom 1. April 1992 hervorgeht. Hätte die Gemeinde ausserdem beschlossen, sich von ihnen Angestellten zu trennen und sie nicht auf andere Unternehmensteile zu übertragen, so hätte sie dies nur nach dem Verfahren tun können, das in der allgemeinen Regelung für das Personal der Kommunalverwaltung festgelegt ist und das eine kurzfristige Entlassung ausschliesst.

Was die kommerzielle Tätigkeit der Wasser- und Gaswerkstatt anbelangt, so ging es nicht darum, sie einzustellen, obwohl die Verkaufsstelle für Industriedienstleistungen nach dem 1991 verzeichneten Defizit geschlossen wurde. Tatsächlich stand die Existenz des Sanitärgeschäfts - d.h. aller betroffenen Werkstätten - nicht auf dem Spiel, und es bestand daher keine Gefahr einer Schliessung des Betriebs.

B. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 9. Januar 1997 (= Praxis 86 (1997) Nr. 63)

Im Lichte dieser Rechtsprechung, an welcher festzuhalten ist, erweist sich der angefochtene Gerichtsentscheid als Rechtens. Bei den betreffenden Beschäftigten handelt es sich um Bundesbeamte, die ohne den Vorbehalt der Auflösung des Dienstverhältnisses infolge Aufhebung des Amtes gewählt waren und deren Wiederwahl in der massgebenden Anspruchsperiode nicht anstand. Es kommt dazu, dass bei diesen Beamten gerade deshalb keine Vorbehalte ausgesprochen wurden, weil das Flugzeugwerk nach eigenen Angaben im kantonalen Verfahren an einer dauernden Weiterbeschäftigung dieser Bediensteten ein vitales Interesse hatte, da es sich bei ihnen um hochqualifizierte Know-how-Träger des neuen Kampfflugzeuges F/A-18 Hornet handelt. Ihre Arbeitsplätze waren somit nicht bloss aufgrund ihres Beamtenstatus nicht gefährdet. Vielmehr sollte mit der vorbehaltlosen Wahl das Risiko eines Wegganges des für die technisch anforderungsreiche Lizenzfabrikation benötigten Fachpersonals vor Produktionsbeginn verkleinert werden.

Im weiteren bestand auch kein eigentliches Betriebsrisiko. Zum einen wurde das Kampfflugzeug zum Zwecke der Landesverteidigung gekauft. Anschaffung wie auch Endfabrikation in der Schweiz liegen im nationalen Interesse. Zum andern ist nach zutreffender Auffassung des BIGA die gesetzlich vorgeschriebene bilanzmässige Behandlung allfälliger Betriebsdefizite durch jährlichen Verlustvortrag und Verrechnung mit künftigen Gewinnen einer staatlichen Defizitgarantie gleichzustellen, solange jedenfalls das Grundkapital nicht aufgebraucht ist.

V FAZIT

Gestützt auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung können Staatsbetriebe Kurzarbeit nur beantragen, wenn

- den betroffenen Mitarbeitern kurzfristig gekündigt werden kann; und
- ein mit einem Privatunternehmen vergleichbares Betriebsrisiko besteht.