



An unsere Mitgliederorganisationen

Zürich, 23. März 2021 DL/sm
luetzelschwab@arbeitgeber.ch

Kreisschreiben Nr. 9 / 2021

Rechtliche Überprüfung der Kurzarbeitsentschädigung

Sehr geehrte Damen und Herren

Gemäss unserer Vorankündigung in der Mitgliederinformation zu den letzten Bundesratsbeschlüssen vom vergangenen Freitag, 19. März 2021, möchten wir Sie über ein wichtiges kantonales Urteil orientieren, welches sich mit der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung bei Monatslöhnern befasste und grosse Auswirkungen auf Ihre Mitgliedunternehmen haben könnte. Gleichzeitig erhalten Sie mit diesem Begleitschreiben auch einen Musterbrief «Entscheide Kurzarbeitsentschädigung/Gesuch um Erlass einer formellen Verfügung/Wiedererwägung» (einmal kommentiert und einmal unkommentiert), dessen Zweck wir Ihnen unter Ziffer 5 erläutern.

1. Ausgangslage: Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 26. Februar 2021

Am 26. Februar 2021 hat das Kantonsgericht Luzern in einem konkreten Fall festgestellt, dass die Nichtberücksichtigung von Ferien- und Feiertagsentschädigungen bei der Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung im aufgrund der Corona-Pandemie eingeführten summarischen Verfahren bei im Monatslohn Angestellten gegen Art. 34 Abs. 2 Arbeitslosenversicherungsgesetz (AVIG) verstösst.

Darauf gestützt, wurde zugunsten des Unternehmens die von der Arbeitslosenkasse geltend gemachte Rückforderung von ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen abgewiesen. **Die Arbeitslosenkasse wurde angewiesen, die Kurzarbeitsentschädigung unter Berücksichtigung der Ferien- und Feiertagsentschädigung neu zu berechnen.** Gleichzeitig hielt das Kantonsgericht aber fest, dass die Umsetzung der materiellen Vorgaben von Art. 34 Abs. 2 AVIG im beschleunigten und vereinfachten summarischen Verfahren **einer vertieften Analyse bedürfe** und bereits darauf hingewiesen werde, dass die Arbeitgeber auch eine gewisse Pauschalisierung (z.B. bloss den Ferienanspruch gemäss Gesetz, GAV, Durchschnittswerte usw., pauschale Feiertagsentschädigung) hinzunehmen hätten, wofür Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung eine ausreichende Rechtsgrundlage darstellen würde.

2. Positionierung des SECO

Die Arbeitslosenkassen haben ihre Berechnungen gestützt auf Weisungen des SECO ausgeführt. Das SECO hat als Aufsichtsbehörde ein grosses Interesse an dieser Entscheidung, welche auch enorme finanzielle Auswirkungen haben könnte, müssten nachträglich noch zusätzliche Kurzarbeitsentschädigungen ausgerichtet werden. Angesichts des finanziellen Ausmasses, welches diese Rechtsfrage beinhaltet, hat das SECO bereits bestätigt, dass es entgegen dem kantonalen Urteil an seinen bisherigen Weisungen festhält und Beschwerde einreichen werde, weshalb eine endgültige rechtliche Überprüfung durch das Bundesgericht nötig wird.

3. Vermeidung eines Rechtsverlusts bis zum Vorliegen des definitiven Bundesgerichtsurteils

Wie das Bundesgerichtsurteil aussehen wird, und welche konkreten nachträglichen Zahlungen von Kurzarbeitsentschädigungen anfallen werden, kann heute nicht beantwortet werden. Gleichzeitig ist zu betonen, dass es nur um die Auszahlungen der Kurzarbeitsentschädigung seit Einführung des covid-bedingten summarischen Verfahrens geht, welches am 20. März 2020 in Kraft getreten ist und kürzlich (vorerst) bis Juni 2021 verlängert wurde. Erfasst werden somit Kurzarbeitsentschädigungen, welche ab März 2020 bezahlt wurden und während der gesamten Laufzeit des summarischen Verfahrens bezahlt werden.

Da erst gegen Ende Jahr 2021 mit dem Vorliegen des Bundesgerichtsurteils gerechnet werden kann, ist heute zu entscheiden, wie die Unternehmen sich zu verhalten haben, damit sie im Falle eines Urteils zu ihren Gunsten keinen Rechtsverlust erleiden. Wir haben diese Frage durch Herrn Prof. Dr. Ueli Kieser, Rechtsanwalt und Titularprofessor an der Uni St. Gallen (HSG) für Sozialversicherungsrecht und Gesundheitsrecht und ausgewiesener Experte in der Materie, abklären lassen.

