

# **SO\_GERICHTE VSBES.2020.168 vom 3. Februar 2021**

SO Obergericht, 2021-02-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VSBES.2020.168\\_d20210203](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2020.168_d20210203)

FR: SO\_GERICHTE VSBES.2020.168 du 3 février 2021

IT: SO\_GERICHTE VSBES.2020.168 del 3 febbraio 2021

## **Regeste**

Kurzarbeitsentschädigung

## **Erwägungen**

### **E. 2**

2.1 Am 26. August 2020 lässt die Beschwerdeführerin beim Versicherungsgericht des Kantons Solothurn (fortan: Versicherungsgericht) Beschwerde erheben und folgende Rechtsbegehren stellen (A.S. 5 ff.):

Es sei der Einspracheentscheid aufzuheben und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeit zu anerkennen und damit die Bewilligung zur Kurzarbeitsentschädigung in Nachachtung des Gesuchs vom 24. April 2020 zu erteilen.

Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

2.3 Die Parteien halten mit Replik vom 4. November 2020 (A.S. 27 ff.) resp. Duplik vom 18. November 2020 (A.S. 34) an ihren Rechtsbegehren fest.

2.4 Der Vertreter der Beschwerdeführerin reicht am 6. Januar 2021 eine Kostennote ein (A.S. 37). Diese geht am 11. Januar 2021 zur Kenntnisnahme an die Beschwerdegegnerin (A.S. 39), welche sich in der Folge nicht dazu äussert.

2.5 Die Beschwerdegegnerin reicht am 8. Januar 2021 sämtliche Voranmeldungen der Beschwerdeführerin nach (A.S. 38).

2.1 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIG, SR 837.0), wenn (kumulativ)

Die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung soll insbesondere die Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigungen und Entlassungen, verhindern und gleichzeitig die Arbeitsplätze erhalten, was nicht nur im Interesse der Arbeitnehmenden, sondern auch der Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen liegt (BGE 120 V 521 E. 3b S. 526; s.a. AVIG-Praxis KAE A2).

2.2 Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe weit aus und grenzt diese nicht von strukturellen Faktoren ab (BGE 128 V 305 E. 3a S. 307). Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG). Gemeint sind damit jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in

verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind. Was in diesem Sinne noch als normal gelten soll, darf aber nach der Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemein gültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall auf Grund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 138 V 333 E. 4.2.2 S. 337).

Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, sind anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIV, SR 837.02). Unter behördliche Massnahmen in diesem Sinne fallen auch die Anordnungen der Behörden im Zusammenhang mit der Coronapandemie (SECO-Weisung 2021/01, Aktualisierung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie», vom 20. Januar 2021 [mit rückwirkender Geltung seit 1. März 2020], S. 9 Ziff. 2.3, s. unterWeisung\_2021\_01\_de\_pub (1).pdf).

2.3 Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber tragen in der Regel kein Betriebsrisiko, weil sie die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben und finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder Verluste aus öffentlichen Mitteln gedeckt werden. In diesen Fällen besteht auch bei einem nicht kostendeckenden Betrieb keine konkrete Gefahr, dass Arbeitsplätze verloren gehen, womit ein Anspruch auf Kurzarbeit entfällt. Dies gilt nicht nur für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber an sich (z.B. in Bezug auf Kantons- oder Gemeindeangestellte), sondern auch für privatisierte Einrichtungen, die im Auftrag eines Gemeinwesens Dienstleistungen erbringen. Allerdings kann in Anbetracht der vielfältigen Formen staatlichen Handelns nicht zum vornherein ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall die Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeit erfüllt sein könnten. Bei privatisierten Einrichtungen ist entscheidend, ob das Gemeinwesen auf Grund der getroffenen Vereinbarungen verpflichtet ist, die gesamten Kosten der Einrichtung sicherzustellen (BGE 121 V 362 E. 3a S. 368; Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genf 2014, Art. 32 N 9; AVIG-Praxis KAE D36 f. [in der bis 31. August 2020 geltenden Fassung]; SECO-Weisung 2021/01 S. 13 f. Ziff. 2.6 + 2.6a).

2.4 Der Arbeitgeber muss in der Voranmeldung die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und anhand der durch den Bundesrat bestimmten Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach den Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG (s. E. II. 2.1 + 2.2 hiervor) erfüllt sind (Art. 36 Abs. 3 AVIG). Hält die kantonale Amtsstelle (im Kanton Solothurn die Beschwerdegegnerin) eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (Art. 36 Abs. 4 AVIG).

2.5 Eine Betriebsabteilung ist einem Betrieb gleichgestellt, wenn sie eine mit eigenen personellen und technischen Mitteln ausgestattete organisatorische Einheit bildet, die (Art. 52 Abs. 1 AVIV):

Massgeblich sind die tatsächlichen organisatorischen Verhältnisse im Einzelfall (AVIG-Praxis KAE G16).

2.6 Gemäss dem Kantonalen Spitalgesetz (SpiG, BGS 817.11) regelt der Kanton Solothurn die medizinische Versorgung seiner Einwohner und Einwohnerinnen in Spitälern (und Geburtshäusern) innerhalb und ausserhalb des Kantons (§ 1 Abs. 1 SpiG), indem er

gestützt auf die Spitalplanung Spitälern Leistungsaufträge erteilt sowie allein oder mit anderen Trägern ein kantonales Spital mit mehreren Standorten führt (§ 1 Abs. 2 SpiG).

Das kantonale Spital erfüllt die ihm übertragenen Aufgaben selbständig (§ 6 Abs. 1 SpiG). Der Kanton überträgt ihm die dazu nötigen Kompetenzen und Ressourcen. Er finanziert das Spital leistungsorientiert (§ 6 Abs. 2 SpiG). Das kantonale Spital übernimmt die Ergebnisverantwortung für die ihm übertragenen Aufgaben. Es führt seinen Betrieb namentlich unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit (§ 6 Abs. 3 SpiG). Der Kanton betreibt das kantonale Spital in der Form einer Aktiengesellschaft nach Art. 620 Abs. 3 Obligationenrecht (OR, SR 220) mit einem gemeinnützigem Zweck (§ 7 Abs. 1 SpiG). Dazu gründete der Kanton die Beschwerdeführerin, in welche das [...] eingebracht wurden (§ 16 Abs. 1 SpiG). Der Kanton war bei der Gründung der Aktiengesellschaft alleiniger Aktionär (§ 16 Abs. 3 SpiG), wie dies auch gegenwärtig zutrifft, und ist verpflichtet, mindestens 67 % des Aktienkapitals und der Aktienstimmen der Gesellschaft zu halten (§ 17 Abs. 1 SpiG).

## **E. 2.2**

in fine hiavor). Dieses Verbot war nicht längerfristig vorhersehbar, weshalb man der Beschwerdeführerin auch nicht vorwerfen kann, sie habe es versäumt, sich rechtzeitig darauf einzustellen. Bei einer derart ausserordentlichen Situation wie der gegenwärtigen Coronapandemie, welche in den letzten Jahrzehnten keine Parallele kennt, kann offenkundig nicht mehr von einem normalen Betriebsrisiko gesprochen werden (s. SECO-Weisung 2021/01 S. 8 Ziff. 2.2).

Weiter ist zu vermuten, dass ein bei der Voranmeldung geltend gemachter Arbeitsausfall vorübergehend ist (Rubin, a.a.O., Art. 31 N 28; AVIG-Praxis KAE B21). Dies gilt auch bei Arbeitsausfällen, die mit der Coronapandemie zusammenhängen (SECO-Weisung 2021/01 S. 8 Ziff. 2.1). Die Beschwerdegegnerin bringt keine Umstände vor, welche einen anderen Schluss gebieten würden.

3.3 Die Beschwerdegegnerin hält dafür, bei der Beschwerdeführerin drohe gar kein Arbeitsplatzabbau, da sie eine öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin sei. Dem kann indes nicht gefolgt werden:

3.3.1 Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin ist es der Beschwerdeführerin durchaus erlaubt, Entlassungen vorzunehmen. Massgeblich ist der kantonale Gesamtarbeitsvertrag (GAV, BGS 126.3). Dieser gilt auch für das Personal der vom Kanton rechtlich oder wirtschaftlich kontrollierten Spitäler und damit für das Personal der Beschwerdeführerin (§ 5 Abs. 1 GAV). Der Gesamtarbeitsvertrag erlaubt es der Anstellungsbehörde, ein Anstellungsverhältnis zu kündigen, wenn wesentliche Gründe diesen Schritt rechtfertigen (§ 42 Abs. 3 GAV). Dies ist u.a. dann der Fall, wenn die Arbeitsstelle ganz oder teilweise aufgehoben wird und die Zuweisung eines anderen Arbeitsbereiches nicht möglich ist (§ 42 Abs. 4 lit. a GAV). Eine Anhörung der Arbeitnehmenden vor der Kündigung mit Einräumung einer Bewährungsfrist ist nur erforderlich, wenn die Entlassung wegen mangelnder Eignung, ungenügender Leistungen oder eines Verhaltens, das zu berechtigten Klagen Anlass gegeben hat, erfolgen soll (§ 43 GAV), was hier nicht der Fall ist. Der Beschwerdeführerin ist es somit keineswegs verwehrt, Stellen aufzuheben, wenn es an ausreichend Arbeit für alle Angestellten fehlt. Die Argumentation der Beschwerdegegnerin, es könnten nicht ohne weiteres Kündigungen erfolgen, weil die Beschwerdeführerin einerseits die medizinische Grundversorgung

sicherstellen müsse und es andererseits für die Schliessung eines Spitals, wie das Beispiel [...] zeige, eines Beschlusses des Kantonsrats bedürfe, dringt nicht durch. Die Beschwerdeführerin beabsichtigt nicht, ganze Abteilungen oder gar Spitäler zu schliessen, sondern es steht lediglich die Entlassung einer mehr oder weniger grossen Anzahl individueller Arbeitnehmer im Raum, welche nicht mehr beschäftigt werden können. Die Beschwerdeführerin hat denn auch schon vor einigen Jahren aus wirtschaftlichen Gründen Stellen abgebaut (s. dazu BB-Nr. 5 - 7), ohne dass sie dies in der Folge gehindert hätte, ihre Aufgaben zu erfüllen. Richtig ist zwar, dass Entlassungen bei einer Aufhebung des Arbeitsplatzes erst in Frage kommen, wenn den fraglichen Personen keine andere Stelle angeboten werden kann. Wenn es aber in mehreren Abteilungen an Arbeit fehlt, so ist es unwahrscheinlich, dass alle betroffenen Angestellten der Beschwerdeführerin in einem anderen Bereich untergebracht werden könnten; dies muss umso mehr gelten, als die Intensivpflege im Frühling bekanntermassen nicht an ihre Belastungsgrenze stiess, so dass man nicht sagen kann, ein dort entstandener höherer Arbeitsanfall habe den Arbeitsmangel in anderen Bereichen ausgeglichen.

Zusammenfassend ist es grundsätzlich möglich, dass die Beschwerdeführerin bei Arbeitsmangel Kündigungen ausspricht. Ausserdem nahmen während des Verbots von Wahlbehandlungen im Frühling 2020 weniger Patienten die Dienste der Beschwerdeführerin in Anspruch, weshalb auch weniger Arbeit vorhanden war. Vor diesem Hintergrund hat die Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Voranmeldungen vom 24. April 2020 die ernsthafte Gefahr eines Stellenabbaus glaubhaft gemacht, was ausreicht (s. dazu E. II. 2.4 hiervor).

3.3.2 Die Beschwerdegegnerin scheint weiter davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin über eine voraussetzungslose Defizitgarantie seitens des Kantons verfügt, also keinerlei Betriebsrisiko trägt. Dem ist zu entgegnen, dass die kantonalen Spitäler in eine Aktiengesellschaft ausgegliedert wurden, damit sie nach wirtschaftlichen Grundsätzen betrieben werden und die ihnen übertragenen Aufgaben selbständig erfüllen. Das Spitalgesetz sieht keine umfassende Defizitgarantie für die Beschwerdeführerin vor, sondern spricht vielmehr von einer leistungsorientierten Finanzierung durch den Kanton (s. E. II. 2.6 hiervor). Die von der Beschwerdegegnerin angerufene Bestimmung, wonach die Kantonsbeiträge an die Spitäler aus allgemeinen Steuermitteln finanziert werden (§ 5ter SpiG), lässt sich nicht im Sinne einer Defizitgarantie verstehen, da entscheidend ist, wie diese Beiträge definiert werden. Der Kanton erteilt der Beschwerdeführerin zwar in der Tat Leistungsaufträge. Diese decken jedoch nicht die gesamte Tätigkeit der Beschwerdeführerin ab, sondern betreffen nur bestimmte Bereiche (gemäss Voranschlag 2020, Bereich Gesundheitsvorsorge, S. 255 ff. [s. unterVoranschlag\_fuer\_Internet\_2020.pdf (so.ch)]: Notfälle und ausserordentliche Ereignisse [u.a. Rettungsdienst und Mitarbeit Alarmzentrale], dezentrale ambulante psychiatrische Grundversorgung, spezialisierte stationäre Palliative Care, Akut- und Übergangspflege, Passerellebetten [Pufferfunktion Langzeitpflege], Transplantationskoordinatoren, Spitalseelsorge, Sozialberatung, Präventionszentrum, Aus- und Weiterbildung, eHealthSO). Ansonsten richtet der Kanton leistungsbezogene Beiträge aus, indem er die Vergütung von stationären Spitalbehandlungen anteilmässig übernimmt, wie es das Bundesgesetz über die Krankenversicherung vorsieht (Art. 49 Abs. 1 und 49a Abs. 1 KVG, SR 832.10). Erfolgen weniger stationäre Behandlungen, so bleiben naturgemäss auch diese Zahlungen aus.

