

# DIE NEUEN ALTEN REGELN DER KURZARBEIT

**DIE MEISTEN UNTERNEHMEN HABEN DIE KURZARBEIT HINTER SICH GELASSEN UND VERZEICHNEN KEINE WEITEREN ARBEITSAUSFÄLLE. TROTZDEM IST KURZARBEIT AUS ANDEREN GRÜNDEN BEREITS WIEDER AKTUELL. ES LOHNT SICH DAHER, RECHTZEITIG EINEN BLICK AUF DEREN REGELUNGEN ZU WERFEN.**

Gastbeitrag: Brigitte Kraus-Meier



**Brigitte Kraus-Meier** ist Inhaberin von konzis, der Agentur für Arbeitsrecht und Kommunikation in Zürich. Sie ist Juristin und Unternehmenskommunikatorin und begleitet Unternehmen in Veränderungssituationen, insbesondere bei Betriebsübernahme, Neuausrichtung, Personalmassnahmen sowie bei der Gesprächsführung und Verhandlung mit Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretungen.  
**konzis.ch**

Überlegen sich Unternehmen heute, ob sie Kurzarbeit einführen, sind die Gründe dafür meist in der Energiekrise und der Problematik der Rohstoffbeschaffung auszumachen.

## Unterscheidung je nach Grund

Ab April 2022 sind hinsichtlich Kurzarbeit im Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Folgen der Pandemie immer noch einzelne Spezialregelungen gültig. Weitgehend gelten jedoch wieder die alten Regeln, da die Pandemie-Ausnahmen inzwischen aufgehoben sind. So ist für die Voranmeldung beispielsweise wieder das ordentliche Verfahren anwendbar, wobei für Pandemie-Kurzarbeit keine Voranmeldefrist eingehalten werden muss. Für die Abrechnung kommt bei pandemiebedingter Kurzarbeit wieder das ordentliche Verfahren mit angepasstem Formular zur Anwendung.

Wird Kurzarbeit aus anderen Gründen als der Pandemie eingeführt, gelten die ordentlichen Bestimmungen zur Kurzarbeit. Die Pandemie-Sonderregelungen greifen nicht. Demnach ist wieder eine Voranmeldefrist von zehn Tagen einzuhalten. Die Bewilligungsdauer für Kurzarbeit beträgt bis zu drei Monaten und die maximale Bezugsdauer für Kurzarbeitsentschädigung zwölf Monate. Ausserdem sind Mitarbeitende auf Abruf mit grösseren Arbeitszeitschwankungen grundsätzlich nicht für Kurzarbeitsentschädigung berechtigt. Während der Pandemie wurde für diese Mitarbeitendengruppe, die in einigen Branchen und Unternehmen einen Grossteil der Belegschaft ausmacht, als Ausnahme eine Kurzarbeitsentschädigung gewährt. Nach den ordentlichen Bestimmungen der Kurzarbeit sind diese Mitarbeitenden, wie auch jene mit befristeten Arbeitsverträgen, nicht anspruchsberechtigt. Mehrstunden sind vor Einführung von Kurzarbeit wieder abzubauen oder von den Ausfallstunden abzuziehen. Schliesslich sei daran erinnert, dass die Einführung von Kurzarbeit zwingend mit einer Arbeitszeiterfassung für alle unter Kurzarbeit stehenden Mitarbeitenden verbunden werden muss.

## Energiemarktlage und Kurzarbeit

Vermeint taucht die Frage auf, ob aufgrund der Energiemarktlage und der damit verbundenen Folgen Kurzarbeit beantragt werden kann. Zunächst sei an dieser Stelle klar herausgestrichen, dass Kurzarbeit immer einen Arbeitsausfall voraussetzt, also die Reduktion der Arbeitszeit. Wird im Betrieb jedoch gleich viel gearbeitet, hat das Unternehmen aber höhere Kosten und erreicht damit nicht mehr die gleiche Rentabilität, legitimiert das nicht zum Erhalt von Kurzarbeitsentschädigung. Daher muss davon ausgegangen werden, dass die Preissteigerung der Energiekosten nicht als alleinige Rechtfertigung für die Geltendmachung von Kurzarbeit reicht. In der Regel werden Kosten-

steigerungen als normales Betriebsrisiko eingestuft, weshalb Kurzarbeit nicht bewilligt würde, selbst dann nicht, wenn ein Arbeitsausfall über 10 Prozent vorliegt. Was zum normalen Risiko gehört und welche Preissteigerung nicht mehr dem normalen Betriebsrisiko angelastet werden kann, muss im konkreten Einzelfall geprüft werden. Unternehmen tun daher gut daran, bei der Anmeldung ausführlich und spezifisch zu erläutern, wie sich die aktuelle Energiemarktlage auf ihren Betrieb auswirkt und warum der dadurch ausgelöste Arbeitsausfall nicht vermieden werden kann.

Sofern ein Arbeitsausfall darauf gründet, dass die Energie kontingentiert wird, es zu Unterbrüchen oder gar Abschaltungen kommen könnte, dürften die Voraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung erfüllt sein.

