

# **BGer 8C\_200/2024 vom 10. Oktober 2024**

Bundesgericht, 2024-10-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_200\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_200_2024)

FR: TF 8C\_200/2024 du 10 octobre 2024

IT: TF 8C\_200/2024 del 10 ottobre 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 141 V 234 E. 1 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie in Bestätigung des Einspracheentscheids vom 23. Juni 2022 einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für einen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin ab dem 24. August 2020 verneinte.

### **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 ; BGE 148 V 195 E. 5.3 mit Hinweisen). 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. 1 und 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. 2.4**

Die Verordnung des Bundesrates über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033; einschliesslich ihrer bisherigen Änderungen [AS 2020 877, 1075, 1201]) legt Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit fest, enthält aber für die hier zu beurteilende Problematik keine Abweichungen vom dargelegten Recht.

#### **E. 3**

Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass die Beschwerdeführerin den "Fonds C. \_\_\_\_\_" in U. \_\_\_\_\_ nicht planmässig registriert habe. Der für die Administration dieses Projekts zuständige Mitarbeiter habe seine Tätigkeit nicht zum vorgesehenen Zeitpunkt aufnehmen können und deshalb einen Arbeitsausfall erlitten. Die Beschwerdeführerin habe jedoch eingeräumt, dass der für die Fonds-Eröffnung notwendige Kooperationsvertrag nur deshalb nicht abgeschlossen werden können, weil sich die Vertragsparteien nie persönlich getroffen hätten. Ein persönliches Treffen habe jedoch bloss (aufgrund kultureller Gepflogenheiten) einem Wunsch der osteuropäischen Investoren entsprochen und sei nicht rechtlich erforderlich gewesen. Zum normalen Betriebsrisiko gehörend sei der Arbeitsausfall nicht anrechenbar und daher ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab August 2020 zu verneinen. Nachdem die gesetzlichen Voraussetzungen für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht erfüllt seien, erweise sich die erfolgte Bewilligung von Kurzarbeit als zweifellos unrichtig und die Berichtigung des Entscheids von erheblicher Bedeutung, weshalb die wiedererwägungsweise Aufhebung der beiden Verfügungen zu Recht erfolgt sei.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin vermag den vorinstanzlichen Darlegungen nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen. Sie wiederholt namentlich, dass sie den Fonds C.\_\_\_\_\_ deshalb nicht zeitlich wie geplant habe registrieren können, weil die Investoren wegen der pandemiebedingten Reisebeschränkungen nicht hätten in die Schweiz reisen können, wobei die Unterzeichnung des Kooperationsvertrags reine Formsache gewesen sei. Aus kulturellen Gründen würden Investoren aus osteuropäischen Ländern darauf bestehen, Vertragspartner vor der Unterzeichnung einer Vereinbarung physisch zu treffen. Der von Kurzarbeit betroffene Mitarbeiter sei bis Mitte Juli 2020 intern geschult worden. Für die finale Einrichtung des Fonds C.\_\_\_\_\_ habe lediglich die Unterzeichnung des Kooperationsvertrags durch die Investoren gefehlt. Die physische Anwesenheit der Investoren sei ferner für die Eröffnung eines Bankkontos in der Schweiz notwendig gewesen.

#### **E. 5.1.1**

Inwiefern die Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung der Vorinstanz offensichtlich unrichtig (willkürlich) sein soll, ergibt sich aus den Rügen der Beschwerdeführerin nicht. Auch wenn es den Investoren frei stand, ein persönliches Treffen zur Unterzeichnung der Kooperationsvereinbarung zu verlangen, wie eingewendet wird, zeigt die Beschwerdeführerin zum einen nicht stichhaltig auf, dass die Einreisebestimmungen in die Schweiz für die Investoren im Zeitraum vom 24. August bis 23. November 2020 derart restriktiv gewesen wären, dass sie überhaupt nicht hätten einreisen können (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 27. Mai 2020 zu den ab 8. Juni 2020 weiter gelockerten Einreisebeschränkungen:

[https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen msg-id-79248.html](https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/msg-id-79248.html) und Chronologie des Jahres 2020 aus Sicht des Staatssekretariats für Migration SEM: <https://archiv.migration.swiss/migrationsbericht-2020/chronologie-2>, je abgefragt am 8. Oktober 2024).

#### **E. 5.1.2**

Zum andern verletzt die Vorinstanz kein Bundesrecht, wenn sie gestützt auf die Darlegungen der Beschwerdeführerin zum Schluss gelangte, dass die Investoren offenbar aus kulturellen Gründen nicht bereit waren, Alternativen zur Vertragsunterzeichnung mittels physischer Anwesenheit zu prüfen bzw. zuzulassen. Solches wird auch letztinstanzlich nicht geltend gemacht, sondern der kulturelle Hintergrund für das investorensseitig verlangte physische Treffen betont. Dass alternative Lösungen zur physischen Präsenz im Hinblick auf die Vertragsunterzeichnung und die Eröffnung eines Bankkontos (wie beispielsweise moderne Identifizierungslösungen, Korrespondenzbanken, Stellvertretungen/Vollmachten, alternative Banklösungen) überhaupt in Erwägung gezogen und geprüft worden wären, ergibt sich dementsprechend aus den Akten nicht, wie die Vorinstanz bereits willkürfrei erkannte. Weshalb eine Bankkontoeröffnung in der Schweiz zwingend die persönliche Anwesenheit der Investoren bedingt hätte, legt die Beschwerdeführerin überdies nicht dar.

#### **E. 5.2**

Entgegen der vorgetragenen Rüge war die Vorinstanz bei dieser Sachlage nicht verpflichtet, in Nachachtung des Untersuchungsgrundsatzes ( Art. 61 lit. c ATSG ) weitere Beweise in Form von Zeugenbefragungen zu erheben. In welcher Hinsicht eine Befragung von A.\_\_\_\_\_ oder D.\_\_\_\_\_ bei der sich präsentierenden Ausgangslage zu einem die

vorinstanzliche Auffassung beeinflussenden Erkenntnisgewinn geführt hätte, bringt die Beschwerdeführerin nicht vor. Es erhellt somit nicht, was in sachverhaltlicher Hinsicht durch die Befragung des als Zeugen offerierten D. \_\_\_\_\_ hätte geklärt werden sollen, nachdem dieser einzig im Zusammenhang mit dem Interesse der E. \_\_\_\_\_ S.A. (BMI) als Fonds-Managerin und Depositorin des Fonds zu fungieren, im vorinstanzlichen Verfahren als Zeuge angeboten worden war. Die Aussage von A. \_\_\_\_\_ in der vorinstanzlichen Beschwerde, dass Investoren aus osteuropäischen Ländern aus kulturellen Gründen darauf bestehen würden, ihre Vertragspartner vor der Unterzeichnung einer Vereinbarung physisch zu treffen, sodass sie nicht bereit gewesen seien, die Kooperationsvereinbarung zu unterzeichnen, wird von keiner Seite bestritten, weshalb sich auch zu diesem Punkt eine Zeugenbefragung erübrigte. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vorinstanz durch die Nichtvornahme entsprechender Befragungen den Sachverhalt offenkundig unrichtig erhoben haben soll, wie vorgebracht wird. Im Sinne einer zulässigen antizipierten Beweiswürdigung (vgl. BGE 145 I 167 E. 4.1; 144 II 427 E. 3.1.3; 143 III 297 E. 9.3.2) verletzt ihr Verzicht auf Zeugeneinvernahmen ebenso wenig den Anspruch auf rechtliches Gehör ( Art. 29 Abs. 2 BV ).

### **E. 5.3**

Der Arbeitsausfall beruht nach den verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen auf einer freiwilligen, kulturell motivierten Entscheidung der Investoren, nur in physischer Anwesenheit in der Schweiz eine Kooperationsvereinbarung zu unterzeichnen und ein Bankkonto zu eröffnen und nicht auf einer behördlich angeordneter Massnahme im Sinne von Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV (vgl. Ziff. 2.2 f. der Weisung 2021/13 des SECO «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie» vom 30. Juni 2021). Die geltend gemachten Arbeitsausfälle des Mitarbeiters hätten mithin insofern verhindert werden können, als es den Investoren möglich gewesen wäre, umständehalber auf ein persönliches Erscheinen vor Ort zu verzichten, was sie offensichtlich nicht getan haben. Damit war der Arbeitsausfall weder auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen noch unvermeidbar, weshalb der Vorinstanz keine Verletzung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG vorzuwerfen ist. Offen bleiben kann daher, wie es sich mit der Rüge der Beschwerdeführerin verhält, das vorinstanzliche Argument gehe fehl, wonach selbst bei erfolgreicher Registrierung und fehlenden Reisebeschränkungen eine tatsächliche Investition in den Fonds C. \_\_\_\_\_ im Sinne eines normalen Betriebsrisikos nicht sicher gewesen wäre.

### **E. 5.4**

Die Vorinstanz hat somit zu Recht einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 24. August 2020 verneint und die Rückerstattungspflicht bejaht. Somit hat es beim vorinstanzlichen Urteil sein Bewenden. Eine Rückweisung an die Vorinstanz, wie von der Beschwerdeführerin eventualiter beantragt, jedoch nicht näher begründet, erübrigt sich.

### **E. 6**

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung der Beschwerde wird mit dem heutigen Urteil gegenstandslos.

### **E. 7**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend trägt die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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