

BGer 8C 89/2023 vom 2. Mai 2023

Bundesgericht, 2023-05-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_89_2023

FR: TF 8C 89/2023 du 2 mai 2023

IT: TF 8C 89/2023 del 2 maggio 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 der Arbeitslosenkasse vom 19. August 2022 einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin ab März 2022 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). 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" (vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen: BGE 148 V 385 E. 5.2; 148 V 102 E. 4.2; 140 V 543 E. 3.2.2.1) kann eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne 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 blosse 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, gemäss Umsatzliste der Beschwerdeführerin seien die Umsätze im Januar und Februar 2022 insgesamt stark rückläufig gewesen, ab März 2022 seien sie jedoch wieder deutlich angestiegen. Der Bundesrat habe auf den 17. Februar 2022 fast alle behördlichen Massnahmen zur Eindämmung der Pandemie, insbesondere die Maskenpflicht in Innenbereichen von Restaurants und die Zugangsbeschränkungen mittels Zertifikat (Impf-, Genesungs- oder Testzertifikat) zu Innenbereichen von Restaurants aufgehoben. Dadurch sei mit einer deutlichen Steigerung der Nachfrage nach Leistungen der Gastronomie zu rechnen gewesen, was sich in den Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin widerspiegelt habe. Laut einer Konjunkturumfrage Gastgewerbe der Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETH und der GastroSuisse hätten die Umsätze der Restaurationsbetriebe im 1. Quartal des Jahres 2022 im Vergleich zum 1. Quartal 2021 um 78 % zugenommen. Zudem sei die Nachfrage in der Gastronomie seit Beginn des Jahres 2022 bei fast drei Fünftel der Betriebe gestiegen. Dieser Trend habe sich auch im zweiten Quartal des Jahres 2022 fortgesetzt (<https://gastrosuisse.ch/de/branchenwissen/zahlen-und-trends/konjunkturkof>). Das SECO habe damit übereinstimmend angenommen, dass die Erholung im Gastgewerbe im 4. Quartal des Jahres 2021 durch die auf das Gastgewerbe ausgeweiteten Massnahmen unterbrochen worden sei (www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistung/en/Publikationen_und_Formulare/konjunkturtendenz/kt_fruehjahr_2022.html). Auch das AWA sei im Zürcher Wirtschaftsmonitoring vom März 2022 davon ausgegangen, dass sich die Geschäftslage im Gastgewerbe des Kantons Zürich zu Beginn des Jahres 2022 zwar wieder verschlechtert habe, mit Aufhebung der meisten Massnahmen zur Eindämmung der

Covid-19-Pandemie aber bald wieder mit einer Aufwärtsbewegung zu rechnen sei. Eine Rückkehr chinesischer Gäste sei aufgrund der Zero-Covid-Politik in China in naher Zukunft gemäss Tourismusprognose der KOF nicht zu erwarten. Was die Teleheimarbeit betreffe, bestünde gegenwärtig noch keine genügende statistische Grundlage zur Beantwortung der Frage, ob der signifikante Anstieg der Teleheimarbeit während der Zeit der Covid-19-Pandemie zu einer deutlichen und bleibenden Veränderung in der Erwerbswelt geführt habe. Es gebe jedenfalls gewichtige Anzeichen dafür, dass sich die in den letzten zwanzig Jahren zu beachtende Tendenz einer graduellen Zunahme von Teleheimarbeit durch die Pandemie bleibend verstärkt habe.

E. 3.2

Es stehe daher fest, dass die Umsätze der Beschwerdeführerin nach Aufhebung fast sämtlicher behördlicher Massnahmen zur Eindämmung der Pandemie am 17. Februar 2022 ab März 2022 deutlich angestiegen seien. Zudem sei gestützt auf die Konjunkturumfrage der KOF, die Angaben des SECO und das Zürcher Wirtschaftsmonitoring des AWA vom März 2022

(www.zh.ch/de/wirtschaft-arbeit/zuercher-wirtschaftszahlen/wirtschaftsmonitoring.html) anzunehmen, dass es im fraglichen Zeitraum von März bis August 2022 zu einer merklichen Erholung im Gastgewerbe sowie zu einer deutlichen Umsatzzunahme der Restaurationsbetriebe im Kanton Zürich und in der gesamten Schweiz gekommen sei. Es sei von einer längerfristigen veränderten touristischen Reiseentwicklung auszugehen, weshalb diesbezüglich kein vorübergehender, pandemiebedingter Arbeitsausfall vorliege. Schliesslich sei nicht auszuschliessen, dass auch im Gastronomiebereich mit der Zunahme der Teleheimarbeit ein dauerhafter Rückgang der Nachfrage nach gastronomischen Dienstleistungen einhergehe.

E. 3.3

Damit sei nicht glaubhaft gemacht, dass der von der Beschwerdeführerin behauptete Arbeitsausfall (weiterhin) auf die behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie oder auf einen damit zusammenhängenden Nachfragerückgang zurückzuführen sei. Die vom Beschwerdegegner bei der Bewilligung ermessensweise berücksichtigte Übergangsphase vom 17. bis 28. Februar 2022 sei ausreichend und somit gerichtlich nicht zu korrigieren.

E. 4.1

Was die Beschwerdeführerin dagegen einwendet, vermag zu keinem anderen Ergebnis zu führen. Soweit sie eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) im Sinne der Begründungspflicht rügt, weil die Vorinstanz nicht auf die Voraussetzungen der Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG eingegangen sei, ist dies nicht stichhaltig. Zwar verpflichtet der Gehörsanspruch die Behörden, die Vorbringen tatsächlich zu hören, ernsthaft zu prüfen und in ihrer Entscheidungsfindung angemessen zu berücksichtigen. Die Begründung muss daher die wesentlichen Überlegungen enthalten, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt. Dagegen wird nicht verlangt, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 142 II 49 E. 9.2; 137 II 226 E. 3.2 mit Hinweisen). Im angefochtenen Urteil werden die entscheidungswesentlichen Faktoren hinlänglich festgestellt und gewürdigt, weshalb sich die Beschwerdeführerin über dessen Tragweite ein Bild machen und dieses sachgerecht

anfechten konnte.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin bemängelt weiter, die Vorinstanz stütze sich zur Abweisung der Beschwerde auf Art. 17 Abs. 2 ATSG, was Bundesrecht verletze, da es sich hier nicht um eine zugesprochene Dauerleistung handle. Ebenso falle eine Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG ausser Betracht. Implizit habe die Vorinstanz im Ergebnis auch die Wiedererwägung geschützt. Es fehle vielmehr die nötige Rechtsgrundlage für die Prüfung, ob sich ab März 2022 die Bedingungen für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung wesentlich verändert hätten, weshalb das angefochtene Urteil aufzuheben und nicht weiter auf die Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen einzugehen sei.

E. 4.3

In Bezug auf formell rechtskräftige Verfügungen über Dauerrechtsverhältnisse ist folgendes zu wiederholen: Eine fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung (anfängliche tatsächliche Unrichtigkeit) lässt sich unter bestimmten Voraussetzungen durch eine prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) korrigieren. Tritt nach dem Erlass einer ursprünglich fehlerfreien Verfügung eine anspruchsrelevante Änderung des Sachverhalts ein (nachträgliche tatsächliche Unrichtigkeit), hat gegebenenfalls eine Anpassung im Rahmen einer Revision nach Art. 17 ATSG stattzufinden. Falls die Verfügung auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung beruht (anfängliche rechtliche Unrichtigkeit), ist ein Rückkommen unter dem Titel der Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) zu prüfen. Nicht gesetzlich geregelt ist der Tatbestand der nachträglichen rechtlichen Unrichtigkeit infolge einer nach dem Verfügungserlass eintretenden Änderung der massgebenden Rechtsgrundlagen (BGE 146 V 364 E. 4.2).

E. 4.4

Die Vorinstanz gab in E. 3.1 des angefochtenen Urteils die Bestimmung von Art. 17 Abs. 2 ATSG wieder und prüfte in der Folge, ob sich ab März 2022 die Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung wesentlich verändert haben. Abschliessend ging sie von einer nachträglichen Unrichtigkeit der Bewilligung für Kurzarbeit ab März 2022 aus (E. 3.5). Damit bejahte sie, wenn auch nicht ausdrücklich, einen Revisionsgrund nach Art. 17 Abs. 2 ATSG, da unbestritten keine anfängliche Unrichtigkeit der ersten Verfügung vorliegt (vorstehende E. 4.3).

