März 2020

Employment News Nr. 46

# Was, wenn der Arbeitnehmer der Kurzarbeit nicht zustimmt?

Die Kurzarbeitsentschädigung bildet einen integralen Bestandteil des behördlichen COVID 19-Rettungspakets für die Schweizer Wirtschaft. Wiederholt hat der Bundesrat formale Erleichterungen beschlossen und den Adressatenkreis erweitert. Trotzdem bleibt das Erfordernis der Zustimmung der Arbeitnehmer zur Kurzarbeit in verschiedener Hinsicht zentral.

walderwyss rechtsanwälte

Um den weitreichenden wirtschaftlichen Konsequenzen von Ereignissen wie der Corona-Pandemie zu begegnen, existiert in der Schweiz das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung. Der Staat kommt bei Kurzarbeit grundsätzlich für 80% (von maximal CHF 148'200 p.a.) des Verdienstausfalles auf. Damit ein Betrieb von diesen staatlichen Unterstützungsleistungen profitieren kann, müssen die betroffenen Arbeitnehmer der Massnahme zustimmen. In der Praxis stellt sich regelmässig die Frage, was es für die arbeitsrechtliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bedeutet, wenn ein Arbeitnehmer nicht in die Kurzarbeit einwilligt.

Von Irène-Suter Sieber
Dr. iur., Rechtsanwältin
Partnerin
Telefon +41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com

und Sarah Eichenberger
MLaw, Rechtsanwältin
Telefon +41 58 658 58 69
sarah.eichenberger@walderwyss.com

## Die Zustimmung des Arbeitnehmers als Voraussetzung für Kurzarbeitsentschädigung

Wird für einen Betrieb die Kurzarbeitsentschädigung («KAE») bewilligt, beträgt diese 80% des anrechenbaren Verdienstausfalls. Das als Berechnungsgrundlage dienende Einkommen ist monatlich auf CHF 12'350 begrenzt. Für arbeigeberähnliche Angestellte kann aufgrund von COVID-19 ausnahmsweise auch KAE beantragt werden. Die Pauschale beträgt allerdings lediglich CHF 3'320 pro Monat. Für Arbeitnehmer im Hochlohnsegment bedeuten diese Beschränkungen einen Verzicht auf einen massiven Teil des Verdiensts.

Die KAE setzt voraus, dass der Arbeitnehmer in die Kurzarbeit einwilligt. Ansonsten muss ihn die Arbeitgeberin weiterhin «nach Arbeitsvertrag entlöhnen». Die Frage, was es für eine allfällige Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin bedeutet, wenn ein Arbeitnehmer der Kurzarbeit nicht zustimmt, wurde höchstrichterlich noch nicht geklärt. Sollte die Arbeitgeberin bei fehlender Zustimmung in Arbeitgeberverzug kommen, hätte dies für sie weitreichende Konsequenzen. Die Arbeitgeberin müsste dann den vollen bisherigen Lohn weiterleisten, ohne dafür von der Arbeitslosenkasse entschädigt zu werden. Der Arbeitnehmer seinerseits wäre nur noch reduziert oder gar nicht mehr leistungspflichtig. Weil gerade gut bis sehr gut verdienende Arbeitnehmer ein monetäres Interesse daran haben, die Kurzarbeit abzulehnen, könnte diese mangelnde Zustimmung mitunter zur Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin führen. Dieses Resultat würde dem Sinne und Zweck der KAE zuwiderlaufen. Denn das erklärte Ziel der KAE ist gerade die Vermeidung eines Konkurses und des damit einhergehenden Stellenverlusts für das gesamte Personal.

Um zu beurteilen, ob für die Arbeitgeberin im Falle einer Ablehnung der Kurzarbeit durch den Arbeitnehmer eine Pflicht zur Entrichtung des vollen Lohns besteht, muss zuerst geklärt werden, in welchen Konstellationen der Arbeitsverhinderung die Arbeitgeberin überhaupt eine Lohnfortzahlungspflicht trifft. In diesem Kontext ist klarzustellen, dass die KAE keine Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin voraussetzt. Das sozialversicherungsrechtliche Instrument der KAE bezweckt nicht nur, das Lohnrisiko der Arbeitgeberin, sondern eben auch das Lohnausfallrisiko des Arbeitnehmers abzufedern.

## Grundsätzliches zur Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin

Der Arbeitsvertrag zeichnet sich dadurch aus, dass Arbeit gegen Lohn geleistet wird. Wenn aber keine Arbeit geleistet wird, ist grundsätzlich auch der Lohn nicht geschuldet. Der Gesetzgeber hat hier jedoch punktuell eingegriffen und der Arbeitnehmer hat in gewissen Ausnahmefällen trotzdem Anspruch auf Lohn, so z.B. wenn er krank ist. Eine weitere Ausnahme bildet der Arbeitgeberverzug nach Art. 324 Abs. 1 OR. Wenn die Arbeitgeberin dem Arbeitnehmer durch ihr Verschulden oder aus einem anderen Grund, der in ihrer Risikosphäre liegt, keine Arbeit mehr anbieten kann, ist der Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung befreit, erhält aber trotzdem seinen Lohn. Wie weit genau die Risikosphäre der Arbeitgeberin reicht, ist nicht abschliessend geklärt.

Klar ist, dass das Betriebs- und das wirtschaftliche Risiko zur Sphäre der Arbeitgeberin gehören und sie dort auch die Lohnfortzahlungspflicht trifft:

– Zum Betriebsrisiko gehören z.B. Personalmangel, fehlende Rohstoffe, Ausfall der Heizung oder Bewilligungsentzug;
– Unter das wirtschaftliche Risiko fallen z.B. ausbleibende Aufträge oder eine defizitäre Produktion.

Mit diesen Risiken muss die Arbeitgeberin kalkulieren. Ihnen ist gemein, dass sie marktbedingt oder von Dritten verschuldet oder verursacht sind, für die die Arbeitgeberin einzustehen hat (z.B. Hilfspersonen, Arbeitnehmer).

Weniger klar ist die Zuordnung bei der dritten Risikogruppe «Zufall und höhere Gewalt». Nicht jedes beliebige Risiko, das nicht in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt, kann automatisch der Arbeitgeberin auferlegt werden. Dies würde den Regelungszweck von Art. 324 OR seines Sinns entleeren. Es muss also einen Bereich geben, der weder zur Risikosphäre des Arbeitnehmers noch zu derjenigen der Arbeitgeberin gehört und in welchem deshalb beide Parteien von der Leistungspflicht befreit sind. In der Rechtsliteratur finden sich Stimmen, die – zu Recht – danach unterscheiden, ob ein Ereignis mehr oder weniger spezifisch die Arbeitgeberin (so z.B. bei der Zerstörung der Fabrik durch Erdrutsch oder bei Stromausfall in einem Stadtkreis) oder aber eine Vielzahl von Arbeitgebern gleichermassen trifft. Letzteres ist der Fall, wenn Länder Einfuhr- oder Lieferboykotts gegenüber anderen Staaten verhängen, bei grossräumigen politischen Unruhen und nicht zuletzt bei Naturkatastrophen und Seuchen, die ganze Landstriche betreffen.

Es steht unseres Erachtens ausser Diskussion, dass die Corona-Pandemie ein Ereignis ist, das zu dieser zweiten Kategorie gehören muss.

Die gegenwärtig unzähligen Betriebsschliessungen können mit ganz wenigen Ausnahmen alle auf die Pandemie zurückgeführt werden. Würde einzig auf die Pandemie als Ursache abgestellt, müsste keine Arbeitgeberin mehr Löhne bezahlen. Dieses Resultat befriedigt nicht, weshalb eine weitere Abgrenzung vorzunehmen ist. Die Arbeitsverhinderung kann zum einen auf einer Entscheidung der Arbeitgeberin beruhen. So wenn ein Industriebetrieb die Tore schliesst (ohne gesetzlich dazu verpflichtet zu sein), weil ein Mitarbeiter positiv auf das Coronavirus getestet wurde und die Arbeitgeberin deshalb befürchtet, dass andere Mitarbeiter infiziert sein könnten. Zum anderen bleibt einem Fitnesscenter keine andere Wahl, als den Betrieb vorübergehend zu schliessen, wenn dies die Behörden so angeordnet haben.

