

BGer 8C 313/2023 vom 9. August 2023

Bundesgericht, 2023-08-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_313_2023

FR: TF 8C 313/2023 du 9 août 2023

IT: TF 8C 313/2023 del 9 agosto 2023

Regeste

Arbeitslosenversicherung (Kurzarbeitsentschädigung) | Arbeitslosenversicherung

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 24. September 2021 einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die mitarbeitenden Strassenverkäuferinnen und -verkäufer des Beschwerdeführers verneinte.

E. 2.2

Nach Art. 17 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz; SR 818.102; rückwirkend in Kraft getreten auf den 1. September 2020 durch die Änderung des Covid-19-Gesetzes vom 18. Dezember 2020; AS 2020 5821; in Kraft bis 31. Dezember 2022; AS 2021 878 Ziff. II Abs. 2; BBl 2021 2515) kann der Bundesrat vom AVIG abweichende Bestimmungen erlassen über Anspruch und Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf Abruf in unbefristeten Arbeitsverhältnissen.

E. 2.3.1

Der Bundesrat schuf mit der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit. Am 8. April 2020 weitete der Bundesrat den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf aus (AS 2020 1201). Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (eingefügt durch Ziff. I 1 der Verordnung vom 8. April 2020 über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung) bestimmt demnach in der vom 9. April bis 31. August 2020 in Kraft stehenden Fassung (AS 2020 1201), dass in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. a und Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 %), ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, sofern sie seit mehr als sechs Monaten in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet. In der vom 1. September 2020 bis 30. Juni 2021 (AS 2020 4517) gültigen Version bestimmt Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, dass in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. a und Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 %), ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, sofern sie seit mindestens sechs Monaten unbefristet in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet. Gemäss Art. 8f Abs. 2 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung bestimmt die zuständige Behörde den Arbeitsausfall auf der Basis der letzten sechs oder zwölf Monate und rechnet den für die jeweilige Arbeitnehmerin oder den jeweiligen Arbeitnehmer günstigsten Arbeitsausfall an.

E. 2.3.2

Wie sich nachfolgend zeigen wird, spielt es hier keine Rolle, welche Fassung dieser Bestimmung vorliegend zur Anwendung gelangt. Die Frage des intertemporal anzuwendenden Rechts konnte die Vorinstanz daher bundesrechtskonform offen lassen. Dem Beschwerdeführer ist aber zuzustimmen, dass nach den allgemeinen intertemporalen Regeln (BGE 141 V 657 E. 3.5.1) Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in der bis 31. August 2020 geltenden Fassung zum Zuge kommt, nachdem für die Zeit vom 17. März bis 29. Mai 2020 ein Leistungsanspruch geltend gemacht wird.

E. 3

Die Vorinstanz erwog, bezüglich der Arbeitszeit gehe aus der Vereinbarung zwischen dem Beschwerdeführer und den Strassenverkäuferinnen und -verkäufer (nachfolgend: Vereinbarung), Ziff. 4.3 hervor, dass diese ihre Einsatzzeiten frei bestimmen und sich lediglich an die Ladenöffnungszeiten zu halten hätten. Es handle sich somit um Arbeitnehmende mit freien Einsatzzeiten. Sie würden vom Arbeitgeber nicht aufgefordert und daher nicht abgerufen. Ihr Arbeitsverhältnis sei insofern ähnlich mit der Arbeit auf Abruf, als ihr Lohn über die Monate hinweg wohl Schwankungen unterliege und sie möglicherweise nicht jeden Monat gleich viele Stunden arbeiteten. Anders als die Arbeitnehmenden auf Abruf sei es den Strassenverkäuferinnen und -verkäufer jedoch selbst überlassen, wie viele Stunden sie arbeiten würden. Eine Aufforderung durch den Arbeitgeber sei weder vorgesehen noch erforderlich. Sie seien vereinbarungsgemäss zwar durch die Ladenöffnungszeiten in der Zeit eingeschränkt, in der sie überhaupt Hefte verkaufen dürften, könnten aber ansonsten ihre Einsatzzeiten vollkommen selbst

