

BGer C_264/2006 vom 5. November 2007

Bundesgericht, 2007-11-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_C_264_2006

FR: TF C_264/2006 du 5 novembre 2007

IT: TF C_264/2006 del 5 novembre 2007

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) ist am 1. Januar 2007 in Kraft getreten (AS 2006 1205, 1243). Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach OG (Art. 132 Abs. 1 BGG ; BGE 132 V 393 E. 1.2 S. 395).

E. 2

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt wird, haben gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie (kumulativ) für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht noch nicht erreicht haben (lit. a), der Arbeitsausfall anrechenbar ist (lit. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (lit. c) sowie der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d). Laut Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 AVIV sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände (z.B. Elementarschadenereignisse, Art. 51 Abs. 2 lit. e AVIV) zurückzuführen sind, anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann. Der Arbeitsausfall wegen eines Schadenereignisses ist jedoch nicht anrechenbar, solange er durch eine private Versicherung gedeckt ist (Art. 51 Abs. 4 Satz 1 AVIV). Hat sich der Arbeitgeber gegen einen solchen Arbeitsausfall nicht versichert, obwohl dies möglich gewesen wäre, so ist der Arbeitsausfall frühestens nach Ablauf der für das einzelne Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist anrechenbar (Art. 51 Abs. 4 Satz 2 AVIV). In der französischsprachigen Fassung lautet Art. 51 Abs. 4 AVIV wie folgt: "La perte de travail causée par un dommage n'est pas prise en considération tant qu'elle est couverte par une assurance privée. Si l'employeur ne s'est pas assuré contre une telle perte de travail, bien que cela eût été possible, la perte de travail n'est prise en considération qu'à l'expiration du délai de résiliation applicable au contrat de travail individuel." Die italienischsprachige Fassung der Norm hat folgenden Wortlaut: "La perdita di lavoro dovuta a un danno non è computata nella misura in cui sia coperta da un'assicurazione privata. Se il datore di lavoro non è assicurato contro una tale perdita, ancorché l'assicurazione sia possibile, la perdita di lavoro è computata il più presto dopo la fine del periodo di disdetta applicabile al contratto di lavoro individuale."

E. 3

Strittig ist die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls als Voraussetzung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung. Deren Umfang hängt davon ab, ob es der Beschwerdegegnerin im Sinne des zitierten Art. 51 Abs. 4 Satz 2 AVIV möglich gewesen wäre, sich gegen den

durch das Hochwasser vom August 2005 entstandenen Arbeitsausfall zu versichern.

E. 4

Das Bundesgericht hatte sich bisher nicht mit der Auslegung der Wendung "obwohl dies möglich gewesen wäre" ("bien que cela eût été possible"; "ancorché l'assicurazione sia possibile") in Art. 51 Abs. 4 Satz 2 AVIV zu befassen.

E. 4.1

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (BGE 132 V 265 E. 2.3 S. 268 mit Hinweisen).

Verordnungsrecht ist gesetzeskonform auszulegen. Es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen. Im Rahmen verfassungskonformer oder verfassungsbezogener Auslegung sind sodann der Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten. Der klare Sinn einer Gesetzesnorm darf indessen nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung beiseite geschoben werden (BGE 131 V 263 E. 5.1 S. 266 f. mit Hinweisen; RKUV 2006 Nr. U 570 S. 74 E. 1.5 S. 76 f., U 357/04).

E. 4.2.1

Aus dem Wortlaut von Art. 51 Abs. 4 Satz 2 AVIV lässt sich ableiten (grammatikalisches Auslegungselement), dass der Arbeitsausfall zunächst nicht anrechenbar ist, wenn der Arbeitgeber einen Versicherer zur Deckung der wirtschaftlichen Folgen des Arbeitsausfalls hätte finden können bzw. wenn ein Versicherer bereit gewesen wäre, dieses Risiko des Arbeitgebers zu versichern. Dies setzt zum einen voraus, dass derartige Versicherungsprodukte angeboten werden, und zum anderen, dass der Abschluss einer derartigen Versicherung dem Arbeitgeber nicht verweigert wurde bzw. verweigert worden wäre, wenn er darum nachgesucht hätte. Der Wortlaut legt nicht nahe, die Versicherungsmöglichkeit überdies von der aus Sicht des Betriebs beurteilten wirtschaftlichen Vertretbarkeit abhängig zu machen. Es ist zu prüfen, ob sich diese letztere Bedeutung aus den weiteren Auslegungselementen ergibt.

E. 4.2.2

Zweck der Kurzarbeitsentschädigung ist der Erhalt von Arbeitsplätzen und die Verhütung von Arbeitslosigkeit (Beatrice Brügger, Die Kurzarbeitsentschädigung als arbeitslosenversicherungsrechtliche Präventivmassnahme, Bern 1993, S. 54 f.; vgl. auch Andres Frick/ Aniela Wirz, Hilft die Kurzarbeitsentschädigung, Arbeitsplätze zu erhalten?, in: Die Volkswirtschaft 1/2-2006, S. 48). Bei Arbeitsausfällen aus wirtschaftlichen Gründen sowie in bestimmten Härtefällen übernimmt die Arbeitslosenversicherung die Entschädigung der Arbeitnehmenden. Damit soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber Arbeitsverhältnisse kündigt, um seine Lohnzahlungspflicht zu beenden. Dieser Zweck wird im Falle eines nicht voraussehbaren Schadenereignisses auch erreicht, wenn die Arbeitslosenversicherung die Entschädigung nicht vom Eintritt des Arbeitsausfalls an,

sondern erst nach Ablauf der für das einzelne Arbeitsverhältnis geltenden Kündigungsfrist erbringt. Denn die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber würde dessen Lohnzahlungspflicht ebenfalls erst ab diesem Zeitpunkt erlöschen lassen. Der Gesetzeszweck gebietet somit nicht, den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mit dem Eintritt des Arbeitsausfalles entstehen zu lassen, wenn der Versicherungsabschluss aus der Sicht des Arbeitgebers wirtschaftlich nicht gerechtfertigt gewesen wäre.

E. 4.2.3

Unter dem Gesichtspunkt der Verordnungssystematik ergibt sich für die Auslegung Folgendes: Kurzarbeitsentschädigung wird in der Regel ausgerichtet, wenn der Arbeitsausfall unmittelbar auf wirtschaftliche Gründe (insbesondere konjunktureller Natur) zurückzuführen ist (Art. 32 Abs. 1 AVIG). Des Weiteren können nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände dazu Anlass geben (Art. 51 Abs. 1 AVIV in Verbindung mit Art. 32 Abs. 3 AVIG). Diesfalls ist der Anspruch jedoch in zweifacher Weise subsidiär: Zum einen ist er ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber den Arbeitsausfall durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder einen Dritten dafür belangen kann (Art. 51 Abs. 1 AVIV), zum anderen, wenn bzw. solange der Arbeitsausfall durch eine private Versicherung tatsächlich gedeckt ist oder wenn der Arbeitgeber von der Möglichkeit, ihn zu versichern, keinen Gebrauch gemacht hat (Art. 51 Abs. 4 AVIV). Vorinstanz und Beschwerdegegnerin erachten den Abschluss einer Versicherung nur dann als möglich im Sinne von Art. 51 Abs. 4 AVIV , wenn er aus ökonomischer Sicht für den konkreten Betrieb wirtschaftlich zumutbar gewesen wäre. Diesfalls ist aber nicht nachvollziehbar, warum der Verordnungsgeber die wirtschaftliche Zumutbarkeit einzig im Zusammenhang mit der Schadenminderungspflicht - wo diese Einschränkung üblich ist (vgl. Art. 21 Abs. 4 ATSG) - genannt hat. Die mögliche, aber unterbliebene Versicherung des Arbeitsausfalls findet ihre Entsprechung daher nicht in dessen Vermeidbarkeit durch geeignete Massnahmen des Arbeitgebers gemäss Art. 51 Abs. 1 AVIV . Die für den Ausschluss massgebende Parallele besteht vielmehr zwischen der Möglichkeit, nach Eintritt des Arbeitsausfalles einen Dritten für den Schaden haftbar zu machen, und der Möglichkeit, den Arbeitsausfall vor dessen Eintritt zu versichern. In Bezug auf die erstere Variante wird in der Lehre ausgeführt, zur Wahrung des Präventivgedankens (Gesetzeszweck) dürfe das Moment der Realisierbarkeit der Entschädigung durch den haftpflichtigen Dritten nicht gänzlich ausser Acht gelassen werden (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz [AVIG], Band I [Art. 1-58], Bern 1987, S. 423, N 54 zu Art. 32-33). Übertragen auf die zweite Variante entspricht diesem Erfordernis die bereits erwähnte (E. 4.2.1 hiervor) Bereitschaft der Versicherer, mit dem betreffenden Arbeitgeber tatsächlich die Versicherung abzuschliessen. Dagegen lässt sich aus diesem Aspekt nicht die Folgerung ziehen, der Versicherungsabschluss müsse aus der Sicht des konkret betroffenen Arbeitgebers wirtschaftlich vertretbar gewesen sein. In dieselbe Richtung weist auch der Umstand, dass Art. 51 Abs. 4 AVIV diejenigen Arbeitgeber, welchen der Versicherungsabschluss an sich möglich gewesen wäre, bezüglich des Leistungsanspruchs im Rahmen des Verordnungszwecks mit denjenigen gleichstellt, welche die Versicherung tatsächlich abgeschlossen haben.

