

# **BGer 8C 769/2021 vom 3. Mai 2022**

Bundesgericht, 2022-05-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_769\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_769_2021)

FR: TF 8C 769/2021 du 3 mai 2022

IT: TF 8C 769/2021 del 3 maggio 2022

## **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 legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es 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 und Art. 105 Abs. 2 BGG ; BGE 145 V 57 E. 4).

### **E. 2**

Streitig ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie die mit Einspracheentscheid vom 29. Oktober 2020 durch das AWA verfügte Ablehnung eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung ab 26. März 2020 bestätigte.

### **E. 3.1**

Das kantonale Gericht hat die Bestimmungen und Grundsätze zum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, insbesondere zur Voraussetzung des vorübergehenden Arbeitsausfalls und des durch die Kurzarbeitsentschädigung zu erwartenden Arbeitsplatzverlusts ( Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG ) sowie zu den durch behördliche Massnahmen bedingten Arbeitsausfällen ( Art. 51 Abs. 1 AVIV ), zutreffend dargelegt. Es wird darauf verwiesen.

### **E. 3.2**

Hervorzuheben ist, dass bei der Beurteilung der Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG nach ständiger Praxis von der wahrscheinlich vorübergehenden Natur des Arbeitsausfalls und vom Erhalt der Arbeitsplätze bei Gewährung der Kurzarbeitsentschädigung auszugehen ist, solange nicht konkrete Sachverhalte vorliegen, welche die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen ( BGE 121 V 371 E. 2a; 111 V 379 ; SVR 1996 ALV Nr. 73 S. 223 ff., C 191/95 E. 3b; ARV 1995 Nr. 19 S. 112 ff., C 218/94 E. 1). Der Zweck der Entschädigung besteht rechtsprechungsgemäss darin, das wirtschaftliche Risiko auszugleichen, welches dem von Kurzarbeit betroffenen Personal durch Arbeitsplatzverlust zuzufolge der dem Betrieb eigenen Risiken (Konkurs, Schliessung) droht. Beim Personal von öffentlichen Betrieben ist unter diesem Aspekt bei der Beurteilung des Anspruchs entscheidend, ob durch die Zusprechung der Entschädigung kurzfristig eine Entlassung oder Nichtwiederwahl verhindert werden kann ( BGE 121 V 362 ; ARV 2008 Nr. 14 S. 239 ff., 8C\_198/2007; ARV 1996/1997 Nr. 22 S. 123 ff., C 8/96; ARV 1993/1994 Nr. 18 S. 137 ff., C 55/93; Urteil 8C\_558+559/2021 vom 20. Januar 2022; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2415 Rz. 496).

### **E. 3.3**

Zu ergänzen ist, dass das SECO Sonderregelungen aufgrund der Pandemie erlassen hat. Verwaltungsweisungen richten sich grundsätzlich nur an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Das Gericht berücksichtigt indessen die Kreisschreiben 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 ( BGE 148 V 102 E. 4.2; 140 V 543 E. 3.2.2.1, je mit Hinweisen).

