April 2021

Employment News Nr. 58

Ferien und Feiertage während Kurzarbeit

Nach der Praxis des SECO im Zusammenhang mit der Kurzarbeit während der Corona-Pandemie sind bei Mitarbeitenden im Monatslohn Ferien und Feiertage bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung nicht zu berücksichtigen. Das Kantonsgericht Luzern hat diese Praxis des SECO in einem aktuellen Urteil als rechtswidrig beurteilt.

walderwyss rechtsanwälte

Sind Ferien und Feiertage bei der Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung zu berücksichtigen?

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

und Fabian Looser
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Fachanwalt SAV Arbeitsrecht
Managing Associate
Telefon +41 58 658 14 61
fabian.looser@walderwyss.com

Nach einem Urteil des Kantonsgerichts Luzern von Ende Februar 2021 ist die aktuelle Praxis des SECO im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie, wonach bei Angestellten im Monatslohn bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung Ferien und Feiertage nicht berücksichtigt werden, rechtswidrig. Es stellt sich die Fragen, was die betroffenen Unternehmen zur Wahrung ihrer Rechte vorkehren können.

Ausgangslage

Seit Ausbruch der Corona-Pandemie hat die Kurzarbeit eine Bedeutung gewonnen, die für die Schweizer Geschichte beispiellos ist. Der Bundesrat hat mittels Sofortmassnahmen (vgl. insbesondere die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) verschiedene Erleichterungen beschlossen, die es den betroffenen Unternehmen seit Beginn der Pandemie ermöglichen, die Kurzarbeitsentschädigung möglichst schnell und unkompliziert beantragen und erhältlich machen zu können. Der Abbau bürokratischer Hürden führte gleichzeitig zur Entlastung der kantonalen Arbeitsämter und Arbeitslosenkassen, die andernfalls den grossen Ansturm an Anträgen personell nicht hätten bewältigen können. Mit der neuen Regelung wird nicht mehr eine aufwändige Abrechnung pro Arbeitnehmer durchgeführt, sondern der anrechenbare Verdienstausfall wird in einem beschleunigten und vereinfachten Summarverfahren berechnet und die Kurzarbeitsentschädigung wird als Pauschale für den gesamten Betrieb ausgerichtet (Art. 8i Abs. 1-3 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung).

Ferien und Feiertage im Zusammenhang mit der Kurzarbeitsentschädigung

Im Normalverfahren (d.h. ausserhalb der besonderen Massnahmen aufgrund der Corona-Pandemie) richtet die Arbeitslosenkasse zwar während der Dauer des Ferien- und Feiertagsbezugs keine Kurzarbeitsentschädigung aus. Das bedeutet allerdings nicht, dass Ferien- und Feiertagslohn vollumfänglich zulasten der Unternehmen gehen.

Nach der gesetzlichen Regelung ist eine Ferien-/Feiertagsentschädigung im Lohn zu berücksichtigen (Art. 34 Abs. 2 Arbeitslosenversicherungsgesetz). Bei den Stundenlöhnern erfolgt dies durch Hinzurechnung von Zuschlägen zum Stundenlohn. Bei den Monatslöhnern wird der Lohn nur durch die Nettoarbeitszeit (d.h. unter Abzug der Ferien und Feiertage) dividiert. Durch den Abzug der Ferien- und Feiertagsstunden von der Jahresarbeitszeit reduziert sich mithin der Divisor der Arbeitszeit und erhöht sich dementsprechend der anrechenbare Stundenverdienst. Statt der Fortzahlung der Kurzarbeitsentschädigung während des Ferien-/Feiertagsbezugs, findet also eine andere (wenn auch ungenauere) Berechnungsmethode Anwendung. Denn sie führt dazu, dass die Arbeitslosenkasse für Arbeitnehmer, die während der Kurzarbeit im Verhältnis zur Kurzarbeitsperiode zu wenig Ferien beziehen, eine zu hohe Entschädigung bezahlt und vice versa.

Am Ferien-/Feiertagszuschlag hat der Bundesrat durch die Einführung des Summarverfahrens ab dem 1. März 2020 nichts geändert. Die neuen Formulare aber, welche das SECO für die pauschalisierte Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung zur Verfügung stellt und welche für die Abrechnung

zwingend zu verwenden sind, sehen für Monatslöhner keine Möglichkeit vor, Ferien-/Feiertagszuschläge in die Kurzarbeitsentschädigung einzurechnen. Den Erläuterungen zum Formular ist zu entnehmen, dass der Bezug von Ferien und Feiertagen, wie bisher, von den Ausfallstunden abzuziehen ist, d.h. für die Zeit der tatsächlichen ferien- und feiertagsbedingten Abwesenheiten der Arbeitnehmer während der Kurzarbeit entrichtet die Kasse keine Kurzarbeitsentschädigung. Bei der Berechnung der AHV-pflichtigen Lohnsumme darf die Arbeitgeberin aber nur für Stundenlöhner einen Ferien-/Feiertagszuschlag zum Lohn addieren. Bei den Monatslöhnern bleiben die Ferien- und Feiertage unberücksichtigt.