E. 4.2.4

Eine am Gebot der Verfassungskonformität orientierte Auslegung verlangt unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit, den Anspruch nicht an eine Bedingung zu knüpfen, die vom Arbeitgeber einen Einsatz verlangt, welcher keinem entsprechenden Wert gegenüber

steht oder völlig aussergewöhnlich ist. Die mit dem Abschluss einer Versicherung geschuldete Prämie steht wesentlich in Relation zur Wahrscheinlichkeit des Eintrittes und der mutmasslichen Intensität des befürchteten Ereignisses (Moritz W. Kuhn/R. Luka Müller-Studer/ Martin K. Eckert, Privatversicherungsrecht, Zürich 2002, S. 140 f.). Deshalb erfordert der Abschluss einer Versicherung - unter Vorbehalt vollkommen aussergewöhnlicher Marktverhältnisse, wie sie im hier interessierenden Zusammenhang nicht gegeben sind - von vornherein keinen unverhältnismässigen Aufwand des Arbeitgebers, wenn das entsprechende Produkt von mehreren Versicherern angeboten wird.

E. 4.2.5

Zusammenfassend wäre der Abschluss einer Versicherung im Sinne von Art. 51 Abs. 4 AVIV möglich gewesen, wenn diese auf dem Markt angeboten wird, deren Abschluss nicht ganz unüblich ist und der Arbeitgeber diese hätte abschliessen können. Nicht entscheidend ist dagegen, ob der Abschluss der Versicherung aus Sicht des Arbeitgebers unter Berücksichtigung seines Risikos und seiner finanziellen Lage als wirtschaftlich gerechtfertigt erscheinen musste (vgl. Urteil C 105/06 vom 16. November 2006). Diese Auslegung stimmt mit den Lehrmeinungen, welche sich zu dieser Frage äussern, überein (Boris Rubin, Assurance-chômage, droit fédéral, survol des mesures cantonales, procédure, 2. Auflage, Zürich 2006, S. 499; Gerhard Gerhards, a.a.O., S. 424 N 56; Nicolas Saviaux, Les rapports de travail en cas de difficultés économiques de l'employeur et l'assurance-chômage, Lausanne 1993, S. 179).

E. 5

Es ist gerichtsnotorisch, dass mehrere in der Schweiz tätige Versicherungsgesellschaften Betriebsunterbrechungsversicherungen nach Sachschäden anbieten und solche Versicherungen oft abgeschlossen werden. Die Beschwerdegegnerin anerkennt denn auch, dass sie selbst die Möglichkeit gehabt hätte, eine derartige Versicherung abzuschliessen. Damit war ihr der Abschluss einer Versicherung im Sinne von Art. 51 Abs. 4 Satz 2 AVIV möglich, ohne dass ihre finanziellen Verhältnisse oder ihr individuelles Risiko abgeklärt werden müssten.

E. 6

Selbst wenn man, entgegen dem vorstehend Gesagten, mit der Vorinstanz davon ausginge, im Rahmen der Anwendung von Art. 51 Abs. 4 Satz 2 AVIV sei jeweils zu prüfen, ob der Abschluss einer Betriebsausfallversicherung für den betroffenen Arbeitgeber aus ökonomischer Sicht gerechtfertigt bzw. vertretbar gewesen wäre, könnte der kantonale Entscheid nicht bestätigt werden: Auch ohne zusätzliche Abklärungen lässt sich die Feststellung treffen, dass Betrieben der Grösse und aus der Branche der Beschwerdegegnerin mit Standort im Raum Luzern Betriebsausfallversicherungen zu grundsätzlich tragbaren Prämien angeboten werden.

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