bestimmen. Insofern gebe es auch keine vertraglich vereinbarte Arbeitszeit. Ihr Einkommen hänge denn auch nicht von der geleisteten Stundenanzahl ab, sondern vielmehr von der Anzahl verkaufter Hefte. Gemäss der Vereinbarung würden die Hefte für Fr. 3.30 pro Stück gekauft und zum Preis von Fr. 6.00 weiterverkauft. Die sich ergebende Differenz von Fr. 2.70 pro Heft bilde das Entgelt der verkaufenden Person. Der dem Kurzarbeitsentschädigungsantrag zugrunde liegende Arbeitsausfall müsse zumindest ansatzweise bestimmbar und kontrollierbar sein. Hier sei weder eine Arbeitszeit vereinbart oder üblich noch finde eine Arbeitszeitkontrolle statt. Wenngleich in der Pandemie Arbeitnehmenden auf Abruf für eine gewisse Zeit ausserordentlicherweise Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gewährt worden sei, führe dies nicht dazu, dass die Strassenverkäuferinnen und -verkäufer ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten. Eine echte Gesetzeslücke liege nicht vor. Im Rahmen von Notrecht und im Wissen um ein gewisses Missbrauchspotenzial sei im Parlament lange über verschiedene Arten von atypischen Arbeitsverhältnissen diskutiert und schliesslich ein Kompromiss geschlossen worden, der vorgesehen habe, dass nur Mitarbeitende auf Abruf mit einem unbefristeten Arbeitsvertrag in den Kreis aufgenommen würden, die bei Covid-19-bedingter Kurzarbeit vorübergehend und ausnahmsweise Anspruch auf eine Entschädigung hätten. Aus den parlamentarischen Diskussionen ergebe sich keine zusätzliche Ausdehnung dieser Bestimmungen auf weitere atypische Arbeitsverhältnisse. Dem Erfordernis einer gewissen Arbeitszeiterfassung sei als Voraussetzung für die Kurzarbeitsentschädigung explizit eine grosse Bedeutung beigemessen worden. Eine solche gebe es beim hier zu beurteilenden Strassenverkauf nicht.

E. 4.1

Der Beschwerdeführer vermag den vorinstanzlichen Darlegungen nichts Stichhaltiges entgegenzusetzen. Seine Ausführungen erschöpfen sich weitgehend in einer appellatorischen Kritik an der Vertragsinterpretation der Vorinstanz und der getroffenen Abgrenzung zur Arbeit auf Abruf, soweit er sich darauf beschränkt, der Vertragsauslegung im angefochtenen Urteil seine eigene Auffassung gegenüberzustellen. Richtig ist zwar, dass bei der unechten Arbeit auf Abruf die Arbeitgeberin keine Pflicht zur Beschäftigung bzw. die Arbeitnehmenden keine Arbeitspflicht trifft, weshalb sie insoweit ihr Einkommen beeinflussen und ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können (vgl. Urteil 4A_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3). Hieraus lässt sich hingegen nichts zu seinen Gunsten gewinnen.

E. 4.2

Die Feststellung der Vorinstanz, die Strassenverkäuferinnen und -verkäufer würden gemäss Vereinbarung weder aufgefordert noch abgerufen, ist zusammenfassend willkürfrei. Ebenso wenig ist es offensichtlich unrichtig, dass es ihnen überlassen sei, wie viele Stunden sie arbeiten würden und dass sie ihre Einsatzzeiten vollständig frei bestimmen könnten, solange sie sich an die Ladenöffnungszeiten halten würden. Der Beschwerdeführer bestreitet denn auch nicht, dass es sich bei den betroffenen Arbeitnehmenden um Personen handelt, die ihre Einsatzzeiten frei bestimmen können und gemäss vorinstanzlicher Feststellung weder einen Dienstplan noch ein regelmässiges Einkommen erzielen. Die Vorinstanz schloss hieraus ohne in Willkür zu verfallen, beim Strassenverkauf der Hefte könnten die Arbeitnehmenden bis zu einem gewissen Grad ihr Einkommen selbst beeinflussen und daher sei wohl auch keine Kündigung zu befürchten. Je nach Dauer ihrer täglichen Arbeitszeit und der von ihnen selbst gewählten Tageszeit für den Verkauf dürften die Einkünfte höher oder tiefer ausfallen. Das Einkommen der Arbeitnehmenden auf Abruf

sei dementsgegen davon abhängig, ob und für welchen Zeitraum sie aufgeboten würden, weshalb ihr eigener Einfluss, vorbehaltlich einer allenfalls bestehenden Möglichkeit, den Einsatz abzulehnen, deutlich geringer sei, weshalb sich beide Personengruppen massgeblich unterscheiden würden. Die Rüge einer offensichtlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung, da die Vorinstanz Unterschiede zwischen der Arbeit auf Abruf und den Strassenverkäufen festgestellt habe, die nicht gegeben seien, ist demnach unbegründet.

