

# Entlassung nach Kurzarbeit

**Grundsätzlich hat ein Mitarbeitender, dem während oder nach einer Phase der Kurzarbeit gekündigt wird, keinen Anspruch auf Ersatz der Lohneinbusse während der Kurzarbeit. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erlischt aber mit der Aussprache der Kündigung und während der Kündigungsfrist ist (wieder) der volle Lohn zu bezahlen.**

Diverse Kommentatoren, Gewerkschaften und Konsumentenmagazine vertreten die Auffassung, dass Mitarbeitende, die während oder unmittelbar nach Kurzarbeit entlassen werden, Anspruch auf Ersatz der Lohneinbusse während der Kurzarbeit haben. Schliesslich hätten sie der Kurzarbeit nur unter der Bedingung zugestimmt, dass ihre Arbeitsstellen erhalten blieben. – Eine Betrachtung der wirtschaftlichen Realität zeigt, dass meist das Gegenteil richtig ist: Die Zustimmung zur Kurzarbeit erfolgt bestenfalls unter der Annahme, dass der Arbeitsplatz voraussichtlich erhalten werden kann. Nur in Ausnahmefällen erfolgt die Zustimmung unter einer solchen Bedingung. Dementsprechend hat ein gekündigter Mitarbeitender auch nur in Ausnahmefällen Anspruch auf Ersatz der Lohneinbusse während Kurzarbeit.

## Voraussetzung für die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung

Voraussetzung für die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung ist die Annahme, dass der Arbeitsrückgang *voraussichtlich* vorübergehend ist (Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG). Es wird keine Sicherheit für den Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses vorausgesetzt. Eine solche Voraussetzung wäre auch mit den Zielen der Kurzarbeit nicht vereinbar. Im Sinne der Vollständigkeit sei erwähnt, dass der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mit der Aussprache der Kündigung erlischt und dass während der Kündigungsfrist (wieder) der volle Lohn zu bezahlen ist.

## Die Realität in den Unternehmen

Als ab Ende 2008 mehr und mehr Betriebe Kurzarbeit anmeldeten, wusste niemand, wohin die Reise gehen würde. Auf Grund der Tiefe des konjunkturellen Einbruchs konnte man lediglich annehmen, dass er in dieser Schwere nicht bleibend sein kann. Man musste aber auch zur Kenntnis nehmen, dass keine Erholung auf das Niveau der Hochkonjunktur erfolgen und die Krise das wirtschaftliche Umfeld oft nachhaltig verändern wird.

Die meisten Unternehmen reagierten auf diese Ungewissheit mit verschiedenen wirtschaftlichen Szenarien, die teilweise weit auseinanderlagen und in unterschiedliche Strategien mündeten. Klar

war jeweils nur, dass man die Stellen abbauen muss, bei denen man davon ausging, dass sie – weil das Niveau der Hochkonjunktur nicht wieder erreicht werden kann – längerfristig keinen Bestand haben.

Bei vielen Stellen bestand Unsicherheit über die Möglichkeiten eines längerfristigen Erhalts. Man erhielt sie in der provisorischen Annahme, dass der Arbeitsausfall nur vorübergehend sein werde. Die Unternehmen und die Mitarbeitenden erhielten dadurch die Möglichkeit, die noch unklare wirtschaftliche Entwicklung abzuwarten und während der Phase völliger Unsicherheit auf überstürzte Kündigungen zu verzichten. Damit hat die Kurzarbeit *viele voreilige Entlassungen verhindert und ihren Zweck zu einem grossen Teil bereits erfüllt*.

Wenn die wirtschaftliche Entwicklung während des Verlaufs der Krise nun aber zeigte, dass gewisse Mitarbeitende – entgegen den ersten Szenarien – doch nicht längerfristig gehalten werden konnten, weil z. B. strategische Veränderungen notwendig wurden, so mussten die Unternehmen die entsprechenden Kündigungen aussprechen. Manche Unternehmen mussten deshalb zwei bis drei Entlassungswellen durchmachen.

Dieses Bild bestätigt auch die Studie der Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETH Zürich, die im Auftrag des Seco erstellt wurde und die Wirksamkeit der Kurzarbeitsregelung in der Rezession 2001 bis 2003 betrachtete. Sie kam zum Schluss, dass man keinen beschäftigungserhaltenden Effekt der Kurzarbeit nachweisen könne. Die Firmen, die in der Rezession 2001 bis 2003 Kurzarbeitsentschädigung bezogen haben, haben auch überdurchschnittlich viel Personal abgebaut.

Aber auch wenn während oder nach der Kurzarbeit Kündigungen erfolgen, erfüllt die Kurzarbeit oft ihren Zweck. *An der Zahl der Entlassungen allein lässt sich die Wirksamkeit der Kurzarbeit nicht messen*. Mindestens so entscheidend ist, dass die Unternehmen ihr *Personal der Strategie anpassen* konnten. Eine Strategie musste sich manches Unternehmen in der Krise zunächst wieder neu erarbeiten. Aus Sicht des Arbeitsmarkts und der Stellensuchenden ist zudem entscheidend, dass die Kurzarbeit einen *abrupten Anstieg der Arbeitslosigkeit zu Beginn der Rezession verhinderte*.

Auch wer heute Kurzarbeit leistet, hat meist keine Garantie dafür, dass sein Unternehmen damit gegen wirtschaftliche Unbill gefeit ist und später nicht trotzdem Kündigungen ausspricht. Diese Ungewissheit über die Zukunft war und ist in den betroffenen Unternehmen allgegenwärtig. Der Kurzarbeit zugestimmt haben aber auch die Mitarbeitenden von Unternehmen, die wuss-

ten, dass die Zukunft höchst unsicher ist. Ein unsicherer Arbeitsplatz ist oft besser als gar keiner.

