



Informationen zur Gestaltung von Saisonverträgen für die Wintersaison 2020/21

Vorbemerkungen

Folgende Bemerkungen möchte Seilbahnen Schweiz (SBS) der inhaltlichen Betrachtung vorausschicken:

- Mit der Löschung des Art. 4 der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung) wurde per 1. September 2020 die Grundlage für die vorübergehend grosszügigere Handhabung in Bezug auf die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung (KAE) für Saisonarbeitende aufgehoben. Es ist unsicher, ob bei einem weiteren Lockdown (national, regional oder lokal) wieder KAE für diese Kategorie von Mitarbeitenden ausgerichtet würde. Deshalb stellt sich den Schweizer Seilbahnunternehmungen die Frage, wie sie grundsätzlich mit diesem Thema umgehen und mit welchen Massnahmen sie als Arbeitgeber den finanziell existentiellen Risiken begegnen möchten.
- Aufgrund der rechtlichen Komplexität des Themas und der unterschiedlichen Arbeitgeberesituationen innerhalb der Seilbahnbranche ist es nicht möglich, Vorschläge oder Klauseln zu formulieren, welche allen Seilbahnunternehmen dienen und alle Fragestellungen im Zusammenhang mit COVID-19 bezüglich der Saisonarbeitsverträge beantworten. Nicht alle Unternehmen sind mit denselben Problemstellungen konfrontiert. Manchen geht es darum, im Falle eines Lockdowns möglichst viele Verträge rasch auflösen zu können oder automatisch enden zu lassen. Andere Unternehmen beabsichtigen, im Falle einer Schliessung für so viele Mitarbeitende wie möglich, den Anspruch auf KAE zu erhalten. Diese Ziele stehen sich in der Umsetzung teilweise entgegen. SBS kann daher seinen Mitgliedern keine konkreten Empfehlungen zur Gestaltung ihrer Arbeitsverträge weitergeben; sondern jede Seilbahnunternehmung ist in der Verantwortung, eigenständig zu entscheiden, welche Regelungen sie zur Minimierung ihres unternehmerischen Risikos in die Arbeitsverträge aufnehmen möchte.
- Seit dem 1. September 2020 gelten betreffend KAE wieder die Regelungen wie vor der Einführung der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in Bezug auf den Kreis der anspruchsberechtigten Personen: *«Ab dem 1. September 2020 entfällt die Mehrheit der ausserordentlichen Massnahmen (Ausweitung der Anspruchsgruppen, zusätzliche finanzielle Entlastung der Unternehmen) und es erfolgt eine Rückkehr zum ursprünglichen System der Kurzarbeitsentschädigung.»* (https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/neues_coronavirus/kurzarbeit.html, 01.09.2020). Dies heisst, dass seit diesem Zeitpunkt wieder der Art. 33 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 zum Zuge kommt, der Personen mit einem befristeten Arbeitsvertrag – sprich auch Personen mit einem klassischen Saisonvertrag – vom Bezug der KAE ausschliesst.
- SBS möchte sodann auf die Spezialregelung in Bezug auf die KAE für befristete Arbeitsverträge mit Kündigungsmöglichkeit hinweisen. In der Weisung des SECO vom 27. August 2020 wird auf S. 13 Folgendes festgehalten: *„Bei den befristet Angestellten ist ab 01.09.2020 zu beachten, dass «unecht befristet» angestellte Arbeitnehmende, d.h. mit einem befristeten Arbeitsvertrag mit Kündigungsmöglichkeit, den Anspruch auf KAE behalten (AVIG-Praxis KAE D29).“* In der AVIG-Praxis KAE D29 wird sodann ausdrücklich Nachstehendes gesagt: *„(...) Solche Arbeitsverhältnisse liegen vor, wenn ausdrücklich oder stillschweigend ein befristeter Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde oder nach den besonderen Umständen ein befristetes Arbeitsverhältnis anzunehmen ist. Lässt ein Arbeitsvertrag eine Kündigung vor Ende einer vereinbarten Befristung zu, besteht Anspruch auf KAE.“* Saisonarbeitsverhältnisse gelten als befristete Arbeitsverhältnisse, wenn sie nicht vor Ablauf der Saisondauer von einer Vertragspartei unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist gekündigt werden können (ARV 1993/1994 S. 257). Wird zusätzlich zur Befristung (Maximaldauer) eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen, kann also auch bei Saisonverträgen der Anspruch auf KAE gegeben sein, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