E. 4.3

Wenngleich bei der (unechten) Arbeit auf Abruf und bei den vorliegenden Arbeitsverhältnissen eine Einflussnahme auf die Einkommenshöhe im vorinstanzlich dargelegten Sinne zu bejahen ist, liegt dennoch keine vergleichbare Situation vor, nachdem die Arbeitnehmenden im Strassenverkauf überhaupt keine Arbeitszeit auf Abruf leisten. Unbehelflich ist weiter der Einwand, dass beispielsweise auch Lastwagenchauffeure in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf eine (Halb-) Tagespauschale anstelle einer Abrechnung auf Stundenlohnbasis erhalten könnten, sodass ihr Einkommen nicht von den geleisteten Stunden, sondern vom jeweiligen Einsatz abhängt, weshalb sich diese Form ebenfalls nicht von den Strassenverkäufen unterscheidet. Hierbei verkennt der Beschwerdeführer, dass, im Gegensatz zum Strassenverkauf, so oder anders ein Abruf nach dem Bedarf des Arbeitgebers erfolgt, unabhängig davon, ob die Personen im Stundenlohn oder mit einem Fixum für die geleistete Tätigkeit entschädigt werden. Leisten die Strassenverkäuferinnen und -verkäufer, wie vorinstanzlich festgestellt wurde und unbestritten blieb, überhaupt keine bestimmte Arbeitszeit, sondern werden sie nach verkaufter Anzahl Hefte entlohnt, lässt sich dies mit dem System der Kurzarbeitsentschädigung nicht vereinbaren (vgl. Weisung des SECO gemäss AVIG-Praxis KAE Rz. B31 ff.; BGE 147 V 359 E. 3 und 4). Der Einwand, bei der unechten Arbeit auf Abruf sei eine vertraglich geregelte Arbeitszeit gänzlich unüblich, weshalb kein Unterschied zum vorliegenden Strassenverkauf bestehe, hilft daher nicht weiter. Nachdem die Strassenverkäuferinnen und -verkäufer keine (bestimmte) Arbeitszeit zu leisten haben und dementsprechend keine für die Bestimm- und Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls notwendige betriebliche Arbeitszeitkontrolle (Art. 46b Abs. 1 AVIV) vorgenommen wird, lässt sich - im Gegensatz zur Arbeit auf Abruf im Sinne von Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung - auch kein Beschäftigungsgrad eruieren. Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder ausreichend kontrollierbar ist, sind nach Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG nicht berechtigt, Kurzarbeitsentschädigung zu erhalten. Vom Grundsatz der Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalls kann somit nur abgewichen werden, wenn die vor Beschäftigungseinbruch geleistete Arbeit während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen war, sodass eine individuelle Normalarbeitszeit ermittelt werden kann. Daran hat sich, wie die Vorinstanz zu Recht erwogen hat, durch die Einführung von Art. 8f Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung einzig insofern etwas geändert, als sich die individuelle Normalarbeitszeit anhand eines mindestens sechs Monate dauernden Beobachtungszeitraums errechnen lassen muss, die Beschäftigungsschwankungen hingegen in Abweichung der bis dahin geltenden Praxis in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden mehr als 20 % nach unten oder nach oben ausmachen dürfen (vgl. vorstehende E. 2.3; siehe auch Weisung des SECO in AVIG-Praxis KAE Rz. B31 i.V.m. Rz. B97 der AVIG-Praxis ALE des SECO; ARV 2014 S. 62, 8C_625/2013 E. 3.2). Ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit kann nach dem Gesagten grundsätzlich nur entstehen, wenn sich zumindest eine individuelle Normalarbeitszeit ermitteln lässt. Solches ist bei den