### Lohnfortzahlungspflicht bei bestehendem Entscheidungsspielraum

Kann die Arbeitgeberin (zumindest theoretisch) noch frei disponieren und die Risiken der verschiedenen Szenarien selbstständig abwägen, muss der Arbeitsausfall noch der Risikosphäre der Arbeitgeberin zugeordnet werden. Die auf der autonomen Entscheidung der Arbeitgeberin beruhende «Nicht-Annahme» der durch die Arbeitnehmenden angebotenen Arbeit stellt trotz schwierigster Umstände einen Annahmeverzug dar. Art. 324 Abs. 1 OR bleibt folglich anwendbar. Der Arbeitnehmer hat daher Anspruch auf volle Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeberin.

Dies bedeutet mitunter, dass dem Arbeitnehmer die Wahl zustehen soll, ob er in die Kurzarbeit einwilligen (wenn die KAE von den Behörden den überhaupt gewährt wird) und damit auf einen Anteil des Lohnes verzichten will oder ob er auf der vollumfänglichen Lohnfortzahlungspflicht seiner Arbeitgeberin beharrt und damit das Risiko deren Zahlungsunfähigkeit respektive seiner Kündigung in Kauf nimmt. Lehnt der Arbeitnehmer die Kurzarbeit ab, muss ihm die Arbeitgeberin den vertraglich vereinbarten Lohn vollumfänglich weiter entrichten.

### Keine Lohnfortzahlungspflicht bei fehlendem Entscheidungsspielraum

Hat die Arbeitgeberin keinen Einfluss auf eine Betriebsschliessung oder wäre die Weiterführung des Betriebs wirtschaftlich komplett unsinnig, ist die Verweigerung der Arbeitsannahme aus objektiver Sicht gerechtfertigt und es liegt keine Verzugssituation mehr vor. Die Ausnahmeregelung von Art. 324 OR greift hier nicht, da dieser Fall keiner Risikosphäre mehr zugeordnet werden kann. Vielmehr kommt der allgemeine Grundsatz «ohne Arbeit kein Lohn» zum Tragen.

Dies muss nach der hier vertretenen Auffassung unabhängig vom unmittelbaren Grund der Betriebsschliessung und von der Länge der Kausalkette gelten. Wenn der ausländische Hersteller seine Produktion Coronavirus-bedingt einstellt, der Zulieferer den Schweizer Retailhandel nicht mehr beliefern kann und ein einzelner Retailer deshalb den Betrieb einstellen muss, trifft Letzteren keine Lohnfortzahlungspflicht. Dasselbe muss für ein Luxusuhrengeschäft gelten, bei dem (bevor die Behörden den Betrieb geschlossen haben) aufgrund der Folgen von COVID-19 die Laufkundschaft vollständig ausblieb. Auch hier verwirklicht sich ein Risiko, dass mittelbar der Pandemie zuzuordnen ist, deshalb nicht in die Risikosphäre des Uhrengeschäfts fällt und dieses keine andere Wahl hat, als den Betrieb vorübergehend einzustellen.

Es muss jedoch an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass insbesondere das SECO eine andere Ansicht vertritt und nicht voraussehbar ist, wie ein Gericht in einem Prozess über die Lohnfortzahlungspflicht entscheiden würde. Das SECO weist in seinen Empfehlungen überdies darauf hin, der Arbeitnehmer könne aufgrund seiner Treuepflicht unter Umständen dazu verpflichtet werden, die ausgefallenen Arbeitsstunden nachzuholen. Diese (in der Praxis ohnehin

schwer umsetzbare) allfällige Nachholpflicht entfällt selbstverständlich, wo keine Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers besteht.

In diesen Fällen, in welchen die Arbeitgeberin ohnehin keine Lohnfortzahlungspflicht trifft, bewirkt der Arbeitnehmer mit der Verweigerung der Zustimmung zur Kurzarbeit (abgesehen von der Verwirkung seines eigenen KAE-Anspruchs) nichts. Dieses Resultat überzeugt, denn in der Praxis werden grösstenteils Arbeitnehmer im Hochlohnsegment die Verweigerung der Zustimmung in Betracht ziehen. Kann nun das eingetretene Risiko vernünftigerweise nicht der Sphäre der Arbeitgeberin zugeordnet werden und verfügt sie über keinen Entscheidungsspielraum, wäre es stossend, wenn sehr gut verdienende Arbeitnehmer die Arbeitgeberin mit der Verweigerung der Zustimmung in den finanziellen Ruin treiben könnten. Dies würde zur Schädigung sämtlicher, auch der weniger gut bezahlten, Arbeitnehmer führen und liefe dem Ziel der KAE somit diametral zuwider.