Diese Unterscheidung macht deutlich, dass Kurzarbeit durch die aktuelle Energiemarktlage je nach Situation bewilligt wird oder eben nicht. Firmen müssen daher bei der Voranmeldung aufzeigen, dass der Arbeitsausfall auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen ist. Zudem sollte aus der Begründung hervorgehen, dass die Kurzarbeit vorübergehend ist und das Unternehmen Massnahmen trifft, um aus der Kurzarbeit herauszukommen. Schliesslich sollte nachvollziehbar sein, dass dadurch die Arbeitsplätze erhalten werden und damit ein drohender Stellenabbau für die nächsten Monate abgewendet werden könnte.

## Zustimmung der Mitarbeitenden

Die Zustimmung zur Kurzarbeit ist von jedem betroffenen Mitarbeitenden einzuholen. Dabei sollte darauf geachtet werden, dass auch der damit verbundenen Lohnreduktion zugestimmt wird. Unternehmen und Betriebe mit gewählter Arbeitnehmervertretung haben einen entscheidenden Vorteil, denn die Arbeitnehmervertretung kann die erforderliche Zustimmung anstelle der Mitarbeitenden erteilen. Wichtig ist, dass die Arbeitnehmervertretung über die Gründe und die Folgen der beabsichtigten Kurzarbeit rechtzeitig und ausreichend orientiert wird. Nur so kann sie auch eine Zustimmung erteilen. Diesbezüglich sei nochmals in Erinnerung gerufen, dass Mitarbeitende Kurzarbeit durchaus ablehnen können. Der Arbeitgebende ist dann verpflichtet, den jeweiligen Personen den vollen Lohn (100 Prozent gemäss Arbeitsvertrag) zu zahlen, auch wenn diese infolge Kurzarbeit ebenfalls weniger oder vorübergehend gar nicht arbeiten. Ob überhaupt eine Lohnzahlungspflicht besteht oder nicht, ist natürlich entscheidend. Besteht für den Arbeitsausfall keine Lohnzahlungspflicht, führt die verweigerte Zustimmung einzelner Mitarbeitender zu keinem Aufleben der Lohnzahlung. Die Diskussionen und

unterschiedlichen Rechtsauffassungen, ob nun eine Pandemie und die damit verbundene Nichtbeschäftigung zu einer Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebenden führt oder nicht, sind noch recht präsent. Bei der Herabsetzung der Arbeitszeit infolge steigender Energiekosten ist jedoch eher davon auszugehen, dass eine Lohnzahlungspflicht besteht. Zurückhaltung ist geboten, einem Mitarbeitenden zu kündigen, der die Zustimmung zur Kurzarbeit verweigert. Das könnte eine missbräuchliche Kündigung darstellen und eine Strafzahlung nach sich ziehen. Das, sofern die Kündigung nicht aus wirtschaftlichen Gründen ausgesprochen werden musste.

#### Fazit

Auch wenn die Situation in gewissen Branchen und Unternehmen stark an die Pandemie erinnert und die Auswirkungen auf das Unternehmen nicht weniger einschneidend sind, müssen die Fragen zur Kurzarbeit aktuell nach den ordentlichen Regeln beantwortet werden. Die Begründung muss präzise sein, warum die Energiemarktlage zu einem Arbeitsausfall führt. Ein allgemeiner Hinweis auf gestiegene Energiepreise ist unzureichend und würde zu einer Ablehnung der Kurzarbeitsentschädigung führen. ●

**HABEN SIE FRAGEN ZUM THEMA?  
ANTWORTEN GIBT ES AUF  
HR COSMOS, DEM GRÖSSTEN  
HR-WISSENSNETZWERK  
DER SCHWEIZ MIT ÜBER  
3000 MITGLIEDERN.**

**HR-COSMOS.CH ODER  
QR-CODE SCANNEN.**



## ERMITTLUNG DER SCHWELLENWERTE BEI MASSENENTLASSUNGEN



Rechtsanwältin **Simone Wetzstein, LL.M.**, ist Fachanwältin SAV Arbeitsrecht und Partnerin bei Walder Wyss. Sie berät und vertritt Unternehmen und Personen in allen arbeits- und gleichstellungsrechtlichen Belangen.  
**walderwyss.com**

BGer 4A\_531/2021, Urteil vom 18. Juli 2022

#### Das Urteil

Die Klägerin war seit April 2001 bei der Post im Geschäftsbereich PostNetz als Filialmitarbeiterin beschäftigt. PostNetz verwaltet sämtliche Filialen der Post; die Filialen wiederum werden von einem Filialverantwortlichen geführt. Im Zuge einer avisierten Verbesserung des Kundenservices beabsichtigte die Arbeitgeberin, mit der Klägerin eine abweichende Arbeitszeitregelung zu treffen. Nachdem der Versuch einer einvernehmlichen Regelung scheiterte, sprach die Arbeitgeberin im Januar 2018 der Klägerin eine Änderungskündigung aus, verbunden mit dem Angebot, das Arbeitsverhältnis unter geänderten Arbeitszeitmodell fortzusetzen.