Vor diesem Hintergrund trägt die Beschwerdeführerin durchaus ein Betriebsrisiko, auch wenn sie im Alleineigentum des Kantons steht. Der Umstand, dass der Kantonsrat am 27. Januar 2021 zwecks Defizitdeckung eine Akontozahlung von mehreren Millionen Franken an die Beschwerdeführerin genehmigte (unter Vorbehalt des obligatorischen Referendums), ist für das vorliegende Verfahren unerheblich. Nachträglich beschlossene staatliche Unterstützungsmassnahmen gestatten keine Kürzung der Kurzarbeitsentschädigung, d.h. sie führen weder zu einer geringeren Auszahlung noch zu Rückforderungen (SECO-Weisung 2021/01 S. 14). Im Übrigen macht der Kantonsratsbeschluss gerade deutlich, dass der Kanton nicht ohne weiteres jeden Fehlbetrag, den die Beschwerdeführerin erwirtschaftet, automatisch ausgleichen muss.

3.3.3 Richtig ist, dass die Beschwerdeführerin erst am 24. April 2020 Kurzarbeit anmeldete, also unmittelbar, bevor das Verbot nicht dringender Behandlungen am 26. April 2020 wieder endete. Die bundesrätliche Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033) sah für den Zeitraum vom 1. März bis 31. Mai 2020 vor, dass der Arbeitgeber in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG und Art. 58 Abs. 1 bis 4 AVIV keine Voranmeldefrist abwarten musste, wenn er beabsichtigte, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen (Art. 8b Abs. 1 und Art. 9 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Weiter ordnete das SECO an, dass bei jenen Betrieben, die schliessen mussten und ihre Voranmeldung vor dem 31. März 2020 einreichen, von einer Voranmeldung per 17. März 2020 auszugehen sei (SECO-Weisung 2020/06 vom 9. April 2020, S. 7). Der Beschwerdeführerin, deren Voranmeldungen alle vom 24. April 2020 datieren, kann daher frühestens ab diesem Tag Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet werden und nicht rückwirkend auf den Beginn des Verbots elektiver Behandlungen am 17. März 2020.

Angesichts dessen könnte man argumentieren, dass der Grund für die Kurzarbeit per 27. April 2020 weggefallen sei, da Wahlbehandlungen wieder möglich gewesen seien. Wie es sich damit verhält, muss jedoch im vorliegenden Verfahren nicht beantwortet werden. Dies betrifft nämlich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass in den einzelnen Abrechnungsperioden tatsächlich ein relevanter Arbeitsausfall vorlag (d.h. von mindestens 10 % der Arbeitsstunden, welche im Betrieb normalerweise insgesamt geleistet wurden, Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG). Diese Prüfung erfolgt nicht bei der Voranmeldung, sondern, nachdem die Kantonale Amtsstelle die Kurzarbeit im Grundsatz bewilligt hat, durch die Arbeitslosenkasse, sobald der Arbeitgeber die für den jeweiligen Monat erforderlichen Unterlagen beigebracht hat (Art. 39 Abs. 1 AVIG). Entscheidend ist im hiesigen Verfahren, dass die Kurzarbeitsentschädigung nicht mit der Begründung verweigert werden kann, es handle sich bei der Beschwerdeführerin um eine öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin, wie es die Beschwerdegegnerin in ihrem Einspruch getan hat. Es ist vielmehr festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ein Betriebsrisiko trägt und Personal entlassen kann, wenn dies wirtschaftlich erforderlich ist. Weiter ist davon auszugehen, dass etwaige Arbeitsausfälle vorübergehender Natur sind und die behördlich verordneten Einschränkungen über das normale Betriebsrisiko hinausgehen (s. E. II. 3.2 hiervor). Schliesslich stehen weder eine kollektive Arbeitsstreitigkeit (Art. 33 Abs. 1 lit. f AVIG) noch saisonale Beschäftigungsschwankungen (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG und Art. 54a AVIV) im Raum, weshalb auch insoweit keine Hindernisse für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bestehen. Nicht geprüft hat die Beschwerdegegnerin jedoch, ob