### Kündigung nach Verweigerung der Zustimmung

Wenn die Arbeitgeberin einem Arbeitnehmer, der die Kurzarbeit ablehnt, kündigt, kann es sich denknotwendig nicht um eine Rachekündigung handeln. Dies gilt unabhängig davon, ob die Arbeitgeberin das Lohnrisiko trägt oder nicht. Denn die KAE bezweckt gerade die Verhinderung von Kündigungen. Wenn der Arbeitnehmer nicht in die Kurzarbeit einwilligt, verhindert er selbst diesen Zweck.

### Schlussfolgerung

Verfügt die Arbeitgeberin hinsichtlich einer Betriebsschliessung aufgrund des Coronavirus über keinen Entscheidungsspielraum mehr, wird der Betrieb etwa auf behördliche Anordnung hin geschlossen oder ist der Arbeitsausfall objektiv unvermeidbar, liegt die Arbeitsverhinderung weder in der Risikosphäre der Arbeitgeberin noch des Arbeitnehmers und für den entsprechenden Zeitraum besteht keine Lohnfortzahlungspflicht. Stimmen Arbeitnehmende in diesem Fall der Kurzarbeit nicht zu, haben sie keinen Lohnfortzahlungsanspruch. Einzig dann, wenn der Arbeitsausfall auf eine eigenständige Entscheidung der Arbeitgeberin zurückzuführen ist, diese also theoretisch noch eine Wahl hätte, fällt das Risiko auf die Arbeitgeberin zurück. In diesem Fall ist weiterhin der volle Lohn geschuldet, wenn ein Arbeitnehmer die Kurzarbeit ablehnen sollte. In beiden Fällen steht der Arbeitgeberin die Möglichkeit der ordentlichen Kündigung offen, welche nicht als missbräuchlich zu qualifizieren ist.

Employment News berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Arbeitsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2020

# Ansprechpartner

**Ueli Sommer**
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 55 16
ueli.sommer@walderwyss.com

**Philippe Nordmann**
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 50
philippe.nordmann@walderwyss.com

**Daniel Staffelbach**
Partner, Zürich
Telefon +41 58 658 56 50
daniel.staffelbach@walderwyss.com

**Davide Jermini**
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 02
davide.jermini@walderwyss.com

**Olivier Sigg**
Partner, Genf
Telefon +41 58 658 30 20
olivier.sigg@walderwyss.com

**Irène Suter-Sieber**
Partnerin, Zürich
Telefon +41 58 658 56 60
irene.suter@walderwyss.com

**Christoph Stutz**
Konsulent, Zürich
Telefon +41 58 658 56 57
christoph.stutz@walderwyss.com

**Fabian Looser**
Managing Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com

**Simone Wetzstein**
Managing Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 54
simone.wetzstein@walderwyss.com

**Alex Domeniconi**
Associate, Lugano
Telefon +41 58 658 44 06
alex.domeniconi@walderwyss.com

**Nadine Mäder**
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 56 31
nadine.maeder@walderwyss.com

**Flora V. Palovics**
Senior Associate, Lausanne
Telefon +41 58 658 83 79
flora.palovics@walderwyss.com

**Laura Luongo**
Associate, Genf
Telefon +41 58 658 30 21
laura.luongo@walderwyss.com

**Jonas Knechtli**
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 82
jonas.knechtli@walderwyss.com

**Gaurav Bhagwanani**
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 80
gaurav.bhagwanani@walderwyss.com

**Yannik A. Moser**
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 85
yannik.moser@walderwyss.com

**Nathalie Möri**
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 53 03
nathalie.moeri@walderwyss.com

**Nadja D. Leuthardt**
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 62
nadja.leuthardt@walderwyss.com

**Benjamin Sommerhalder**
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 66
benjamin.sommerhalder@walderwyss.com

**Sarah Eichenberger**
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 58 69
sarah.eichenberger@walderwyss.com