- Es ist ungewiss, wie der Bund im Falle eines zweiten Lockdowns entscheiden würde. Es darf zwar vermutet werden, dass bei einem erneuten Lockdown wohl wieder eine Verordnung mit ähnlichem Umfang respektive ähnlichen Modifikationen des Systems der KAE erlassen würde. Hier besteht jedoch ein gewisser Unsicherheitsfaktor, welcher bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen ist.
- SBS kann nicht abschliessend beurteilen, wie ein Gericht vor dem Hintergrund der COVID-Situation die verschiedenen denkbaren Vertragsregelungen im Bereich der befristeten Arbeitsverträge beurteilen würde.
- SBS kann im Rahmen dieses Dokuments nicht auf alle Eventualitäten zum Thema Saisonverträge eingehen. So werden weitergehende Fragen in Bezug auf eine allfällige Lohnfortzahlungsfrist oder mögliche Einflüsse auf die Sozialversicherungen nicht behandelt. Da sich die Unternehmen der Seilbahnbranche in einigen relevanten Punkten deutlich unterscheiden und diese Themen auch unterschiedlich handhaben wären allgemein gehaltene Aussagen zu diesen Themen kaum nützlich.

Beantwortung der zentralen Fragen

1. Können auch bei befristeten Arbeitsverträgen Kündigungsmöglichkeiten vereinbart werden? Wenn ja: Welche Kündigungsfristen wären bei Saisonarbeitsverträgen zulässig?

Grundsätzlich enden befristete Arbeitsverhältnisse mit Zeitablauf, ohne Kündigung. In diesem Fall ist die Anwendung der gesetzlichen (sachlichen und zeitlichen) Kündigungsschutzbestimmungen respektive der Bestimmungen zum Schutz vor missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [OR] vom 30. März 1911) ausgeschlossen.

Die Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses kann jedoch auch von einer Kündigung abhängig gemacht werden, oder es kann eine Höchstdauer für den Vertrag vorgesehen werden, innerhalb dieser das Verhältnis unter Einhaltung der entsprechenden Fristen gekündigt werden kann. Erfolgt keine Kündigung, endet das Verhältnis ohne Weiteres nach der vereinbarten Höchstdauer. Auf eine Kündigung innerhalb der Höchstdauer sind nun hingegen die Kündigungsschutzbestimmungen anwendbar (Der Arbeitsvertrag, Frank Vischer, 2005, S. 225 ff. sowie Schweizer Vertragshandbuch – Musterverträge für die Praxis, Peter Münch, Sabina Kasper Lehne, Franz Probst [Hrsg.], 2017, S. 700). Der Kündigungsschutz bedeutet insbesondere, dass ein Aufschub der Kündigung in bestimmten festgelegten Fällen erfolgt, so bei Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft. Wenn also mit einer Höchstdauer plus Kündigungsmöglichkeit gearbeitet wird, wäre eine Kündigung beispielsweise während einer Krankschreibung nichtig. Für den Fall, dass ein befristetes Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsmöglichkeit versehen wird, kann dieses Arbeitsverhältnis also jederzeit durch Kündigung aufgelöst werden, endet aber spätestens mit Ablauf der vereinbarten Dauer, ohne dass dafür eine Kündigung erforderlich wäre (BGer 4C.62/2001 vom 8. Juni 2001, E. 2., Staehelin, a.a.O., N 3 zu Art. 334 OR). Dies interpretiert SBS so, dass das Arbeitsverhältnis so oder so spätestens mit Ablauf der vereinbarten Dauer endet, sowohl wenn keine Kündigung erfolgt als auch wenn eine solche ausgesprochen wurde, diese jedoch wegen Krankschreibung etc. nichtig wäre. SBS kann jedoch keine Gewähr geben, dass dies ein Gericht in einem konkreten Fall ebenso beurteilen würde.

In analoger Anwendung von Art. 335c OR könnte wohl ein Saisonarbeitsverhältnis, welches schliesslich weniger lange als ein Jahr dauert, mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, gekündigt werden. Art. 335c Abs. 1 und 2 OR lauten folgendermassen: «Das Arbeitsverhältnis kann im ersten Dienstjahr mit einer Kündigungsfrist von einem Monat, im zweiten bis und mit dem neunten Dienstjahr mit einer Frist von zwei Monaten und nachher mit einer Frist von drei Monaten je auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Diese Fristen dürfen durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag abgeändert werden; unter einen Monat dürfen sie jedoch nur durch Gesamtarbeitsvertrag und nur für das erste Dienstjahr herabgesetzt werden.» Die Festsetzung einer Kündigungsfrist von unter einem Monat ist folglich an strenge Voraussetzungen gebunden.

Auf jeden Fall dürfen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht unterschiedliche Kündigungsfristen festgesetzt werden (Art. 335a OR).