### Die Ausnahmen von der Regel

Fälle, in denen die Mitarbeitenden die Zusicherung erhalten, dass die Kurzarbeit eine spätere Entlassung verhindert, sind selten. Sie werden zudem – entgegen vereinzelt Forderungen der Gewerkschaften – kaum jemals gegenüber einer gesamten Belegschaft abgegeben. Eine solche Selbstbindung geht in der Krise kein vernunftgemäss handelndes Unternehmen ein. Falls Zusicherungen an Mitarbeitende vorkommen, betrifft dies einzelne Schlüsselpersonen, die das Unternehmen unter keinen Umständen verlieren will und bei denen man einen Wechsel zur Konkurrenz befürchtet.

Vereinzelt war von Gewerkschaftsseite in unternehmensinternen Verhandlungen zu hören, man möge doch – auch wenn man weiss, dass eine Erholung auf das ursprüngliche Niveau nicht eintreten wird und Entlassungen unvermeidbar sind – vorerst nur Kurzarbeit machen. So könne man – ohne dass es jemandem weh tue – im Resultat die maximale Bezugsdauer der Leistungen der Arbeitslosenversicherung verlängern und den Mitarbeitenden einen Gefallen erweisen. Hiervor muss aber gewarnt sein: Wenn solcher Schwindel auffliegen würde, müsste die erhaltene Kurzarbeitsentschädigung zurückerstattet werden und die Lohneinbusse während Kurzarbeit wäre den getäuschten Mitarbeitenden unter Umständen zu entschädigen.

### Die Hintergründe der kritisierten Rechtsauffassung

Es geht hier nicht um eine Rechtsfrage. Die kritisierte Rechtsauffassung basiert nicht auf einer gesetzlichen Regelung. Sie basiert auf einer *Sachverhaltsannahme*, d. h. auf der Annahme, dass jeweils eine stillschweigende Vereinbarung über den längerfristigen Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses während und nach der Kurzarbeit getroffen werde. Argumentieren könnte man auch mit dem hypothetischen Parteiwillen, d. h. mit der Annahme, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmende eine solche Vereinbarung getroffen hätten, wenn sie auf die Idee gekommen wären, dass das Arbeitsverhältnis später eventuell gekündigt werden müsste.

Soweit sich dies überblicken lässt, hat sich jedoch niemand näher mit dieser Sachverhaltsfrage auseinandergesetzt. Anscheinend stützt sich die hier kritisierte Meinung (z. B. Manuela Keller-Rapold in AJP 2010 S. 257) vorwiegend auf Streiff/von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, Zürich 2006, Art. 335 N 12 und Art. 324 N 7, die den Zweck der Kurzarbeit als

nicht erfüllt betrachten, wenn sich im späteren Verlauf zeigt, dass eine Entlassung unumgänglich wird. Der jeweils zitierte Entscheid des Arbeitsgerichts der Stadt Bern vom 3. Mai 1993 (Entscheid datiert mit 20. Dezember 1993, auszugsweise abgedruckt in JAR 1994 S. 125) betrifft ein Säumnisverfahren mit unklarem Sachverhalt: Der Arbeitnehmende hat der Kurzarbeit – obwohl dies eine Voraussetzung wäre – nie zugestimmt und der Arbeitgeber hat – weil die Bewilligung widerrufen wurde – nie Kurzarbeitsentschädigung erhalten. Faktisch ging es um die Frage, ob ein Arbeitgeber einseitig ein Arbeitspensum reduzieren könne. Entlassung nach Kurzarbeit war nicht Prozessthema und das Gericht äussert sich hierzu lediglich in einer Eventualbegründung, die zum unklaren Sachverhalt passt, aber nicht dazu geeignet ist, verallgemeinert zu werden.

### Das Fazit aus dieser Rechtslage

Grundsätzlich hat ein Mitarbeitender, dem während oder nach einer Phase der Kurzarbeit gekündigt wird, keinen Anspruch auf Ersatz der Lohneinbusse während der Kurzarbeit.

Eine Ausnahme und deren Folgen wären vom Mitarbeitenden zu beweisen: Er müsste die Vereinbarung über den längerfristigen Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses beweisen. Zumindest müsste er beweisen, dass er der Kurzarbeit nicht zugestimmt hätte, wenn er gewusst hätte, dass dies seine Stelle nicht längerfristig garantiert. Letztlich wäre von ihm auch die Lohneinbusse zu beweisen. Da die Alternative zur Kurzarbeit aber meist die Arbeitslosigkeit nach Ablauf der Kündigungsfrist ist, wäre auch dieser Beweis schwer zu erbringen. Die Einbusse während Kurzarbeit ist meist entschieden geringer als die Einbusse während Arbeitslosigkeit. Der frühere Eintritt in die Arbeitslosigkeit würde zudem auch zu einer früheren Ausschöpfung der maximalen Bezugsdauer führen.

Vorsichtigen Arbeitgebern ist auf Grund der zunehmenden Verbreitung der hier kritisierten Rechtsauffassung vorläufig trotzdem empfohlen, den Mitarbeitenden aus Beweisgründen kurz und bündig *schriftlich mitzuteilen*, was diese eigentlich schon wissen: «*Kurzarbeit kann den Erhalt des Arbeitsplatzes nicht garantieren.*»

RA Raphael Spring  
Juristischer Sekretär des Verbands  
Zürcher Handelsfirmen (VZH) und frei praktizierender  
Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator