

# BGer 8C 141/2023 vom 2. Mai 2023

Bundesgericht, 2023-05-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_141\\_2023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_141_2023)

FR: TF 8C 141/2023 du 2 mai 2023

IT: TF 8C 141/2023 del 2 maggio 2023

## Regeste

Arbeitslosenversicherung (Kurzarbeitsnentschädigung) | Arbeitslosenversicherung

## Erwägungen

### E. 1

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ), und kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ; zum Ganzen: BGE 145 V 57 E. 4).

### E. 2.1

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie in Bestätigung des Einspracheentscheids vom 16. September 2022 bezüglich der Monate Oktober bis Dezember 2021 einen anrechenbaren Arbeitsausfall verneinte und den geltend gemachten Ausfall dem normalen Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin zuschrieb.

### E. 2.2

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze zum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ( Art. 31 Abs. 1 AVIG ), zum anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d, Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG ) und zu den Härtefällen ( Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AVIV ) zutreffend dargelegt. Gleiches gilt für die Voraussetzungen, unter denen die Anrechenbarkeit eines Arbeitsausfalls zu verneinen ist ( Art. 33 Abs. 1 lit. a und b AVIG ; BGE 121 V 371 E. 2a), sowie für die Rechtsprechung zum normalen Betriebsrisiko ( BGE 138 V 333 E. 4.2.2; 119 V 498 E. 1; ARV 2008 S. 158, 8C\_279/2007 E. 2.3). Richtig sind auch die Ausführungen zu den Voraussetzungen der Wiedererwägung einer rechtskräftigen Verfügung ( Art. 53 Abs. 2 ATSG ). Darauf wird verwiesen.

### E. 2.3

Wie in der Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020 (BBl 2020 2068 S. 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wird, besteht der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs

bzw. der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, sondern im Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen ( BGE 147 V 359 E. 4.6.3). Nach den laufend aktualisierten Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" kann eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinn von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Die Arbeitgeber müssen allerdings glaubhaft darlegen, inwiefern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind (Weisung Nr. 2020/01 vom 10. März 2020, S. 3). Während zu Beginn der blosser Hinweis auf die Pandemie als ausreichende Begründung betrachtet wurde (Weisung Nr. 2020/06 vom 9. April 2020, S. 5), galt dies im hier interessierenden Zeitpunkt nicht mehr (Weisung Nr. 2020/15 vom 30. Oktober 2020, S. 8). Durch die Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie sind gemäss diesen Weisungen ebenfalls als aussergewöhnliche Umstände zu betrachten, so dass Arbeitsausfälle aufgrund solcher Massnahmen unter die Sonderregelung nach Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallen (Weisung Nr. 2020/01, S. 3).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog in grundsätzlicher Hinsicht, ein Einspruch der kantonalen Amtsstelle gegen die Auszahlung gemäss Art. 36 Abs. 4 AVIG könne in Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG gezogen werden, da es sich dabei um eine Verfügung handle. Ebenfalls Verfügungscharakter habe ein positiver Entscheid, d.h. wenn die Amtsstelle keinen Einspruch erhebe.

### **E. 3.2**

Im hier zu beurteilenden Zeitraum von Oktober bis Dezember 2021 habe gemäss den Beschlüssen des Bundesrates vom 8. September 2021 (AS 2021 542) und vom 3. Dezember 2021 (AS 2021 813) unter anderem im Innenbereich von Restaurations- und Barbetrieben, bei kulturellen und sportlichen Aktivitäten in der Freizeit, bei Veranstaltungen im Innenbereich und bei Kultur-, Sport- und Freizeiteinrichtungen mit Innenbereichen eine Beschränkung des Zugangs ab 16 Jahren auf Personen mit gültigem Covid-Zertifikat (sog. Zertifikatspflicht; Medienmitteilung des Bundesrats vom 8. September 2021), resp. ab 6. Dezember 2021 eine ausgeweitete Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske sowie eine Zugangsbeschränkung auf Personen mit einem Zertifikat bestanden (Medienmitteilung des Bundesrats vom 3. Dezember 2021). Die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, inwieweit ihr Betrieb aufgrund dieser, insbesondere das gesellschaftliche Leben im Sozial- und Freizeitbereich betreffenden Massnahmen, direkt bzw. unmittelbar massgeblich eingeschränkt worden wäre. Der geltend gemachte hohe Arbeitsausfall von durchschnittlich rund 80 % könne daher klar nicht auf die dannzumal geltenden behördlichen Massnahmen zurückgeführt werden. Eine mit der Covid-19-Pandemie im Zusammenhang stehende rückläufige Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen sei auch mit Blick auf die branchenspezifische Wirtschaftslage nicht erstellt. Die vom SECO publizierten Konjunkturtendenzen ergäben für Herbst 2021 bzw. Winter 2021/2022 eine weitere (deutliche) Verbesserung. Insbesondere die Auftragsbestände, die sich auf einem hohen Niveau stabilisiert hätten, und die Erwartungen für die Bauaktivität würden auf eine