Wir möchten auch auf die Problematik der Kettenarbeitsverträge hinweisen. Mit dem Abschluss von sich ablösenden befristeten Verträgen darf nicht die Umgehung der Anwendung der Kündigungsschutzbestimmungen bezweckt werden (Der Arbeitsvertrag, Frank Vischer, 2005, S. 228 f.). Somit ist jedenfalls bei einer längeren Serie von Saisonarbeitsverträgen mit derselben Person die Zulässigkeit einer Kündigung mit nur einem Monat Frist zumindest fraglich.

Ebenfalls gilt es zu bedenken, dass auch die Arbeitnehmenden den Vertrag mit den gleichen Fristen wie die jeweiligen Arbeitgeber kündigen können, was dem Unternehmen sehr ungelegen kommen könnte.

Sodann ist die fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus wichtigen Gründen gemäss Art. 337 Abs. 1 und 2 OR stets anwendbar, jedoch ist diese nur unter ganz bestimmten eng formulierten Voraussetzungen möglich: *«Aus wichtigen Gründen kann der Arbeitgeber wie der Arbeitnehmer jederzeit das Arbeitsverhältnis fristlos auflösen; er muss die fristlose Vertragsauflösung schriftlich begründen, wenn die andere Partei dies verlangt. Als wichtiger Grund gilt namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf.»*

2. Wie lange darf die Probezeit höchstens ausfallen? Mit welcher Frist kann innerhalb der Probezeit gekündigt werden?

Auch bei befristeten Arbeitsverträgen kann eine Probezeit vereinbart werden, diesfalls gilt Art. 335b OR analog (Der Arbeitsvertrag, Frank Vischer, 2005, S. 228 sowie Schweizer Vertragshandbuch – Musterverträge für die Praxis, Peter Münch, Sabina Kasper Lehne, Franz Probst [Hrsg.], 2017, S. 700):

Das Arbeitsverhältnis kann während der Probezeit jederzeit mit einer Kündigungsfrist von sieben Tagen gekündigt werden; als Probezeit gilt der erste Monat eines Arbeitsverhältnisses. Durch schriftliche Abrede können abweichende Vereinbarungen getroffen werden; die Probezeit darf jedoch auf höchstens drei Monate verlängert werden (Art. 335b Abs. 1 und 2 OR).

3. Wie könnte man allenfalls das Problem lösen, dass für Mitarbeitende mit befristeten Verträgen kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (KAE) besteht?

Gemäss den Abklärungen von SBS können grundsätzlich auch Personen in befristeten Arbeitsverhältnissen mit Kündigungsmöglichkeit KAE beantragen, wenn die restlichen Voraussetzungen erfüllt sind.

So wären dann die Arbeitnehmenden nur ca. für den letzten Monat (die Zeit ab der Kündigung) nicht zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung berechtigt: *«Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn (...) das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (...).»* (Art. 31 Abs. 1 lit. c AVIG)

Von dem Vorgehen, den (grundsätzlich nicht KAE-anspruchsberechtigten) Saisonarbeitenden unbefristete Verträge auszustellen und diese dann rechtzeitig zu kündigen, rät SBS ab. Bei unbefristeten Verträgen kommt stets der gesetzliche Kündigungsschutz zum Tragen. Zudem könnte ein Gericht den KAE-Anspruch letztlich trotzdem ablehnen, mit der Begründung, dass es sich um eine Gesetzesumgehung handle, weil die Vertragsgestaltung nur deshalb deutlich anders gewählt wurde als in den Jahren zuvor, damit ein Anspruch auf KAE besteht. Es wird dann schwierig zu begründen sein, weshalb eine Person, welche Jahr für Jahr als Saisonier angestellt wurde, nun einen unbefristeten Vertrag erhalten hat, der «zufällig» wieder auf das Saisonende gekündigt wurde.

4. Können die Saisonarbeitsverträge so ausgestaltet werden, dass sie bei Anordnung eines zweiten Lockdowns automatisch enden, oder bei Bestehen einer behördlichen Anordnung zur Schliessung gar nicht erst beginnen?

In Frage stehen hier Formulierungen wie diese: *«Dieser Vertrag tritt nur in Kraft, sofern keine behördlichen Schliessungen oder ähnliche hoheitliche Anordnungen entgegenstehen.»* oder: *«Dieser Vertrag beginnt am 1. November 2020 und dauert bis spätestens 2. April 2020. Er endet vorzeitig am Tag einer allfälligen hoheitlichen Anordnung eines zweiten Lockdowns.»*

Grundsätzlich können die Parteien das Ende des Arbeitsvertrages auch vom Eintritt eines gewissen zukünftigen Ereignisses abhängig machen, notwendig ist dabei immer, dass das Ende der vertraglichen Bindung für beide Parteien bestimmbar ist (Der Arbeitsvertrag, Frank Vischer, 2005, S. 226). Da ein Lockdown vom Bund angeordnet würde, dürfte jedenfalls die Bestimmbarkeit für beide Seiten gegeben sein.