Entscheid des Kantonsgericht Luzern vom 26. Februar 2021

In einem konkreten Fall hat eine Arbeitgeberin aus der Gastronomiebranche im Kanton Luzern Kurzarbeit angemeldet und bei der Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung auch eine Entschädigung für Ferien und Feiertage für Mitarbeitende im Monatslohn geltend gemacht. In der Folge hat die Arbeitslosenkasse unter Hinweis auf die dargestellte Praxis die um die Ferien- und Feiertagsentschädigungen angeblich zu viel bezahlte Kurzarbeitsentschädigung zurückgefordert und für Folgemonate nicht mehr ausbezahlt. Die entsprechende Verfügung hat die Arbeitgeberin gerichtlich angefochten.

Mit Entscheid vom 26. Februar 2021 hat das Kantonsgericht Luzern entschieden, dass die Nichtberücksichtigung der Ferien und Feiertage für Mitarbeitende im Monatslohn bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung im summarischen Verfahren mangels ausreichender Rechtsgrundlage rechtswidrig sei. Das Gericht wies die Angelegenheit zur Neuberechnung der Kurzarbeitsentschädigung an die Arbeitslosenkasse zurück.

Das Urteil könnte erhebliche finanzielle Auswirkungen haben, wenn alle Unternehmen, die während der Corona-Pandemie Kurzarbeitsentschädigungen beziehen oder bezogen haben, künftig und gegebenenfalls auch nachträglich noch Ferien- und Feiertagsentschädigungen geltend machen könnten. Das Urteil des Kantonsgerichts Luzern ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

Information des SECO zum Urteil des Kantonsgerichts

Aufgrund der potenziellen Tragweite des Urteils ist es verständlich, dass das SECO dem Gerichtsentscheid grosse Bedeutung beimisst.

Das SECO hat auf der Plattform für (unter anderem) die Kurzarbeit auf «www.arbeit.swiss» eine Information zum Urteil aufgeschaltet. Das SECO hält fest, dass es die Ansicht des Kantonsgerichts nicht teilt und kündigt an, den Entscheid zusammen mit der zuständigen Arbeitslosenkasse anzufechten.

Interessant sind insbesondere auch die Empfehlungen und Weisungen des SECO zum weiteren Vorgehen: Das SECO bittet die Unternehmen ausdrücklich, künftig keine Anträge auf Ausrichtung von Ferien- und Feiertagsentschädigungen einzureichen. Das SECO hält fest, dass bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage die derzeitige Regelung zur Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung für Mitarbeitende im Monatslohn unverändert weiter gelte.

Empfehlungen für die betroffenen Unternehmen

Es stellt sich die Frage, ob Unternehmen, die unter Geltung des Summarverfahrens Kurzarbeit beantragt haben, aufgrund des Urteils des Kantonsgerichts Luzern Vorkehrungen treffen können und sollten, um nicht allfällige Rechte auf Ferien- und Feiertagsentschädigung zu verwirken.

In der Tat können wir den betroffenen Unternehmen nicht empfehlen, der Bitte des SECO zu entsprechen und keine Anträge auf Ausrichtung von Ferien- und Feiertagsentschädigungen einzureichen. Vielmehr ist den Unternehmen dringend zu empfehlen, die Ferien- und Feiertagsentschädigungen künftig direkt mit der monatlichen Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung gegenüber der zuständigen Arbeitslosenkasse geltend zu machen. Nach unseren Informationen haben einzelne Kantone bzw. Arbeitslosenkassen die Abrechnung von Ferien- und Feiertagsentschädigungen bereits in der Vergangenheit akzeptiert und bezahlt. Damit das einzelne Unternehmen nicht gegen einen allfälligen abschlägigen Entscheid der Arbeitslosenkasse bezüglich der Ferien- und Feiertagsentschädigungen innert der gesetzlichen Fristen rekurrieren muss, dürfte es empfehlenswert sein, die Arbeitslosenkasse gleichzeitig mit der monatlichen Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung um Sistierung des Entscheids über die Ferien- und Feiertagsentschädigungen bis zur rechtskräftigen Erledigung des Luzerner Verfahrens zu ersuchen.

