

Newsletter Mai 2/2021

Kommentar zu aktuellen Rechtsfragen

## Kommentar zum BGer 8C\_780/2020 vom 15. April 2021

Kurzarbeitsentschädigung bei Personen mit ausländischen Arbeitgebenden

**Dr. iur. Patricia Usinger-Egger**

### **I. Sachverhalt**

Im für die Publikation vorgesehenen Bundesgerichtsentscheid 8C\_780/2020 vom 15. April 2021 ging es um folgende Rechtsfrage:

Hat eine in der Schweiz aufgrund ihrer Erwerbstätigkeit beitragspflichtige und wohnhafte Person, welche für einen ausländischen Arbeitgebenden arbeitet, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung?

Die Vorinstanz bejahte diese Frage mit dem Argument, dass es keine Rechtsgrundlage gebe, welche einen Betriebssitz in der Schweiz verlange. Die beschwerdeführende kantonale Amtsstelle hielt dagegen, dass sie aufgrund von Art. 36 AVIG i.V.m. Art. 119 Abs. 1 lit. b AVIV für einen nicht in der Schweiz domizilierten Betrieb nicht zuständig sei. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in diesem Sinne gut und fügte an, dass auch die durch das Freizügigkeitsabkommen im Bereich der sozialen Sicherheit anwendbare Koordinierungsverordnung (VO EG) Nr. 883/2004 in Art. 65 Abs. 1 bei Kurzarbeit vorsehe, dass bei Personen, die in einem anderen als dem zuständigen Beschäftigungsstaat wohnen, der Beschäftigungsstaat, der sich hier im Ausland befinde, zuständig sei.

### **II. Quid iuris?**

Es sind zwei Grundregeln zu beachten. Erstens ist die VO (EG) Nr. 883/2004 nur anwendbar, wenn es sich um einen grenzüberschreitenden Sachverhalt handelt. Meist bedeutet dies, Wohnsitz im einen Staat, Beschäftigungsort in einem anderen Staat. Zweitens sind diese sozialrechtlichen Regeln und verwendeten Begrifflichkeiten, wie auch üblich bei Staatsverträgen, primär aus sich selber heraus, d.h. autonom und vom nationalen Recht her unabhängig auszulegen: *«Bei der Auslegung des Begriffs „Ort der Ausübung“ der Tätigkeit [...] ist zu beachten, dass Bedeutung und Tragweite von Begriffen, die das Gemeinschaftsrecht nicht definiert, nach ständiger Rechtsprechung entsprechend ihrem Sinn nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch und unter Berücksichtigung des Zusammenhangs, in dem sie verwendet werden, und der mit der Regelung, zu der sie gehören, verfolgten Ziele zu bestimmen sind [...] Entsprechend ist mit dem Begriff „Ort der Ausübung“ einer Tätigkeit entsprechend seiner Grundbedeutung der Ort gemeint, wo der Betreffende die mit dieser Tätigkeit verbundenen Handlungen konkret ausführt»* (EuGH C-137/11, Partena ASBL, 27.09.2012, N 56 f. – es soll hier nicht auf die zeitliche Anwendbarkeit dieses EuGH-Entscheids für die Schweiz eingegangen werden). Damit dürfte klar sein, dass dies die Schweiz ist. Weil sich auch der Wohnsitz der betreffenden Person in der Schweiz befindet, könnte vermutet werden, dass es sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelt. Ein Blick in die Vorgängerverordnung (EWG) Nr. 1408/71 zeigt, dass dem nicht so ist. Dort heisst es in Art. 13 Abs. 2 lit. a: *«Eine Person, die im Gebiet eines Mitgliedstaates abhängig beschäftigt ist, unterliegt den Rechtsvorschriften dieses Staates, und zwar auch dann, wenn sie im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates wohnt oder ihr Arbeitgeber oder das Unternehmen, das sie beschäftigt, seinen*

## Newsletter Mai 2/2021

### Kommentar zu aktuellen Rechtsfragen

*Wohnsitz oder Betriebssitz im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates hat*». Durch die heute geltende Äquivalenzregel in Art. 5 VO (EG) Nr. 883/2004 mit der Fiktion, Behandlung des Sachverhalts, wie wenn sich der Sitz des Arbeitgebenden in der Schweiz befinden würde, wurde diese Bestimmung obsolet. Für diese Konstellation hält auch die Durchführungsverordnung (EG) Nr. 987/2009 eine beitragsrechtliche Vorschrift bereit, was insofern bemerkenswert ist, als dass es sich grundsätzlich um nicht harmonisierende, die Zuständigkeiten koordinierende sozialrechtliche Verordnungen handelt. Gemäss Art. 21 Abs. 1 VO (EG) Nr. 987/2009 gilt, dass wenn Arbeitgebende ihren eingetragenen Sitz oder ihre Niederlassung ausserhalb des zuständigen Mitgliedstaats haben, sie den Pflichten nachkommen müssen, die durch die auf ihre Arbeitnehmenden anzuwendenden Rechtsvorschriften vorgesehen werden, wie der Pflicht zur Zahlung der nach diesen Rechtsvorschriften vorgeschriebenen Beiträge. Die geschieht so, wie wenn der Arbeitgebende seinen eingetragenen Sitz oder seine Niederlassung in dem zuständigen Mitgliedstaat hätte.

### **III. Fazit**

Die Schweiz ist als Beschäftigungsstaat grundsätzlich leistungszuständig und hat den Sachverhalt so zu lösen, wie wenn sich der Arbeitgebende in der Schweiz befinden würde. Bei Kurzarbeitsentschädigungen könnte es allerdings durchaus Sinn machen, durch eine Verwaltungsvereinbarung (Art. 16 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004) zwischen dem Seco und der involvierten ausländischen Stelle – in casu handelt es sich allerdings um das Vereinigte Königreich, was das Ganze in Zukunft nicht unbedingt vereinfachen dürfte – die Zuständigkeit zu ändern, sodass die Leistungspflicht und ein Teil der Beiträge an den Ort des ausländischen Betriebssitzes übertragen würden. Sicherlich zu vermeiden ist, dass versicherte Personen und ausländische Arbeitgebende in der Schweiz Beiträge bezahlen und weder hier noch im Ausland, wo aufgrund der fehlenden Erwerbstätigkeit keine Beiträge einzubringen sind, Versicherungsleistungen ausgeschüttet werden.