alle von der Beschwerdeführerin beantragten Betriebsabteilungen anerkannt werden können (s. dazu E. II. 2.5 hiervor), da dies bei einer generellen Verneinung des Betriebsrisikos nicht erforderlich war. Ein Organigramm, wie es bei Kurzarbeit von Betriebsabteilungen erforderlich ist (Art. 52 Abs. 2 AVIV) liegt den Voranmeldungen der Beschwerdeführerin nicht bei. Sie hat zudem die Frage der Betriebsabteilungen im Beschwerdeverfahren nicht aufgeworfen. Die Beschwerdegegnerin wird diesen Punkt unter Beizug der erforderlichen Unterlagen noch zu prüfen haben, wie es zu ihren Aufgaben im Rahmen der Voranmeldung gehört (AVIG-Praxis KAE G16). Anschliessend hat sie gegebenenfalls für jene Betriebsabteilungen, die anerkannt werden können, die Kurzarbeit zu bewilligen.

3.4 Zusammenfassend wird die Beschwerde in dem Sinne gutgeheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid aufgehoben und die Angelegenheit zurück an die Beschwerdegegnerin gewiesen wird. Diese hat, wie in E. II. 3.3.3 hiervor beschrieben, die Akten zu vervollständigen und sodann neu über die begehrte Kurzarbeit ab 24. April 2020 zu verfügen.

### **E. 3**

3.1 Die Beschwerdeführerin verwies in ihren Voranmeldungen darauf, dass einzelne Bereiche des Betriebs wegen der behördlich verfügten Einschränkungen für die Behandlung von Patienten und Patientinnen nicht ausgelastet seien (AWA-Nrn. 1 + 4).

Die bundesrätliche Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2, SR 818.101.24) untersagte es Spitälern und anderen Gesundheitseinrichtungen, nicht dringend angezeigte medizinische Eingriffe und Therapien resp. Untersuchungen, Behandlungen und Therapien (Eingriffe) durchzuführen (Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2, in der ab 17. resp. 21. März 2020 geltenden Fassung). Dieses Verbot von sog. Wahlbehandlungen resp. elektiven Behandlungen führte gemäss der Zusammenstellung der Beschwerdeführerin ab der Kalenderwoche 11 des Jahres 2020 dazu, dass gegenüber der gleichen Zeitspanne im Vorjahr 2019 sowohl die Anzahl stationärer Austritte als auch die ambulanten Konsultationen deutlich zurückgingen (Beschwerdebeilage / BB-Nr. 4). Das Behandlungsverbot wurde mit der Änderung der COVID-19-Verordnung 2 vom 22. April 2020 mit Wirkung per 27. April 2020 wieder aufgehoben. In den folgenden Wochen glichen sich die Behandlungszahlen der Beschwerdeführerin wieder mehr oder weniger an das Niveau des Jahrs 2019 an (a.a.O.). Die Beschwerdeführerin verwies darauf, durch den Wegfall von Wahlbehandlungen zwischen dem 16. März und 27. April 2020 seien laut dem «Whitepaper zur Berechnung des finanziellen Schadens für Schweizer Spitäler und Kliniken infolge von COVID-19» des Vereins SpitalBenchmark schweizweit Ertragseinbussen in Millionenhöhe eingetreten (BB-Nr. 3). Dies könne nicht mit dem Hinweis abgetan werden, dass die aufgeschobenen Behandlungen nun alle nachgeholt würden (A.S. 13 f.); ein solcher Effekt sei bisher im stationären Bereich überhaupt nicht sowie im ambulanten Bereich lediglich vorübergehend und nur in leichtem Ausmass eingetreten (A.S. 29). Die wirtschaftliche Lage der Beschwerdeführerin bleibe weiterhin schwierig (A.S. 28 f.).