E. 4.5

Angesichts der vorübergehenden Natur des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG besitzt die Kurzarbeit ebenfalls vorübergehenden Charakter. Mit Blick auf den Ablauf des Bewilligungsverfahrens ist vor Augen zu halten, dass die Arbeitgeberin in der Voranmeldung u.a. den voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall angeben muss, womit das effektive Ausmass der Kurzarbeit bei der Bewilligung durch die kantonale Amtsstelle noch nicht feststeht. Bereits mit der prospektiv einzuschätzenden wirtschaftlichen Situation der Beschwerdeführerin geht einher, dass der zu erwartende Arbeitsausfall tatsächlich kleiner oder grösser ausfallen kann, weshalb eine regelmässige Überprüfung der Anspruchsvoraussetzungen durch die kantonale Amtsstelle notwendig ist und die Kurzarbeit befristet zugesprochen wird. Wenn somit im Voraus festgestellt werden muss, ob ein Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend sein und zur Erhaltung von Arbeitsplätzen beitragen wird, muss in der Regel auf Vermutungen abgestellt werden (vgl. Urteil C 126/96 vom 30. Juli 1997 E. 2c), die in der Zukunft zu Anpassungen führen

können. Gleich wie die Arbeitslosenentschädigung (vgl. BGE 126 V 407 E. 3) zählt die Kurzarbeitsentschädigung daher zu den vorübergehenden Leistungen. Als solche werden sie von Art. 17 ATSG nicht erfasst, da sich diese Bestimmung gemäss klarem Gesetzeswortlaut ausschliesslich auf Invalidenrenten und andere Dauerleistungen bezieht (BGE 144 V 418 E. 3.2; 138 V 140 E. 5.3 S. 144; 133 V 57 E. 6, insbesondere E. 6.6.2 und E. 6.7; vgl. ferner Urteil 8C_179/2014 vom 16. März 2015 E. 4.3; ablehnend: UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl. 2015, N 65 zu Art. 17; a.A. auch FRANZ SCHLAURI, Sozialversicherungsrechtliche Dauerleistungen, ihre rechtskräftige Festlegung und ihre Anpassung, in: Schaffhauser/Schlauri [Hrsg.], Sozialversicherungsrechtstagung 2008, 2009, S. 100 ff.).

E. 4.6

Vorliegend kommt hinzu, dass der Beschwerdegegner in der Verfügung vom 4. Januar 2022 explizit darauf hinwies, dass sich die Anspruchs- und Abrechnungsbedingungen während der Gültigkeit der Bewilligung ändern können. Nebst dem üblichen Vorbehalt der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen, die die Arbeitslosenkasse überprüft (Art. 39 Abs. 1 AVIG), enthält die Verfügung damit einen weiteren, die Bewilligung der Kurzarbeit für den genannten Zeitraum relativierenden Vorbehalt. Dieser kann nur so verstanden werden, dass die ausgesprochene Bewilligung der Kurzarbeit für die Zeit von Januar bis Juni 2022 erteilt wird, sofern sich die Anspruchs- und Anrechnungsvoraussetzungen hierfür nicht geändert haben. Durch den angebrachten Bewilligungsvorbehalt wird die ursprüngliche Verfügung vom 4. Januar 2022 nicht nachträglich unrichtig, sondern erfährt mit dem Erlass der Verfügung vom 27. Juni 2022 einzig eine Anpassung an die geänderten Verhältnisse. Eine solche Anpassung der Kurzarbeitsbewilligung kann auch rückwirkend erfolgen, sofern - wie hier - keine Rückerstattung von Leistungen im Raum steht, die einen Rückkommenstitel nach Art. 53 ATSG oder einen Revisionsgrund nach Art. 17 Abs. 2 ATSG erforderte (vgl. BGE 133 V 57 E. 6.8; 144 V 418 E. 3.4 e contrario; Urteile 8C_22/2019 E. 3 nicht veröffentlicht in BGE 146 V 51 ; 8C_50/2018 vom 20. Juli 2018 E. 3.2.2). Die Verfügung vom 27. Juni 2022 ist daher in formell-rechtlicher Hinsicht zu schützen.