Gemäss seiner Rückmeldung gibt es grundsätzlich zwei Vorgehensweisen:

3.1. Vorgehensvorschlag 1: Unternehmen reichen Gesuche ein

Die Unternehmen, welche Kurzarbeitsentschädigungen seit März 2020 erhalten haben, fordern die zuständige Arbeitslosenkasse auf, **eine formelle, anfechtbare Verfügung** zu erlassen. Dies wird der Hauptfall darstellen. Jene Unternehmen, welche bereits früher eine solche Verfügung erhalten oder eingefordert haben, stellen ein **formelles Wiedererwägungsgesuch**.

Dieses Vorgehen ist sowohl für die Unternehmen als auch die Arbeitslosenkassen mit einem grossen administrativen Aufwand verbunden, weil formell der Instanzenzug aufgenommen wird.

In der Beilage finden Sie dazu einen Musterbrief (einmal kommentiert und einmal unkommentiert), mit welchem Ihre Unternehmen dieses Gesuch einreichen können.

3.2. Vorgehensvorschlag 2: SECO erlässt Weisung an die Arbeitslosenkasse

Die einfachere Vorgehensweise, welche aber vom SECO akzeptiert werden muss, besteht darin, dass das SECO als Aufsichtsbehörde eine Weisung an die Arbeitslosenkassen erlässt mit dem Inhalt, dass diese im Falle einer Bestätigung des Luzerner Urteils durch das Bundesgericht von Amtes wegen die falschen Zahlungen korrigieren müssen – auch ohne Gesuch um eine formelle Verfügung oder eine Wiedererwägung durch die Unternehmen.

4. Intervention SAV bei Bundespräsident Parmelin

Angesichts der erwarteten Flut an Gesuchen, welche für die Unternehmen mit Aufwand verbunden ist, aber auch die weitere Arbeit der Arbeitslosenkassen in Mitleidenschaft ziehen wird (Verzögerung der Auszahlung der Kurzarbeit infolge Abarbeiten der Gesuche), ist der SAV vergangenen Freitag schriftlich an Bundespräsident Parmelin gelangt mit der Aufforderung, rasch Einfluss auf das SECO zu nehmen, damit die Flut an Gesuchen verhindert werden kann. Am kommenden Mittwoch, 24. März 2021, findet auch noch ein Gespräch zwischen der SAV-Spitze sowie Bundespräsident Parmelin statt.

5. Beiliegende Musterbriefe: Gesuche um Erlass einer formellen Verfügung bzw. eines Wiedererwägungsgesuchs

Für den Fall, dass keine solche Weisung durch das SECO erlassen wird, stellen wir Ihnen in der Beilage ein von Prof. Dr. U. Kieser formuliertes Musterschreiben zu, mit welchem Ihre Unternehmen die formelle Verfügung oder das Wiedererwägungsgesuch stellen können. Das gleiche Schreiben ist einmal kommentiert und enthält die wichtigen Erklärungen bzw. ist unkommentiert in der Form, wie es unterzeichnet vom Unternehmen einzureichen ist.

Damit diese Verfügungen nicht angefochten werden müssen, werden wir uns dafür einsetzen, dass diese Verfahren in jedem Fall sistiert werden (sollte nicht ohnehin das formlose Vorgehen gemäss Ziffer 3.2. zur Anwendung gelangen, was unsere Hauptpriorität ist).

6. Weiteres Vorgehen und Rückfragen

Angesichts des massiven Aufwands für die Unternehmen und die Arbeitslosenkasse setzt der SAV sich prioritär für die formlose Vorgehensweise gemäss Ziffer 3.2. ein. **Wir rechnen damit, dass wir Ihnen in den nächsten Tagen mitteilen können, ob diese Weisung erlassen wird.** Umso mehr scheint es uns für die Branchen und Ihre Unternehmen interessant zu sein, diesen Entscheid noch abzuwarten. Wir überlassen es aber natürlich Ihnen, mit entsprechenden Empfehlungen an Ihre Mitglieder zu gelangen.

Sollten Sie Rückfragen oder Inputs haben, so stehen Ihnen Daniella Lützelschwab, lutzelschwab@arbeitgeber.ch, Mobile 079 179 85 78 sowie Roland A. Müller, roland.mueller@arbeitgeber.ch, Mobile 079 220 52 29 gerne zur Verfügung. Für Fragen der Kolleginnen und Kollegen in der Romandie steht Ihnen auch Marco Taddei, taddei@arbeitgeber.ch, Mobile 079 776 80 67 zur Verfügung. Zögern Sie sich nicht, sich bei uns zu melden, sollten weitere Unklarheiten bestehen.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHER ARBEITGEBERVERBAND



Roland A. Müller
Direktor



Daniella Lützelschwab
Ressortleiterin Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht
Mitglied der Geschäftsleitung