positive Entwicklung hindeuten. Vor allem im Hoch- und Ausbaugewerbe werde die Auftragslage positiv bewertet. Die Bauinvestitionen seien im dritten Quartal 2021 gar leicht über dem Vorkrisenniveau gewesen, wobei eine zuletzt verhaltene Entwicklung auf einen Mangel an Vorleistungsgütern, eine damit einhergehende Verteuerung ebenjener, einem Anstieg der Baupreise sowie einem zunehmenden Mangel an Fachkräften in der Bauwirtschaft zurückzuführen gewesen sei. Laut dem "Bauindex Schweiz", herausgegeben vom Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) und der Credit Suisse AG, habe das vierte Quartal 2021 nach einem überraschend starken dritten Quartal erneut zulegen können. Die Umsätze des Bauhauptgewerbes hätten sich vollständig vom pandemiebedingten Rückgang des Vorjahres erholt. Die starke wirtschaftliche Erholung und die sich abzeichnende Verlängerung des Negativzinsumfelds hätten die Baunachfrage angekurbelt. Auch branchenspezifisch habe der Schweizerische Maler- und Gipserunternehmer-Verband (SMGV) im Oktober 2021 die Erwartungen zur künftigen Geschäfts- und Auftragslage zusehends optimistischer beurteilt, namentlich die Nachfrage, die Auftragsbestände und die Ertragslage hätten sich in den letzten drei vorangegangenen Monaten positiv entwickelt. Zudem hätten sich die Erwartungen über die Geschäftsentwicklung und die Entwicklung der Nachfrage weiter aufgehellt. Gestützt hierauf gelangte die Vorinstanz zum Schluss, die Beschwerdeführerin sei nicht besonders betroffen durch anderweitige, ausserordentliche und nicht mehr unter das normale Betriebsrisiko fallende Umstände. Die angegebene unzureichende Auftragslage sei auf die verschärfte Konkurrenzsituation und andere wiederkehrende Marktschwankungen zurückzuführen. Nachdem der Arbeitsausfall eindeutig zum normalen Betriebsrisiko gehöre, sei der ursprüngliche Entscheid vom 3. November 2021 in falscher Rechtsanwendung ergangen und daher zweifellos unrichtig, weshalb der Beschwerdegegner diesen zu Recht in Wiedererwägung gezogen habe.

### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, der Beschwerdegegner berufe sich auf die Weisung 2021/16 des SECO vom 1. Oktober 2021, wonach nicht plausibilisierte Abrechnungen mit einem Arbeitsausfall von über 50 % für eine Abrechnungsperiode ab Juni 2021 durch die Arbeitslosenkasse der kantonalen Amtsstelle zur Überprüfung vorzulegen seien (vgl. Einspracheentscheid vom 16. September 2022/S. 3). Als Verwaltungsverordnung habe sich die Weisung an den geltenden Gesetzen zu orientieren. Der Beschwerdegegner habe es als kantonale Amtsstelle unterlassen, gemäss Art. 36 Abs. 4 AVIG Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung zu erheben. An seiner Entscheid gemäss Verfügung vom 3. November 2021 sei der Beschwerdegegner gebunden und könne sich für eine Abänderung nicht auf die genannte Bestimmung berufen. Ebenso wenig seien die Wiedererwägungsvoraussetzungen gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt.