### **E. 4.1**

Gemäss Vorinstanz ist die Beschwerdeführerin ein Transportunternehmen, das im Auftrag der bestellenden Gemeinwesen mit der Durchführung des Regional- und Ortsverkehrs betraut ist. Als solches sei sie, so das kantonale Gericht weiter, zum einen zum fahrplanmässigen Transport verpflichtet, zum andern aber kostenmässig weitgehend durch die von der öffentlichen Hand zu leistenden Beiträge abgesichert gewesen, woran die COVID-19-Verordnung 2 nichts geändert habe. Angesichts des bei Gesuchstellung angenommenen Arbeitsausfalls von 30 % während dreieinhalb Wochen - ab 26. März 2020, im Gesuch genannter Ausgangszeitpunkt für die beantragte Kurzarbeitsentschädigung, bis 19. April 2020, Befristung der behördlichen Massnahmen gegenüber Bevölkerung, Organisationen und Institutionen (Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus, COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März beziehungsweise Änderung vom 16. März 2020; SR 818.101.24; AS 2020 773, 783) - fehle es an dem für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vorausgesetzten konkreten Risiko eines Arbeitsplatzabbaus. Da der öffentliche Personenverkehr nie behördlich eingeschränkt worden sei, habe aus damaliger Sicht nicht von einer längeren beziehungsweise massiven Reduktion des bestellten Angebots ausgegangen werden müssen.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, dass die Vorinstanz einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vorab anhand des Kriteriums der im Gesuch genannten voraussichtlichen - nach Ansicht des kantonalen Gerichts zu kurzen - Dauer des Arbeitsausfalls beurteilt, auf die Abnahme weiterer Beweise zur Klärung des Anspruchs indessen verzichtet habe. Zum Zeitpunkt der Gesuchseinreichung sei nicht absehbar gewesen, wie lange der Arbeitsausfall dauern werde. Später seien denn auch die Abrechnungen für April und Mai 2020 eingereicht worden, die einen entsprechenden Einbruch während rund zwei Monaten belegten. Selbst bei einer lediglich kurzen Dauer wäre jedoch ein Anspruch nicht von vornherein auszuschliessen gewesen und die Kurzarbeitsentschädigung in anderen Kantonen denn auch gewährt worden. Im Übrigen habe sie, so die Beschwerdeführerin weiter, im vorinstanzlichen Verfahren die Abnahme zusätzlicher Beweise für die Ausfälle im Einzelnen offeriert.

### **E. 5.1**

Gemäss SECO-Weisung Nr. 10 betreffend die Sonderregelungen aufgrund der Pandemie vom 22. Juli 2020 (Ziff. 2.6) besteht ein unmittelbares Arbeitsplatzabbaurisiko grundsätzlich nur bei Unternehmen, welche die Erbringung ihrer Dienstleistungen ausschliesslich mit den damit erzielten Einkünften oder Geldern von Privaten finanzieren, während Erbringer von öffentlichen Leistungen (Service Public) in der Regel kein Betriebsbeziehungsweise Konkursrisiko tragen. Daher haben solche Leistungserbringer, das heisst öffentlich-rechtliche Arbeitgeber, aber auch privatisierte Unternehmen, die im Auftrag eines Gemeinwesens gestützt auf eine Vereinbarung Dienstleistungen erbringen, für ihre Mitarbeitenden grundsätzlich keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung für Mitarbeitende von Erbringern einer öffentlichen Leistung ist nach der erwähnten SECO-Weisung nur dann zulässig, wenn die betroffenen Arbeitnehmenden einem unmittelbaren und konkreten Kündigungsrisiko ausgesetzt sind. Dies kann auch nur einen Teilbereich eines Leistungserbringers betreffen. Von einem unmittelbaren konkreten Arbeitsplatzabbaurisiko ist dann auszugehen, wenn ein Nachfragerückgang in dem Bereich, für den seitens des Auftraggebers keine Garantie beziehungsweise Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht, zu verzeichnen ist und, kumulativ, die betroffenen Betriebe zwecks Senkung der Betriebskosten die Möglichkeit haben, Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen. Das SECO hält in der erwähnten Weisung zudem fest, es obliege diesen Betrieben, mit geeigneten Unterlagen wie etwa Personalreglemente, Arbeitsverträge, GAV, Leistungsaufträge, Konzessionen, Subventionsvereinbarungen glaubhaft zu machen, dass im Falle eines Arbeitsausfalls ein unmittelbares konkretes Kündigungsrisiko bestehe. Die Einführung von Kurzarbeit ist schliesslich nach der SECO-Weisung nur dann abzulehnen, wenn die vom Arbeitgeber eingereichten Unterlagen das Bestehen eines Arbeitsplatzverlustrisikos nicht rechtsgenügend nachzuweisen vermögen.

### **E. 5.2**

Inwiefern die SECO-Weisung über eine Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen und damit bundesrechtswidrig über eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben hinausgehen könnte, ist nicht erkennbar. Dies gilt insbesondere insoweit, als bei konzessionierten Betrieben zu prüfen ist, inwieweit beziehungsweise in welchen Teilbereichen des gesuchstellenden Unternehmens einerseits eine Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht und ob andererseits in den ausschliesslich (oder allenfalls teilweise) durch private Gelder finanzierten Teilbereichen

ein durch behördliche Massnahmen bedingter Nachfragerückgang ausgewiesen und die dadurch bedingte Kündigung von Arbeitsstellen zu erwarten sei.