E. 5.1

Es bleibt zu beurteilen, ob die Vorinstanz den Einspracheentscheid vom 19. August 2022 aus materiell-rechtlicher Sicht zu Recht bestätigte.

E. 5.2

Wie die Vorinstanz bereits darlegte, entfiel mit der schrittweisen Lockerung der Massnahmen für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, so dass der Betrieb grundsätzlich wieder aufgenommen werden musste, sobald dies erlaubt war (Weisung 2020/10 vom 22. Juli 2020, S. 9). Am 26. Juni 2021 trat die Verordnung des Bundesrates vom 23. Juni 2021 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; AS 2021 379 ff.) in Kraft. Sie löste die Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 19. Juni 2020 (AS 2020 2213 ff.) ab. Die Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 wurde per 17. Februar 2022 aufgehoben (vgl. Art. 10 und Art. 12 Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 16. Februar 2022; AS 2022 97) und damit fast alle zuvor angeordneten Massnahmen. In Kraft blieben bis Ende März 2022 einzig die Isolationspflicht für infizierte Personen

sowie die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in den Gesundheitseinrichtungen.

E. 5.3.1

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin durfte die Vorinstanz aufgrund ihrer schlüssigen und nachvollziehbaren Darlegungen ohne Bundesrechtsverletzung feststellen, dass ab März 2022 kein anrechenbarer Arbeitsausfall mehr vorlag. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, inwiefern die vorinstanzlichen Feststellungen, insbesondere in Bezug auf die wirtschaftliche Lage der Beschwerdeführerin, offensichtlich unrichtig sein sollen. Ihre Behauptung, der geltend gemachte Arbeitsausfall sei zumindest im März 2022 noch auf die behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie zurückzuführen, ist nicht stichhaltig.

E. 5.3.2

Nicht zutreffend ist insbesondere ihr Einwand, mit der weitestgehenden Aufhebung der behördlichen Massnahmen hätten sich die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung nicht geändert. Sie lässt dabei ausser Acht, dass der Bundesrat die nachträglich zum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung führenden Einschränkungen gemäss der Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19-Verordnung 2; SR 818.101.24) der Covid-19-Verordnung besondere Lage vom 23. Juni 2021 einführte. Wie bereits dargelegt (vorstehende E. 2.3) erliess das SECO die Weisung, dass 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 werde, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein könne. Als aussergewöhnliche Umstände galten ebenfalls die durch Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie. Damit genügten grundsätzlich während der Geltung dieser Regelungen und Weisungen die behördliche Massnahme nach Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV für die Begründung eines Kurzarbeitsentschädigungsanspruchs, sofern der geltend gemachte Arbeitsausfall auf das Auftreten des Coronavirus zurückzuführen war. Hieraus ergibt sich zwangsläufig, dass sich mit der weitgehenden Aufhebung der behördlichen Massnahmen auch die Begründung eines geltend gemachten Arbeitsausfalls nicht mehr darauf stützen kann. Insofern hat sich mit der Aufhebung der die Beschwerdeführerin betreffenden behördlichen Massnahmen am 17. Februar 2022 die Sach- und Rechtslage wesentlich verändert, welche eine neue Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen für den Monat März 2022 erforderte. Unter Hinweis auf die Umsatzzahlen der Beschwerdeführerin, die Konjunkturumfrage Gastgewerbe der Konjunkturforschungsstelle (KOF) der ETH und der GastroSuisse, die vom SECO publizierten Konjunkturtendenzen Frühjahr 2022 sowie die Angaben des AWA im Zürcher Wirtschaftsmonitoring vom März 2022 durfte die Vorinstanz einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung im genannten Zeitraum aufgrund der behördlichen Massnahmen oder eines Nachfragerückgangs aufgrund der Pandemie bundesrechtskonform verneinen. Damit hat es beim vorinstanzlichen Urteil sein Bewenden.

E. 6

Die Gerichtskosten werden dem Prozessausgang entsprechend der Beschwerdeführerin auferlegt (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).