Die Klägerin erhob Klage gegen die Kündigung und machte unter anderem geltend, dass die Konsultationspflichten im Zusammenhang mit Massenentlassungen im Vorfeld nicht ordnungsgemäss erfüllt worden seien und die Kündigung somit missbräuchlich sei.

Abhängig von der Zahl der Beschäftigten in einem Betrieb handelt es sich bei Überschreiten einer bestimmten Zahl von Kündigungen (sogenannter Schwellenwert) binnen 30 Tagen um eine Massenentlassung. Dabei müssen die massgeblichen Schwellenwerte innerhalb eines «Betriebs» erreicht werden. Liegt eine Massenentlassung vor, treffen den Arbeitgebenden vor Kündigungsausspruch besondere Pflichten, unter anderem die Anzeige der Massenentlassung bei der zuständigen Arbeitsvermittlung und die Konsultation mit den Mitarbeitenden beziehungsweise deren Vertretungen.

Im zugrundeliegenden Fall hatte es bei PostNetz im zeitlichen Zusammenhang offenbar schweizweit weitere Entlassungen gegeben, die den Schwellenwert für eine Massenentlassung überschritten – sofern man sich auf den Standpunkt stellte, dass der relevante «Betrieb» im Sinne von Art. 335d OR nicht die Filiale, sondern der Geschäftsbereich PostNetz gewesen sei. Entsprechend argumentierte die Klägerin. Dem ist das Bundesgericht nicht gefolgt: Ausgehend vom Wortlaut der Regelung handle es sich beim «Betrieb» um eine Organisationsstruktur, die mit Personal, materiellen sowie immateriellen Betriebsmitteln ausgestattet ist, um einen arbeitstechnischen Zweck zu verfolgen und die über eine gewisse Selbständigkeit verfügt. Das Merkmal der Selbständigkeit legt das Bundesgericht dabei weit aus und lässt eine relative Selbständigkeit genügen. Das sei bei der Filiale gegeben, in der die Klägerin arbeitete: Die Filiale verfüge über Personal, über

eine eigene Organisationsstruktur und der grösste Teil der internen Angelegenheiten, wie die laufende Verwaltung der Mitarbeitenden, Materialbestellungen, Buchhaltung und Sicherheit, werde durch den Filialverantwortlichen selbständig geregelt. Unerheblich sei insoweit, dass diese keine Entscheidungsbefugnis über die Schaffung etwaiger Planstellen, die Mitarbeitendenauswahl und die Verwaltung derer Arbeits- und Urlaubszeiten habe – das stelle die hinreichende Selbständigkeit der Filiale nicht in Frage.

Das Bundesgericht nahm den Entscheid zum Anlass, zur bislang noch offenen Frage Stellung zu nehmen, ob bei mehreren, örtlich nahe beieinander liegenden Betrieben Entlassungen unter Arbeitnehmerschutz-Gesichtspunkten zusammenzählen sind. Auf diese Weise würden die Schwellenwerte einer Massenentlassung erreicht, obwohl diese in den einzelnen Betrieben für sich genommen nicht erreicht wären. Unter Hinweis auf den Willen des Gesetzgebenden, Arbeitgebenden die notwendige Flexibilität zu gewährleisten, sowie den Wortlaut des Gesetzes, der eine solche Addition nicht vorsieht, erteilte das Bundesgericht dieser Auffassung allerdings eine Absage.

#### Konsequenz für die Praxis

Aus Arbeitgebersicht ist der Entscheid des Bundesgerichts zu begrüssen. Es besteht nunmehr Rechtssicherheit darüber, dass Entlassungen aus geografisch nahe beieinander liegenden Betrieben nicht addiert werden können, beziehungsweise müssen. Der Anwendungsbereich des Massentlassungsschutzes und damit einhergehende Konsultationspflichten werden also nicht weiter ausgedehnt.

Indes verbleiben Unsicherheiten. Denn ob die Leiterin einer Betriebsstätte im Einzelfall über eine hinreichende Entscheidungsmacht verfügt, damit ein «Betrieb» (noch) angenommen werden kann, unterliegt letztlich einer wertenden Betrachtung des im Streitfall angerufenen Gerichts. Besonders in Grenzfällen ist das Risiko für Arbeitgebende wegen Nichtbeachtung des Massentlassungsverfahrens sanktioniert zu werden, nicht von der Hand zu weisen. Klagende Beschäftigte können eine Entschädigung wegen missbräuchlicher Kündigung einklagen, wobei diese auf zwei Monatslöhne beschränkt ist.

Das Vorliegen einer Massenentlassung sollte daher im Einzelfall stets sorgfältig geprüft werden und die verbundenen Arbeitgeberpflichten sollten im Zweifelsfall ordnungsgemäss durchgeführt werden, insbesondere die Konsultation mit den Mitarbeitenden oder deren Vertretung. ●