#### **E. 6**

Das kantonale Gericht ging allein aufgrund der bis 19. April 2020, also auf dreieinhalb Wochen befristeten behördlichen Massnahmen ("Lockdown") und der im Gesuch dementsprechend genannten voraussichtlichen Dauer des Arbeitsausfalls davon aus, die Gesuchstellerin habe lediglich einen entsprechend kurzfristigen Nachfragerückgang erwarten und unter diesen Umständen als konzessioniertes Personentransportunternehmen auch keine Kündigungen in Betracht ziehen müssen. Auch wenn der Kanton St. Gallen oder seine Gemeinden keine Reduktion des bestellten Angebots verordneten, wie die Vorinstanz feststellte, konnte indessen entgegen den vorinstanzlichen Schlussfolgerungen nicht angenommen werden, dass aufgrund des am 16. März 2020 behördlich angeordneten Lockdowns ein lediglich so kurzfristiger Nachfragerückgang zu erwarten war, der von vornherein Kündigungen als nicht wirtschaftlich hätte erscheinen lassen. Dies gilt umso mehr, als die Vorinstanz zu der gemäss SECO-Weisung massgeblichen Frage, ob und allenfalls inwieweit Bereiche ohne Übernahmegarantie der Betriebskosten von einem Nachfragerückgang betroffen seien, keinerlei sachverhaltliche Feststellungen traf. Damit verletzte sie Bundesrecht (vgl. BGE 143 V 19 E. 6.1.3 a.E.). Immerhin stellte das kantonale Gericht selber (wenn auch nicht umfangmässig präzise) fest, dass die Einsatzzeiten des Fahr- und Technikpersonals - selbst unter Berücksichtigung eines ähnlichen Musters im gleichen Zeitraum im Vorjahr - in den Monaten März und April 2020 massiv eingebrochen seien und sich danach erst im Juni erholt hätten. Soweit diese Einbrüche Bereiche der Beschwerdeführerin betroffen haben sollten, in denen durch die Leistungsvereinbarung keine Zusicherung für eine vollständige Deckung der Betriebskosten bestand, trägt sie wie jedes private Unternehmen ein entsprechendes Betriebs- beziehungsweise Konkursrisiko, dem ein solches Unternehmen mit Kündigungen begegnen würde. Es finden sich im angefochtenen Entscheid keine Feststellungen dazu, ob beziehungsweise in welchem Zeitrahmen eine entsprechende Möglichkeit vertraglich bestanden hätte. Die Beschwerdeführerin reichte im vorinstanzlichen Verfahren unter anderem ihre Angebotsvereinbarung mit dem Bundesamt für Verkehr (BAV), ihre Erfolgsrechnung für das Jahr 2019, aus der der Umfang der Abgeltung hervorgeht, sowie den Gesamtarbeitsvertrag mit ihren Beschäftigten ein. Des Weiteren offerierte sie die Einsichtnahme in ihr sämtliches Datenmaterial durch einen vom Gericht zu bestimmenden Fachexperten. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie die gemäss SECO massgeblichen Fragen des Umfangs der Deckung der Betriebskosten durch die öffentliche Hand sowie der Kündigungsmöglichkeiten kläre und nach Prüfung einer Leistungsberechtigung gestützt auf eine entsprechende Gesamtbetrachtung neu entscheide.

#### **E. 7**

Die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz mit noch offenem Ausgang gilt für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen im Sinne von Art. 66 Abs. 1 sowie Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ( BGE 132 V 215 E. 6.1; Urteil 8C\_715/2016 vom 6. März 2017 E. 6). Das Verfahren ist grundsätzlich kostenpflichtig ( Art. 62 BGG ), dem unterliegenden, in seinem amtlichen Wirkungskreis und nicht in seinem eigenen Vermögensinteresse handelnden AWA sind indessen keine Gerichtskosten ( Art. 65 Abs. 1 und 4 lit. a BGG ) aufzuerlegen ( Art. 66 Abs. 4 BGG ; BGE 133 V 640 E. 4; Urteil 8C\_432/2021 vom 20. Januar 2022 E. 6). Die

Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 1 BGG ).

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