3.2 Die Beschwerdegegnerin bestreitet zu Recht nicht, dass es sich beim Verbot elektiver Behandlungen vom 17. März bis 26. April 2020, welches bei der Beschwerdeführerin Arbeitsausfälle nach sich zog, um eine behördliche Massnahme handelte, welche eine Grundlage für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bilden kann (s. dazu E. II.

### **E. 4**

4.1 Bei diesem Verfahrensausgang, d.h. angesichts des formellen Obsiegens, hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf eine volle Parteientschädigung, welche grundsätzlich gleich zu gewähren ist wie für ein Obsiegen im materiellen Sinne (BGE 127 V 228 E. 2b/bb S. 234, 110 V 54 E. 3a S. 57). Diese Entschädigung bemisst sich ohne Rücksicht auf den Streitwert nach dem zu beurteilenden Sachverhalt sowie der Schwierigkeit des Prozesses und ist in einer Pauschalsumme festzusetzen (Art. 61 lit. g Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts / ATSG, SR 830.1). Der anwaltliche Stundenansatz bewegt sich in einem Rahmen von CHF 230.00 bis 330.00 (§ 161 i.V.m. § 160 Abs. 2 Kantonaler Gebührentarif / GT, BGS 615.11).

4.2 Die vom Vertreter eingereichte Kostennote vom 6. Januar 2021 (A.S. 37) weist einen Zeitaufwand von insgesamt 13,9 Stunden aus, was als angemessen erscheint. Der beantragte Stundenansatz von CHF 450.00 geht indes über die im Gebührentarif vorgesehene Obergrenze von CHF 330.00 hinaus. Praxisgemäss wird ein Ansatz von mehr als CHF 260.00 nur in besonders komplexen Fällen anerkannt, was hier angesichts der sich stellenden Rechtsfragen zu bejahen ist. Eine ausnahmsweise Überschreitung des Maximalbetrags von CHF 330.00 gemäss § 3 Abs. 4 GT rechtfertigt sich hingegen nicht, da es sich mit Blick auf den Umfang der Akten um keinen ausserordentlich umfangreichen und zeitraubenden Fall handelt. Anzuwenden ist folglich der Höchstansatz von CHF 330.00, womit sich eine Parteientschädigung von CHF 5'088.40 ergibt, einschliesslich der beantragten Auslagenpauschale von 3 % (CHF 137.60) sowie 7,7 % Mehrwertsteuer (CHF 363.80).

5. In Beschwerdesachen der Arbeitslosenversicherung sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als der Einspracheentscheid des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn vom 30. Juni 2020 aufgehoben wird. Die Angelegenheit wird zurück an die Beschwerdegegnerin gewiesen, damit diese im Sinne der Erwägungen verfährt.

2. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn hat der Beschwerdeführerin A.\_\_\_\_ eine Parteientschädigung von CHF 5'088.40 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

Rechtsmittel

Gegen diesen Entscheid kann innerhalb 30 Tagenseit der Mitteilung beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern). Die Frist beginnt am Tag nach dem Empfang des Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar (vgl. Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes, BGG). Bei Vor- und Zwischenentscheiden (dazu gehört auch die Rückweisung zu weiteren Abklärungen) sind die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 92 oder 93 BGG zu beachten.

Versicherungsgericht des Kantons Solothurn

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

**E. 8**

Januar 2021 sämtliche Voranmeldungen der Beschwerdeführerin nach (A.S. 38). I. 1. Die Sachurteilsvoraussetzungen (zulässiges Anfechtungsobjekt, Einhaltung von Frist und Form, örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, Legitimation) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten. Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, den die Beschwerdeführerin für diverse ihrer Betriebsabteilungen geltend macht.

2. 2.1 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIG, SR 837.0), wenn (kumulativ) · sie 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), · der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d). Die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung soll insbesondere die Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigungen und Entlassungen, verhindern und gleichzeitig die Arbeitsplätze erhalten, was nicht nur im Interesse der Arbeitnehmenden, sondern auch der Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen liegt (BGE 120 V 521 E. 3b S. 526; s.a. AVIG-Praxis KAE A2).