gegebenen Arbeitsverhältnissen, wie sich aus dem soeben Ausgeführten ergibt, nicht möglich. Daher kann der Beschwerdeführer auch nichts für sich aus der Weisung des SECO vom 2020/08 (Aktualisierung Sonderregelungen aufgrund der Pandemie) vom 1. Juni 2020 ableiten (vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen: BGE 147 V 79 E. 7.3.2; 140 V 543 E. 3.2.2.1; je mit Hinweisen). In dieser wurde auf S. 9 unter dem Titel "KAE für Profisportler, deren Arbeitsausfall sich nicht genau bestimmen lässt" festgehalten, ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung könne für Spieler eines Profisportvereins für die Zeit, während derer keine Spiele durchgeführt werden können, aufgrund eines hundertprozentigen Arbeitsausfalls bejaht werden. Die Arbeitsverhältnisse der Strassenverkäuferinnen und -verkäufer sind mit denjenigen von Profisportlern bereits deshalb nicht vergleichbar, weil diese unbestreitbar Arbeitszeit zu leisten haben, während die Arbeitnehmenden beim Strassenverkauf rein erfolgsabhängig (nach verkaufter Stückzahl) ein Entgelt erhalten (vgl. hierzu auch die Weisung des SECO gemäss AVIG-Praxis KAE Rz. B31 ff.). Die vorliegend zu beurteilenden Arbeitsverhältnisse fallen daher nicht, auch nicht in analoger Weise, unter die Bestimmung von Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung.

E. 4.4

Zu keinem anderen Ergebnis führt der Umstand, dass die Vorinstanz bei ihrer Auseinandersetzung mit der Frage nach einer analogen Anwendung von Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung bzw. des Vorliegens einer echten Gesetzeslücke die Ergebnisse der im September 2020 geführten parlamentarischen Beratungen heranzog, obwohl hier ein Anspruch ab März 2020 im Raum steht. Dass ihre Schlussfolgerung, Bundesrat und Parlament hätten bewusst keine Ausdehnung auf weitere Anspruchsberechtigte vorgenommen bzw. dem Erfordernis einer gewissen Arbeitszeiterfassung als Voraussetzung für die Kurzarbeitsentschädigung explizit grosse Bedeutung beigemessen, nicht auch der Intention der ab 9. April 2020 in Kraft stehenden Fassung von Art. 8f Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung entsprechen soll, ist nicht ersichtlich. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers war es nicht Ziel des Bundesrates, jede Form von Arbeitsverhältnissen mit seinen Regelungen zu erfassen. 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 ferner 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). Anders als der Beschwerdeführer meint, rückte dieses Ziel mit Inkrafttreten der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung nicht in den Hintergrund. Vielmehr hat der Bundesrat damit zwar Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt, aber den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nur auf bestimmte Anspruchsgruppen ausgeweitet, wie die Vorinstanz zutreffend erkannte (vgl. BGE 148 V 102 E. 3.3; 147 V 359 E. 4.4; Urteil 8C_319/2022 vom 12. Oktober 2022 E. 3.2.1). Bei allen Fassungen von Art. 8f Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ist insoweit von der gleichen Regelungsabsicht auszugehen, als der Ordnungsgeber den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nur auf gewisse Personengruppen im dargelegten Sinn ausdehnen wollte. Eine falsche Rechtsanwendung durch die Vorinstanz ist ebenso wenig auszumachen wie ein Verstoss gegen das Rückwirkungsverbot (vgl. BGE 126 V 134 E. 4a).

Eine unzulässigerweise rückwirkend geltende Regelung wurde nicht zur Anwendung gebracht. Ebenso wenig ist ersichtlich, inwiefern das Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) verletzt sein soll. Die vorinstanzliche Auffassung ist weder willkürlich noch anderweitig bundesrechtswidrig. Die Beschwerde ist unbegründet. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich auch eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz oder den Beschwerdegegner gemäss Eventualantrag.

E. 5

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend trägt der Beschwerdeführer die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Da er unterliegt, kann ihm auch keine Parteientschädigung für das vorinstanzliche Verfahren (Art. 61 lit. g ATSG) zugesprochen werden.

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