Auch in der Vorlage von SBS «Personalreglement SBS 2020 Version AZG» ist beispielsweise festgehalten, dass die Vertragsparteien Beginn und Ende des Arbeitsverhältnisses im Einzelarbeitsvertrag vom Eintritt gewisser Bedingungen (z. B. Aufnahme der Beschneidung, natürlicher Schneefall, Pistenöffnung) abhängig machen können. Dies wird von einigen Unternehmen so praktiziert, SBS kennt bis dato keine Fälle, in denen eine solche Regelung erfolgreich angefochten wurde. Zu ähnlichen Formulierungen wie den obigen muss aber klar festgehalten werden, dass es – gerade vor dem Hintergrund einer ausserordentlichen oder besonderen Lage – keine Präzedenzfälle gibt. Es müsste letztlich im konkreten Fall ein Gericht entscheiden, ob diese vor dem Hintergrund der besonderen Situation in Bezug auf COVID-19 rechtens sind.

Fazit

Wie sich aus der Zusammenstellung von SBS ergibt, ist das erörterte Thema komplex. Je nachdem, welche Ziele die Seilbahnunternehmen verfolgen, bieten sich ihnen unterschiedliche Lösungswege an. Fast alle möglichen Regelungen bergen jedoch gewisse Risiken finanzieller oder rechtlicher Art oder für den Ruf der Unternehmung.

Eine denkbare Möglichkeit wäre bei den Verträgen eine Kombination einer Befristung mit einer Resolutivbedingung (also die Vereinbarung der automatischen der Auflösung des befristeten Vertrages beim Eintritt einer bestimmten Bedingung) vorzusehen. Zudem könnte eine einmonatige Kündigungsfrist vorgesehen werden. So wäre grundsätzlich – die Erfüllung der weiteren Voraussetzungen vorausgesetzt – der Anspruch auf KAE gegeben, jedenfalls wenn die Behörden keine Umgehung annehmen. Eine solche Formulierung könnte beispielsweise so lauten:

«Der vorliegende Arbeitsvertrag beginnt am [Datum] und endet am Saisonende, spätestens jedoch am 2. April 2021. Im Falle der behördlichen Verhängung eines zweiten Lockdowns endet der vorliegende Arbeitsvertrag vorzeitig am Tag eben dieser behördlichen Anordnung.»

Im Übrigen kann der Vertrag während der Laufzeit beidseitig jeweils mit einer Frist von einem Monat auf das Ende eines Monats gekündigt werden.»

Jede Seilbahnunternehmung muss in Einzelfall für sich selbst vor dem Hintergrund der konkreten Unternehmenssituation prüfen, ob diese Klausel zielführend ist.

Die Absicht, zusätzlich zu diesem Passus in allen Verträgen noch die Probezeit auf das Maximum zu verlängern, beurteilt der Rechtsdienst von SBS als kritisch. Gerade bei Mitarbeitenden, welche bereits einige Jahre immer wieder saisonal beschäftigt wurden, ist es gut möglich, dass ein Gericht eine Kündigung in der Probezeit als missbräuchlich beurteilen könnte.

SBS kann keine Gewähr dafür übernehmen können, dass die oben beschriebenen Lösungsmöglichkeiten rechtlich vor einem Gericht standhalten würde. Gerade vor dem Hintergrund der besonderen Situation in Bezug auf COVID-19 kann derzeit niemand voraussagen, wie die Gerichte entscheiden würden.

SBS regt dazu an, dass die Seilbahnunternehmen, die Einführung solcher oder ähnlicher Klauseln mit den betroffenen Mitarbeitenden besprechen und diesen den Zweck und die Hintergründe (insbesondere in Bezug auf die KAE) aufzeigen. Dies dürfte die Akzeptanz für neue Lösungen erhöhen. Gerade in Bezug auf Mitarbeitende, die Jahr für Jahr in der Saison mitarbeiten und die für das Unternehmen in ihrer Funktion unverzichtbar sind, hält SBS dies für empfehlenswert.

Zusätzlich ist festzuhalten, dass die einvernehmliche Auflösung eines Vertrages mittels einer Aufhebungsvereinbarung grundsätzlich auch bei befristeten Verträgen möglich ist und in gewissen Konstellationen – die saubere Abklärung insbesondere versicherungsrechtlicher Folgen vorausgesetzt – ebenfalls eine Möglichkeit darstellen könnte.

Direktion Seilbahnen Schweiz, im September 2020