

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2019/47 vom 11. Mai 2020**

Sg Versicherungsgericht, 2020-05-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2019\\_47](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2019_47)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2019/47 du 11 mai 2020

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2019/47 del 11 maggio 2020

## **Regeste**

Art. 42 Abs. 1, Art. 43 Abs. 1 und Art. 43a lit. d AVIG. Schlechtwetterentschädigung. Nachdem die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin nicht nach einem im Voraus festgelegten Plan, sondern nach Bedarf und kurzfristig von der Muttergesellschaft abgerufen und auf deren Baustellen eingesetzt werden, ist nicht nachgewiesen, dass die geltend gemachten Arbeitsausfälle einzig auf das Wetter zurückzuführen sind. Zudem kann der Arbeitsausfall nicht bestimmt werden, was zur Verneinung des Anspruchs auf Schlechtwetterentschädigung führt. Offen gelassen, ob ein bewilligungspflichtiger konzerninterner Personalverleih im Sinn des Arbeitsvermittlungsgesetzes vorliegt (E. 2) (Entscheid Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 11. Mai 2020, AVI 2019/47).

## **Volltext**

Entscheid vom 11. Mai 2020 Besetzung Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Marie-Theres Rüegg Haltiner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach Geschäftsnr. AVI 2019/47 Parteien A.\_\_\_\_, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Bürki, büрки bolt rechtsanwälte, Auerstrasse 2, Postfach, 9435 Heerbrugg, gegen Amt für Wirtschaft und Arbeit, Rechtsdienst, Davidstrasse 35, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegner, Gegenstand Schlechtwetterentschädigung Sachverhalt Die A.\_\_\_\_ AG, reichte am 6. Februar 2019 beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen fünf Meldungen über wetterbedingte Arbeitsausfälle im Januar 2019 ein. Dabei handelte es sich um fünf Baustellen von Neubauten und einer Sanierung in B.\_\_\_\_, C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_. Die A.\_\_\_\_ AG gab an, dass jeweils zwischen 3 und 7 Mitarbeiter die anfallenden Arbeiten (Tiefbau, Betonarbeiten, Baumeister [UAK]) wegen starken Schneefalls, geschlossener Schneedecke und Frost nicht hätten ausführen können (act. G 3.1/A1 - A5). Mit Schreiben vom 12. März 2019 forderte das Amt für Wirtschaft und Arbeit weitere Unterlagen an, aus denen die weiteren Spezifikationen der einzelnen Projekte (Beginn und Ende der Arbeit auf den jeweiligen Baustellen, Auftragsvolumina, Bauprogramme) ersichtlich sein sollten. Zudem wies das Amt die Antragstellerin darauf hin, dass die Meldungen zu spät erfolgt seien, weshalb der Beginn des (allfälligen) Anspruchs um die Dauer der Verspätung (1 Tag) verschoben werde (act. G 3.1/A7). Mit Stellungnahme vom 21. März 2019 führte die A.\_\_\_\_ AG aus, dass das Unternehmen per 1. Januar 2018 vollumfänglich von der E.\_\_\_\_ AG, übernommen worden sei. Die Firma A.\_\_\_\_ AG bleibe jedoch vollumfänglich bestehen, was bedeute, dass das Personal weiterhin über die A.\_\_\_\_ AG angestellt sei und beschäftigt werde. Grundlegend geändert habe sich jedoch die Arbeitsbeschaffung. Da die E.\_\_\_\_ AG mehr Möglichkeiten habe, auch grosse Arbeiten zu erhalten und auszuführen, werde das Personal zu einem guten Teil als Subunternehmer auf deren Baustellen eingesetzt, was auch bei der

Beschaffung von Aufträgen mit einkalkuliert werde. In den Subunternehmerverträgen werde deshalb in Punkt 3 das Zurverfügungstellen von Personal nach Bedarf genannt, was eine Bezifferung des Betrags schwierig mache. Beginn und Ende der Arbeiten werde in den Subunternehmerverträgen mit "laufend" bezeichnet, ergebe sich jedoch aus den beigelegten Bauprogrammen (act. G 3.1/A9). Mit einem weiteren Schreiben vom 11. Mai 2019 teilte das Amt für Wirtschaft und Arbeit der A.\_\_\_\_ AG mit, auf Grund ihrer Ausführungen sei davon auszugehen, dass es sich bei der "Zurverfügungstellung von Baupersonal", laufend nach Bedarf, um den Verleih von Arbeitnehmenden der A.\_\_\_\_ AG an die E.\_\_\_\_ AG handle. Für verliehene Arbeitnehmende könne aber weder der Verleih- noch der Einsatzbetrieb Schlechtwetterentschädigung beanspruchen (act. G 3.1/A11). Mit Stellungnahme vom 17. Mai 2019 führte die A.\_\_\_\_ AG aus, dass die E.\_\_\_\_ AG sämtliche Aktien der A.\_\_\_\_ AG gekauft und deren Geschäftsführung übernommen habe. Der einzelzeichnungsberechtigte Verwaltungsratspräsident der E.\_\_\_\_ AG sei am 14. September 2017 auch als Präsident des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_ AG im Handelsregister eingetragen worden. Seither würden beide Firmen operativ von ihm geführt. Weil die Marke "A.\_\_\_\_" weiterhin erhalten bleiben sollte, sei von einer Fusion abgesehen worden. Intern, insbesondere in der Führung der Firmen, in der Kalkulation, der Akquisition und der Arbeitsausführung, werde jedoch keine Differenzierung vorgenommen. Beide Firmen würden somit als Einheit geführt (act. G 3.1/A12). Auf Wunsch des Amtes für Wirtschaft und Arbeit reichte die A.\_\_\_\_ AG am 23. Mai 2019 zudem die Liste der betroffenen Mitarbeiter ein (act. G 3.1/A13). Mit Verfügung vom 5. Juni 2019 erhob das Amt für Wirtschaft und Arbeit gegen alle fünf Gesuche Einspruch, im Wesentlichen mit der Begründung, die Vertragsbedingungen in den Subunternehmerverträgen erfüllten nach der "Weisung AVG" des Staatssekretariats für Wirtschaft die Kriterien eines Personalverleihs. Demnach bestehe kein Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (act. G 3.1/A14). Mit Einsprache vom 2. Juli 2019 beantragte die A.\_\_\_\_ AG die Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Sodann sei festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Schlechtwetterentschädigung auf den genannten Baustellen erfüllt seien. Bei den beiden Firmen, A.\_\_\_\_ AG und E.\_\_\_\_ AG, handle es sich faktisch um eine Firma, weshalb - sinngemäss - die von der E.\_\_\_\_ AG beschäftigten Mitarbeiter der A.\_\_\_\_ AG nicht ausgeliehen seien. Die Subunternehmerverträge seien zudem von beiden Unternehmen abgeschlossen worden, womit es ihnen offen gestanden habe, gemeinsam Mitarbeitende von beiden Firmen für die jeweilige Baustelle einzusetzen (act. G 3.1/A16). Mit Entscheid vom 29. Juli 2019 wies das Amt für Wirtschaft und Arbeit die Einsprache ab. Zwar könne mangels Regelung der Weisungsbefugnisse nicht eindeutig ein Personalverleih angenommen werden. Indessen mache es die fehlende vertragliche Vereinbarung, welche konkreten Personen wie lange auf welcher Baustelle arbeiteten, unmöglich, einen konkreten Arbeitsausfall zu bestimmen. Es sei unklar, welche Mitarbeiter während des Arbeitsausfalls tatsächlich auf den Baustellen gearbeitet hätten. Auf Grund der gemeinsamen Kalkulation für die beiden Betriebe sei es zudem nicht möglich, einen genauen Betrag für einen anrechenbaren Arbeitsausfall der A.\_\_\_\_ AG zu beziffern. Anhand der betrieblichen Unterlagen erscheine die angegebene Dauer der Auftragserfüllung und der geltend gemachten Anzahl Mitarbeitenden nicht plausibel. Wegen der fehlenden Bestimmbarkeit sowie Kontrollierbarkeit des anrechenbaren Arbeitsausfalls bestehe kein Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (act. G 3.1/A17). Mit Beschwerde vom 22. August 2019 beantragt die A.\_\_\_\_ AG die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Sodann sei festzustellen, dass die Voraussetzungen für die Ausrichtung von Schlechtwetterentschädigung auf den fraglichen

Baustellen erfüllt seien und der Beschwerdegegner sei anzuweisen, die daraus resultierenden Auszahlungen vorzunehmen. Aus den beigelegten Rapporten, welche sie rechtzeitig im Original der Abrechnungsstelle der Arbeitslosenkasse eingereicht habe, ergebe sich klar, welcher Mitarbeiter auf welcher Baustelle wann und wie lange einen wetterbedingten Ausfall gehabt habe. Das Personal werde von der Firmenleitung zunächst den einzelnen Baustellen zugeordnet. Wenn wegen schlechten Wetters nicht gearbeitet werden könne, werde eine Schadensbegrenzung in dem Sinn vorgenommen, dass zuerst geprüft werde, wer von den der Baustelle zugeordneten Mitarbeitenden auf einer anderen Baustelle eingesetzt werden könne. Den Einsatz der Mitarbeiter könne man nicht Tage im Voraus planen. Deswegen gebe es auch keine vertraglichen Unterlagen betreffend die konkreten Arbeitszeiten eines jeden Mitarbeiters auf der jeweiligen Baustelle. Mit der Unterschrift der Mitarbeitenden auf den beiliegenden Formularen ("Rapport[e] über die wetterbedingten Ausfallstunden") ergebe sich der Ausfall pro Baustelle mit aller Klarheit. Dies lasse sich auch im Vergleich zum genehmigten Arbeitskalender der A. \_\_\_ AG für das Jahr 2019 eruieren. Daraus ergäben sich die Sollstunden und aus der Differenz zu den Stunden, die aus den Rapporten ersichtlich seien, lasse sich einfach nachvollziehen, wie viele Stunden die entsprechenden Mitarbeitenden effektiv auf anderen Baustellen, bei welchen das Wetter die Arbeitsleistung nicht verhindert habe, gearbeitet hätten (act. G 1). Mit Beschwerdeantwort vom 11. September 2019 beantragt die Verwaltung die Abweisung der Beschwerde. In den Subunternehmerverträgen seien die wesentlichen Punkte vertraglich nicht konkretisiert worden. Insbesondere sei der Vertragsgegenstand nicht geregelt worden. Es handle sich somit lediglich um unverbindliche Absichtserklärungen. Für dieselben Baustellen seien sodann Arbeitnehmende beider Betriebe eingesetzt worden. Dabei seien die Angestellten der Beschwerdeführerin jeweils nach Bedarf eingesetzt worden. Diese seien demnach für die Dauer der Erledigung eines Werkvertrags nicht nach einem zum Voraus festgesetzten konkreten Arbeitsplan eingesetzt worden. Indem somit keine regelmässige, arbeitsvertraglich zugesicherte Anzahl Arbeitsstunden für die Schlechtwetterentschädigung habe angemeldet werden können, müsse ein anrechenbarer Arbeitsausfall verneint werden. Die vorliegend eingereichten Rapporte über wetterbedingte Arbeitsausfälle stellten keine Gegenbeweise für bereits bei Abschluss der Werkverträge konkret geplante Einsätze von Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin auf Baustellen der E. \_\_\_ AG dar. In den nachträglich eingereichten Formularen "Rapport über die wetterbedingten Ausfallstunden" des Monats Januar 2019 würden nämlich lediglich rückwirkend Angaben über Sollstunden bei üblichen Wetterbedingungen gemacht. Aus den Formularen ergebe sich keine verbindliche arbeitsvertragliche Zusicherung für eine bestimmte Anzahl von Arbeitsstunden für bestimmte Arbeitnehmende der Beschwerdeführerin. Soweit Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin regelmässig der E. \_\_\_ AG überlassen und dabei wesentliche Weisungsbefugnisse abgetreten worden seien, sei der Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung zudem wegen des Verleihs von Arbeitsleistung zu verneinen (act. G 3). Auf Nachfrage erklärte der Beschwerdegegner am 25. Februar 2020, dass die AVG-Vollzugsstelle betreffend die Beschwerdeführerin noch keine Abklärungen getroffen habe (act. G 7). Erwägungen Nach Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG; SR 837.0) haben Arbeitnehmende in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wenn sie unter anderem einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleiden (lit. b). Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er ausschliesslich