### **E. 3.3.2**

Die Beschwerdeführerin sei am Ende der Handlungskette im Baugewerbe tätig. Nebst der mangelnden Bereitschaft der Investoren zur Auftragserteilung sei sie ungleich stärker von Verzögerungen bei der Materiallieferung oder von angestiegenen Einkaufspreisen für Materialien aufgrund der Coronakrise betroffen gewesen. Die vom Beschwerdegegner zu prüfenden Voraussetzungen zur Bewilligung von Kurzarbeit seien daher erfüllt gewesen. Erst ab Ende Mai 2022 habe sich die Lage stabilisiert. Weder sei die Verfügung vom 3. November 2021 damit zweifellos unrichtig noch deren Korrektur von erheblicher Bedeutung. Es seien im Vertrauen auf die Richtigkeit der Verfügung Dispositionen getroffen worden, die den Stellenerhalt von Mitarbeitenden und damit die wirtschaftliche

Existenz von Lohnbezüglern beinhaltet. Dieses Vertrauen sei zu schützen.

#### **E. 4.1**

Verwaltungsweisungen richten sich grundsätzlich nur an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Indes berücksichtigt das Gericht diese Weisungen insbesondere dann und weicht nicht ohne triftigen Grund davon ab, wenn sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen und eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben enthalten. Dadurch trägt es dem Bestreben der Verwaltung Rechnung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten. Auf dem Wege von Verwaltungsweisungen dürfen keine über Gesetz und Verordnung hinausgehenden Einschränkungen eines materiellen Rechtsanspruchs eingeführt werden ( BGE 148 V 102 E. 4.2; 140 V 543 E. 3.2.2.1; vgl. auch BGE 140 V 343 E. 5.2; je mit Hinweisen).

#### **E. 4.2**

Die bis 31. Dezember 2021 gültige Weisung 2021/16 des SECO vom 1. Oktober 2021 (vgl. Weisung 2021/21 vom 17. Dezember 2021) sieht in Ziff. 2.2 S. 11 vor, dass Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar sind. Der Arbeitgeber muss jedoch glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind. Der einfache Hinweis auf die Pandemie genügt nicht als Begründung. Ebenso sind durch Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie als aussergewöhnliche Umstände zu betrachten, so dass Arbeitsausfälle aufgrund solcher Massnahmen unter die Sonderregelung von Art. 32 Abs.3 AVIG fallen (Weisung 2021/16 Ziff. 2.3 S. 13). In Ziff. 2.5 S. 18 der soeben genannten Weisung wird festgehalten, dass Abrechnungen mit einem Arbeitsausfall von über 50 % für eine Abrechnungsperiode ab Juni 2021 vom Betrieb gegenüber der Arbeitslosenkasse jeweils begründet und mit plausiblen betrieblichen Unterlagen untermauert werden müssen. Nicht plausibilisierte Abrechnungen über dem Schwellenwert hat die Arbeitslosenkasse der kantonalen Amtsstelle zur Prüfung zu unterbreiten.

#### **E. 4.3**

Inwiefern die hier anzuwendenden Weisungen des SECO nicht mit Gesetz und Verordnung vereinbar sein sollen, wird nicht substantiiert dargetan und ist nicht ersichtlich. Korrekt ist auch das Vorgehen der Arbeitslosenkasse, die Akten der Amtsstelle zur erneuten Prüfung zuzustellen, wenn sie das Fehlen von durch die Amtsstelle zu prüfenden Anspruchsvoraussetzungen feststellt (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Auflage 2016, S. 2421 Rz. 514; AVIG-Praxis KAE vom Januar 2014 G20). Dass dem Entscheid des Beschwerdegegners vom 3. November 2021 Verfügungscharakter zukommt, ist ferner unbestritten (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O. S. 2420 f. Rz. 514; 2/S. 5).

#### **E. 4.4.1**

Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung. Darunter fällt insbesondere eine Leistungszusprache aufgrund falscher Rechtsregeln bzw. ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen ( BGE 144 V 103 E. 2.2 mit Hinweisen).