Fraglich ist, ob auch eine rückwirkende Durchsetzung der Ferien- und Feiertagsentschädigungen seit dem 1. März 2020 möglich ist:

- Das Verwaltungsverfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. So hat die Arbeitslosenkasse die Begehren zu prüfen und nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor.
- Das Arbeitslosenversicherungsgesetz sieht aber für die Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung eine Verwirkungsfrist von drei Monaten vor. Eine Wiederherstellung der Frist ist nur zulässig, wenn der Arbeitgeberin kein Vorwurf für die Nichtgeltendmachung von Ferien- und Feiertagsentschädigungen

gemacht werden kann. Die Arbeitgeberin muss innert 30 Tagen seit Wegfall des Hindernisses darum ersuchen und die versäumte Rechtshandlung nachholen. Unverschuldet könnte das Verpassen der Frist für die Geltendmachung der Entschädigungen deshalb sein, weil die Arbeitgeberin ihre Abrechnungen gestützt auf ein vermeintlich fehlerhaftes Formular des SECO erstellt hat.

- Sicherheitshalber können betroffene Unternehmen von der zuständigen Arbeitslosenkasse ausserdem eine anfechtbare Verfügung in Bezug auf die bereits ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung verlangen oder, soweit bereits eine Verfügung vorliegen sollte, eine Wiedererwägung derselben beantragen.
- All diese Anträge sollten mit einem Sistierungsgesuch verbunden werden.

Aufgrund der kurzen Frist und der Unklarheit darüber, ob (und falls ja, ab wann) die Arbeitslosenkassen rückwirkend eine höhere Kurzarbeitsentschädigung nachbezahlen müssen, ist für die Geltendmachung von Ansprüchen für Ferien- und Feiertagsentschädigungen für vergangene Abrechnungsperioden rasches Handeln zu empfehlen. Es ist aber ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass nicht garantiert werden kann, ob mit diesem Vorgehen eine rückwirkende Geltendmachung der Ferien- und Feiertagsentschädigungen erfolgreich ist.

Fazit

Nach dem aktuellen und unseres Erachtens zustimmungswürdigen Urteil des Kantonsgerichts Luzern ist die bisherige Praxis des SECO, bei Mitarbeitenden im Monatslohn Ferien und Feiertage im Rahmen der Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigungen nicht zu berücksichtigen, rechtswidrig. Das Bundesgericht wird diese Frage zu klären haben.

Den betroffenen Unternehmen stehen zur Wahrung ihrer Rechte als Sofortmassnahmen insbesondere folgende Möglichkeiten zur Verfügung:

1. Für künftige Ansprüche: Inkludierung der Ferien- und Feiertagsentschädigungen in künftige Abrechnungen für die Kurzarbeitsentschädigung, allenfalls verbunden mit einem Sistierungsantrag in Bezug auf ebendiese Entschädigung bis zum Vorliegen des Bundesgerichtsurteils in dieser Angelegenheit.

2. Für vergangene Ansprüche: Gesuch um Fristwiederherstellung, rückwirkende Geltendmachung der Ferien- und Feiertagsentschädigungen sowie das Verlangen einer anfechtbaren Verfügung bzw. Gesuch um Wiedererwägung einer bereits vorliegenden Verfügung, verbunden mit einem Sistierungsantrag bis zum Vorliegen des Bundesgerichtsurteils in dieser Angelegenheit.

Wenn das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom Bundesgericht bestätigt werden sollte, ist zu hoffen, dass das SECO und die Arbeitslosenkassen eine einfache Lösung finden, wie die Ferien- und Feiertagsentschädigungen auch rückwirkend unkompliziert durchgesetzt werden können.

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, 2021

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

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

Stefano Fornara
Partner, Lugano
Telefon +41 58 658 44 23
stefano.fornara@walderwyss.com

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

Maurice Courvoisier
Partner, Basel
Telefon +41 58 658 14 52
maurice.courvoisier@walderwyss.

Davide Cerutti
Konsulent, Lugano
Telefon +41 58 658 44 22
davide.cerutti@walderwyss.com

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

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

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

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

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

Ansprechpartner

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

Christoph Burckhardt
Associate, Basel
Telefon +41 58 658 14 34
christoph.burckhardt@walderwyss.

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

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

Chiara Wirz
Associate, Zürich
Telefon +41 58 658 52 46
chiara.wirz@walderwyss.com