



Kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitslosenversicherung für Mitarbeitende öffentlicher Betriebe und Verwaltungen?

In seinem **FAQ "Pandemie und Betriebe"**¹ vertritt das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) die Ansicht, dass staatliche Arbeitgeber (insbesondere öffentliche Kindertagesstätten/Schulen) für ihre Mitarbeitenden keine Kurzarbeitsentschädigung (KAE) der Arbeitslosenversicherung (ALV) geltend machen können, obwohl der Bundesrat am 13. März 2020 u.a. die Schliessung aller Schulen angeordnet hat.

Begründet wird diese Auffassung einzig damit, öffentliche Arbeitgeber würden «kein Eigenrisiko tragen» und es bestehe «keine Gefahr der definitiven Betriebsschliessung» (FAQ des seco, Frage/Antwort 68).

Diese Meinungsäusserung ist aus folgenden Gründen in Frage zu stellen:

1. Offenbar stützt das seco die zitierte Auffassung auf sein Kreisschreiben «AVIG-Praxis KAE (Kurzarbeitsentschädigung)»², in welchem sich zu «Kurzarbeit in öffentlichen Betrieben und Verwaltungen» folgende Meinungsäusserung findet:

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).

2. Dieses Kreisschreiben ist als Verwaltungsweisung für die Vollzugsbehörden (v.a. für die kantonalen Arbeitslosenversicherungsämter) relevant, darf aber nicht Ansprüche unterlaufen, welche sich aus Gesetz oder Verordnung ergeben.

¹ https://www.seco.admin.ch/dam/seco/de/dokumente/Arbeit/Arbeitsbedingungen/Gesundheitschutz%20am%20Arbeitsplatz/Pandemie/faq-pandemie-betriebe.pdf.download.pdf/faq_pandemia_de.pdf (Stand 11.3.2020)

² https://www.arbeit.swiss/dam/secoalv/de/dokumente/publikationen/kreisschreiben/AVIG-Praxis_KAE.pdf.download.pdf/AVIG-Praxis_KAE.pdf (Stand 1.1.2020)

Im Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG, Art. 31 ff.) und in der Arbeitslosenversicherungsverordnung (AVIV, Art. 46 ff.) findet sich keine unmittelbare Grundlage für die erwähnte Auffassung des *seco*, sondern vielmehr folgende Regelung:

Arbeitnehmer/innen, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn

- sie für die ALV beitragspflichtig sind und
- ihr Arbeitsausfall «auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen» ist und der Arbeitgeber den Arbeitsausfall «nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann»

(Art. 31 Abs. 1 lit. a und Art. 32 Abs. 3 AVIG sowie Art. 51 Abs. 1 AVIV).

Diese Voraussetzungen sind erfüllt, wenn aufgrund der jüngsten bundesrätlichen Massnahmenbeschlüsse Mitarbeitende von Gemeinden, Kantonen und dergleichen bis auf weiteres keine Arbeit leisten können und somit einen Arbeitsausfall erleiden.

3. Das *seco* stützt seine erwähnte Auffassung nicht auf bestimmte Regelungen im AVIG oder in der AVIV, sondern auf vereinzelte Bundesgerichtsentscheide. Diese wurden allesamt vor über 20 Jahren gefällt und bei näherer Betrachtung zeigt sich auch, dass sie differenzierte und auch klare Aussagen enthalten:

Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung als Präventivmassnahme im weitesten Sinne ist die Vermeidung von Arbeitslosigkeit als Folge vorübergehender Arbeitsausfälle, indem deren Ausrichtung insbesondere die Ganzarbeitslosigkeit (aufgrund von Entlassungen) verhindern und gleichzeitig Arbeitsplätze sowohl im Interesse der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer/innen erhalten will³.

Hinsichtlich Kurzarbeitsentschädigung gelten als Arbeitnehmer/innen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts auch Mitarbeitende des öffentlichen Dienstes (insbesondere Angestellte von Gemeinden). Sie sind für Leistungen der ALV (unabhängig vom öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Status ihres Arbeitgebers) in gleicher Weise wie andere Arbeitnehmer/innen versichert. Andernfalls würde eine mit dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot unvereinbare Ungleichbehandlung geschaffen⁴.

Das Bundesgericht hat deshalb «angesichts der vielfältigen Formen staatlichen Handelns» nicht ausgeschlossen, dass – falls die generell geltenden, weiteren Bedingungen erfüllt sind – auch das Personal des öffentlichen Dienstes die Voraussetzungen für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erfüllen kann. Dazu das Bundesgericht wörtlich: «Im Hinblick auf den Zweck der Entschädigung (...) ist

³ BGE 121 V 362 E.3.a und BGE 128 V 305 E. 4.ee

⁴ BGE 111 V 266 E. 2.b und BGE 121 V 362 E. 3.a

entscheidend zu wissen, ob durch die Zusprechung der Entschädigung kurzfristig eine Entlassung oder eine Nichtwiederwahl verhindert werden kann»⁵.

Gerade dieser letzte Satz hat in der aktuellen, noch nie da gewesenen Situation eine besondere und entscheidende Bedeutung: Angesichts der möglichen längeren Dauer von Pandemie-bedingten Arbeitsausfällen wächst auch für öffentliche Arbeitgeber das Risiko, ohne Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung Teile ihres Personals entlassen zu müssen, weil die Lohnfortzahlung finanziell nicht länger verkraftbar wäre. In erster Linie dürfte dies Mitarbeitende mit privatrechtlichen Arbeitsverträgen gemäss Obligationenrecht (OR) betreffen, welche sich einfacher auflösen lassen als öffentlich-rechtliche Anstellungen.

4. Daraus ergeben sich folgende **Schlussfolgerungen und Empfehlungen**:

- Die einleitend zitierte Auffassung des seco stützt sich lediglich auf Entscheide des Bundesgerichts, welche vor mehr als 20 Jahren und unter anderen Gegebenheiten gefällt wurden.
- Das seco suggeriert, dass staatliche Arbeitgeber bzw. ihre Mitarbeitenden grundsätzlich keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, während das Bundesgericht diese Frage differenziert beurteilt hat.
- Die aktuelle Situation ist einzigartig, weil der Bundesrat erstmals schweizweit verbindliche und weitreichende Anordnungen getroffen hat und diese aus heutiger Sicht von ungewisser, aber wohl längerer Dauer sind.
- Das Bundesgericht hat sich noch nie zu Kurzarbeitsentschädigungsansprüchen öffentlicher Angestellter unter vergleichbaren Umständen geäußert. Deshalb bestehen intakte Erfolgsaussichten, dass auch für aktuelle Arbeitsausfälle von öffentlich-rechtlichen Angestellten aufgrund der jüngsten bundesrätlichen Massnahmenbeschlüsse ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung anerkannt werden könnte.
- **Auch öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern aller staatlichen Ebenen ist deshalb zu empfehlen, Kurzarbeitsentschädigung der ALV zu beantragen**, wenn ihr Personal aufgrund der bundesrätlichen Massnahmenbeschlüsse nun vollständig oder teilweise verhindert ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen.
- Entsprechende **Voranmeldungen sollten arbeitgeberseitig umgehend** (bei der kantonalen Amtsstelle der ALV) eingereicht werden, weil rückwirkende Anmeldungen nicht möglich sind.

18.3.2020 Hans-Ulrich Zürcher

⁵ BGE 121 V 362, Regeste und E. 3.a (betreffend Stadt La Chaux-de-Fonds)