#### **E. 4.4.2**

Die Voranmeldung wurde mit einem weiterhin sehr tiefen Auftragsbestand aufgrund der Pandemie begründet, wie die Vorinstanz willkürfrei feststellte. So gab die Beschwerdeführerin an, man habe sich telefonisch und schriftlich um Aufträge beworben und auch andere Unternehmen für Subunternehmensaufträge angefragt. Leider bestünden aufgrund der Coronavirus-Pandemie zu wenig Aufträge. Die Vorinstanz stellte unter Hinweis auf die wirtschaftliche Entwicklung im Bauhauptgewerbe und die branchenspezifische Entwicklung im Maler- und Gipsergewerbe fest, dass im hier zu beurteilenden Zeitraum eine gute Konjunktur- und Auftragslage geherrscht habe. Nicht als willkürlich gerügt wird ihre weitere Feststellung, dass die unzureichende Auftragslage der Beschwerdeführerin auf eine verschärfte Konkurrenzsituation sowie auf andere wiederkehrende Marktschwankungen (Investitionsverhalten, Materialkosten, Verfügbarkeit von Fachkräften, Zinsentwicklungen, öffentliche Bautätigkeit) zurückzuführen sei. Weshalb die Vorinstanz in sachverhaltlicher Hinsicht offensichtlich unrichtig festgestellt haben soll, dass die Beschwerdeführerin keine anderweitigen, ausserordentlichen und nicht mehr unter das normale Betriebsrisiko fallenden Umstände geltend gemacht habe, zeigt sie nicht auf). In der Beschwerde wird ferner nicht dargelegt, inwiefern - gegenläufig zur wirtschaftlichen Situation im Bauhauptgewerbe und zur branchenspezifischen Entwicklung im Maler- und Gipsergewerbe - Verzögerungen in der Materiallieferung oder Teuerungen bei den Beschaffungsgütern zu einem pandemiebedingten oder sonstwie ausserordentlichen Arbeitsausfall geführt haben sollen. Insgesamt gehen die Vorbringen hinsichtlich der Voraussetzungen für die Bewilligung von Kurzarbeit über weite Strecken nicht über eine letztinstanzlich unzulässige appellatorische Kritik hinaus.

#### **E. 4.4.3**

Deshalb ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verfügung vom 3. November 2021, worin der geltend gemachte Arbeitsausfall aufgrund der Covid-19-Pandemie als ausserordentlich und nicht zum normalen Betriebsrisiko gehörend, qualifiziert wurde, als zweifellos unrichtig einstufte. Denn die Beschwerdeführerin konnte bereits im Verfügungszeitpunkt nicht rechtsgenügend belegen, dass die in ihrem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie und die diesbezüglichen behördlichen Massnahmen zurückzuführen sind und nicht dem normalen Betriebsrisiko entsprechen ( Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG ). Die Vorinstanz erkannte bundesrechtskonform, dass der ursprüngliche Entscheid vom 3. November 2021 in falscher Rechtsanwendung erfolgte und damit zweifellos unrichtig war.

#### **E. 4.4.4**

Das Erfordernis der erheblichen Bedeutung der Berichtigung ist sodann in Anbetracht der beantragten Kurzarbeitsentschädigung von gesamthaft Fr. 78'707.95 zweifellos erfüllt. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf die Grundsätze des Vertrauensschutzes, der Rechtsbeständigkeit und der Rechtssicherheit beruft, stehen diese einer Wiedererwägung nicht entgegen (vgl. BGE 140 V 514 E. 3.5). Mit der richtigen Anwendung von Art. 53 Abs. 2 ATSG ist diesen Prinzipien Genüge getan (vgl. SVR 2018 IV Nr. 59 S. 190, 8C\_680/2017 E. 4.1.3.1). Dies gilt vorbehältlich jener Situationen, in denen sämtliche Voraussetzungen für eine - gestützt auf den Vertrauensschutz - vom Gesetz abweichende Behandlung gegeben sind ( BGE 138 V 258 E. 6 mit Hinweis auf BGE 116 V 298 ; SVR 2022 ALV Nr. 26 S. 92, 8C\_458/2021 E. 3.1 f.). Dass diese Voraussetzungen vorliegend erfüllt wären, legt die Beschwerdeführerin nicht rechtsgenügend dar, indem sie einzig

einwendet, sie hätte im Vertrauen auf die Richtigkeit der Verfügung vom 3. November 2021 Dispositionen getroffen, die den Stellenerhalt von Mitarbeitenden betreffen würden. Es ist auch nicht ersichtlich, wodurch hier ein Vertrauensschutz begründet sein könnte, nachdem ohnehin keine vorbehaltlose Bewilligung von Kurzarbeit erfolgte.

#### **E. 5**

Zusammenfassend lassen die Einwendungen der Beschwerdeführerin weder die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen als offensichtlich unrichtig, als Ergebnis willkürlicher Beweiswürdigung oder als rechtsfehlerhaft nach Art. 95 BGG erscheinen, noch deuten sie sonst wie auf eine Bundesrechtsverletzung hin. Damit hat es beim vorinstanzlichen Urteil sein Bewenden.

#### **E. 6**

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.