durch das Wetter verursacht wird und die Fortführung der Arbeiten trotz genügender Schutzvorkehrungen technisch unmöglich oder wirtschaftlich nicht vertretbar ist oder den Arbeitnehmenden nicht zugemutet werden kann, und wenn er vom Arbeitgeber ordnungsgemäss gemeldet wird (Art. 43 Abs. 1 AVIG). Der Arbeitsausfall ist unter anderem dann nicht anrechenbar, wenn er nur mittelbar auf das Wetter zurückzuführen ist (Kundenausfälle, Terminverzögerungen) oder wenn er Personen betrifft, die im Dienst einer Organisation für Temporärarbeit stehen (Art. 43a lit. a und d AVIG). Ebenfalls keinen Anspruch haben unter anderem Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 42 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). Der Arbeitgeber muss der kantonalen Amtsstelle den wetterbedingten Arbeitsausfall spätestens am fünften Tag des folgenden Kalendermonats auf dem Formular des Seco melden. Die gesetzliche Meldevorschrift gilt als formelle Anspruchsvoraussetzung mit der Folge, dass bei ohne entschuldbarem Grund verspätet gemeldeten Arbeitsausfällen der Beginn des Anspruchs um die Dauer der Verspätung verschoben wird (Art. 69 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV; SR 837.02]). Die Frist ist eingehalten, wenn die Meldung am 5. Tag des Folgemonats der Post übergeben worden ist (Seco, AVIG-Praxis SWE G4). Vorliegend ist streitig, ob für die bei der Beschwerdeführerin angestellten und gemäss den jeweiligen Subunternehmerverträgen auf den entsprechenden Baustellen der E.\_\_\_\_ AG eingesetzten Mitarbeiter ein Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung besteht. Der Beschwerdegegner verneinte dies mit der Begründung, die fehlende vertragliche Vereinbarung der konkreten Arbeitszeit, welche bestimmten Personen auf welchen bestimmten Baustellen tätig sein sollten, verunmögliche eine konkrete Zuordnung eines Arbeitsausfalls für diese Baustellen. Es sei unklar, welche Mitarbeiter des gemeldeten Betriebs während des Arbeitsausfalls tatsächlich auf den Baustellen gearbeitet hätten. Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, das Personal werde "anfänglich" den einzelnen Baustellen zugeordnet. Könne wegen des schlechten Wetters nicht gearbeitet werden, werde im Sinne einer Schadensbegrenzung zuerst geprüft, wer auf einer anderen Baustelle eingesetzt werden könne. Nur wer dafür nicht in Frage komme, solle via Schlechtwetterentschädigung finanziert werden. Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass der Beschwerdeführerin gemäss den Subunternehmerverträgen mit der Muttergesellschaft keine konkret definierten Bauausführungen bzw. Teilprojekte aus den Werkverträgen der E.\_\_\_\_ AG übertragen werden, die sie in eigener Verantwortung und mit eigenem Personal auszuführen hätte. Ebenso wenig werden die einzelnen Projekte gegenüber der Beschwerdeführerin zeitlich definiert noch wird festgelegt, welche Mitarbeiter wie lange für eine Baustelle eingeteilt sind. Vielmehr wird der E.\_\_\_\_ AG ganz allgemein das Recht eingeräumt, eine unbestimmte Anzahl von Mitarbeitern der Beschwerdeführerin nach Bedarf abzurufen und auf ihren Baustellen einzusetzen. Dies trifft etwa auch auf die Baustelle Sanierung F.\_\_\_\_ zu. Die in der Einsprache gemachten Ausführungen, wonach die Beschwerdeführerin diesen Auftrag der E.\_\_\_\_ AG in eigener Verantwortung ausgeführt habe, findet in den Akten keine Stütze (vgl. Subunternehmervertrag vom Dezember 2019 [richtig wohl: 2018; act. G 3.1/A4]). Beginn und Ende der Einsätze erfolgten jeweils "laufend" (act. G 3.1/A1 - A5). Nach den Angaben in der Beschwerde geschieht dies offenbar sehr kurzfristig, führt die Beschwerdeführerin doch aus, dass die Einsätze nicht Tage im Voraus planbar seien. Deshalb gebe es auch keine vertraglichen Unterlagen betreffend die konkrete Arbeitszeit

eines jeden Mitarbeitenden auf einer jeweiligen Baustelle (Beschwerde, S. 5). Entgegen den weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde ist somit gerade nicht ersichtlich, dass die Mitarbeitenden irgendwo eindeutig eingeplant gewesen wären, wie sie ja auch selber einräumt. Im Übrigen bleiben die Ausführungen der Beschwerdeführerin vage, was den Zweck und die Art der Einsätze ihrer Mitarbeiter auf den Baustellen der Muttergesellschaft angeht. Bei dieser Konstellation, wo die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin nicht nach einem im Voraus bestimmten Plan (vgl. die Bauprogramme der E.\_\_\_\_ AG für die einzelnen Baustellen [act. G 3.1/A9]), sondern laufend nach Bedarf auf den Baustellen der Muttergesellschaft eingesetzt werden, lässt sich jedoch nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststellen, ob ein unterbliebener Einsatz einzig auf das Wetter zurückzuführen ist oder aber in einer mangelnden Notwendigkeit des Einsatzes begründet ist, der betreffende Mitarbeiter also auch bei gutem Wetter nicht eingesetzt worden wäre. Wenn nicht bekannt ist, wie lange ein Mitarbeiter bei gutem Wetter auf der Baustelle gearbeitet hätte, kann auch kein Arbeitsausfall bestimmt werden. Schliesslich werden die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin zugestandenermassen sehr kurzfristig abgerufen, mithin zu einem Zeitpunkt, als das herrschende Wetter oder zumindest die Wettervorhersage bereits bekannt sind und damit klar ist, dass dann nicht gearbeitet werden kann. Auch wenn der Beschwerdeführerin keine unlautere Absicht unterstellt zu werden braucht, wohnt dieser Konstellation ein erhebliches Missbrauchspotential inne, indem bei voraussehbar schlechtem Wetter einfach weitere Mitarbeiter aufgeboden werden könnten. An diesen Ausführungen vermag schliesslich nichts zu ändern, dass die betroffenen Mitarbeiter die jeweiligen "Rapport[e] über die wetterbedingten Ausfallstunden" unterzeichnet haben, geben diese damit doch lediglich ihr Einverständnis zur Arbeitseinstellung im Sinn von Art. 43a lit. c AVIG (act. G 1.3a - 1.3e). Die Rapporte sagen jedoch nichts über die notwendige Kausalität der Arbeitseinstellung und darüber aus, wie viel die betreffenden Mitarbeiter bei gutem Wetter auf den fraglichen Baustellen gearbeitet hätten. Es handelt sich dabei um von der Beschwerdeführerin erstellte Parteiakten. Nachdem die Beschwerdeführerin einen wetterbedingten Arbeitsausfall geltend macht, trägt sie nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz die Folgen der Beweislosigkeit. Unabhängig von der Problematik, dass es sich bei der E.\_\_\_\_ AG und der Beschwerdeführerin als deren Tochtergesellschaft rechtlich um zwei verschiedene AGs und damit um zwei juristische Personen mit je eigenständiger Rechtspersönlichkeit handelt (und sich aussenstehende Dritte die intern praktizierte "Fusion" nicht entgegenhalten lassen müssen), scheidet nach dem Gesagten ein Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung für die beantragten Baustellen bzw. Mitarbeiter bereits am mangelnden Nachweis, dass die Arbeitsausfälle einzig auf das Wetter zurückzuführen sind sowie an der mangelnden Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls. Die Frage, ob es sich bei der von der Beschwerdeführerin und ihrer Muttergesellschaft praktizierten Form der Personalleihe um einen bewilligungsfreien (Ausnahme) oder einen bewilligungspflichtigen (Regel) konzerninternen Personalverleih im Sinn des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG, SR 823.11) handelt, kann damit offenbleiben (vgl. dazu Seco, Konzerninterner Personalverleih - Präzisierung der Weisung und Erläuterung zum Arbeitsvermittlungsgesetz vom 20. Juli 2017). Eine allfällige Untersuchung durch die zuständige Arbeitsmarktbehörde (AVG-Vollzugsstelle [ebenfalls der Beschwerdegegner]) braucht deshalb nicht abgewartet zu werden. Würde es sich allerdings um einen bewilligungspflichtigen konzerninternen Personalverleih handeln, wäre wohl auch in arbeitslosenversicherungsrechtlicher Hinsicht davon auszugehen, dass es sich bei der

Beschwerdeführerin - zumindest in Bezug auf die vorliegend strittigen fünf Baustellen bzw. Anträge auf Schlechtwetterentschädigung - um eine Organisation für Temporärarbeit (Staffingfirma) im Sinn von Art. 43a lit. d AVIG handelt, womit die betroffenen Mitarbeiter auch auf Grund dieses Ausschlussgrundes keinen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung geltend machen könnten (vgl. auch AVIG-Praxis SWE D6). Von diesem Ausschlussgrund nicht betroffen wären allfällige "eigene" Bauprojekte, bei denen die Beschwerdeführerin selber als Vertragspartnerin der jeweiligen Bauherrschaften oder Generalunternehmungen auftritt und ihre eigenen Mitarbeiter einsetzt. Der Einspruch gegen die Ausrichtung von Schlechtwetterentschädigung wurde somit betreffend die fraglichen Baustellen zu Recht erhoben. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP Die Beschwerde wird abgewiesen. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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