2.2 Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe weit aus und grenzt diese nicht von strukturellen Faktoren ab (BGE 128 V 305 E. 3a S. 307). Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG). Gemeint sind damit jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind. Was in diesem Sinne noch als normal gelten soll, darf aber nach der Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemein gültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall auf Grund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 138 V 333 E. 4.2.2 S. 337). Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, sind anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIV, SR 837.02). Unter behördliche Massnahmen in diesem Sinne fallen auch die Anordnungen der Behörden im Zusammenhang mit der Coronapandemie (SECO-Weisung 2021/01, Aktualisierung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie», vom 20. Januar 2021 [mit rückwirkender Geltung seit 1. März 2020], S. 9 Ziff. 2.3, s. unter Weisung\_2021\_01\_de\_pub (1).pdf).

2.3 Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber tragen in der Regel kein Betriebsrisiko, weil sie die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben und finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder Verluste aus öffentlichen Mitteln gedeckt werden. In diesen Fällen besteht auch bei einem nicht kostendeckenden Betrieb keine konkrete Gefahr, dass Arbeitsplätze verloren gehen, womit ein Anspruch auf Kurzarbeit entfällt. Dies gilt nicht nur für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber an sich (z.B. in Bezug auf Kantons- oder Gemeindeangestellte), sondern auch für privatisierte

Einrichtungen, die im Auftrag eines Gemeinwesens Dienstleistungen erbringen. Allerdings kann in Anbetracht der vielfältigen Formen staatlichen Handelns nicht zum vornherein ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall die Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeit erfüllt sein könnten. Bei privatisierten Einrichtungen ist entscheidend, ob das Gemeinwesen auf Grund der getroffenen Vereinbarungen verpflichtet ist, die gesamten Kosten der Einrichtung sicherzustellen (BGE 121 V 362 E. 3a S. 368; Boris Rubin, *Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage*, Genf 2014, Art. 32 N 9; AVIG-Praxis KAE D36 f. [in der bis 31. August 2020 geltenden Fassung]; SECO-Weisung 2021/01 S. 13 f. Ziff. 2.6 + 2.6a).

2.4 Der Arbeitgeber muss in der Voranmeldung die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und anhand der durch den Bundesrat bestimmten Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach den Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG (s. E. II. 2.1 + 2.2 hiervor) erfüllt sind (Art. 36 Abs. 3 AVIG). Hält die kantonale Amtsstelle (im Kanton Solothurn die Beschwerdegegnerin) eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (Art. 36 Abs. 4 AVIG).

2.5 Eine Betriebsabteilung ist einem Betrieb gleichgestellt, wenn sie eine mit eigenen personellen und technischen Mitteln ausgestattete organisatorische Einheit bildet, die (Art. 52 Abs. 1 AVIV):

- einer eigenen innerbetrieblich selbständigen Leitung untersteht (lit. a) oder
- Leistungen erbringt, die auch von selbständigen Betrieben erbracht und auf dem Markt angeboten werden könnten (lit. b).

Massgeblich sind die tatsächlichen organisatorischen Verhältnisse im Einzelfall (AVIG-Praxis KAE G16).

2.6 Gemäss dem Kantonalen Spitalgesetz (SpiG, BGS 817.11) regelt der Kanton Solothurn die medizinische Versorgung seiner Einwohner und Einwohnerinnen in Spitälern (und Geburtshäusern) innerhalb und ausserhalb des Kantons (§ 1 Abs. 1 SpiG), indem er gestützt auf die Spitalplanung Spitälern Leistungsaufträge erteilt sowie allein oder mit anderen Trägern ein kantonales Spital mit mehreren Standorten führt (§ 1 Abs. 2 SpiG). Das kantonale Spital erfüllt die ihm übertragenen Aufgaben selbständig (§ 6 Abs. 1 SpiG). Der Kanton überträgt ihm die dazu nötigen Kompetenzen und Ressourcen. Er finanziert das Spital leistungsorientiert (§ 6 Abs. 2 SpiG). Das kantonale Spital übernimmt die Ergebnisverantwortung für die ihm übertragenen Aufgaben. Es führt seinen Betrieb namentlich unter Berücksichtigung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit (§ 6 Abs. 3 SpiG). Der Kanton betreibt das kantonale Spital in der Form einer Aktiengesellschaft nach Art. 620 Abs. 3 Obligationenrecht (OR, SR 220) mit einem gemeinnützigem Zweck (§ 7 Abs. 1 SpiG). Dazu gründete der Kanton die Beschwerdeführerin, in welche das [...] eingebracht wurden (§ 16 Abs. 1 SpiG). Der Kanton war bei der Gründung der Aktiengesellschaft alleiniger Aktionär (§ 16 Abs. 3 SpiG), wie dies auch gegenwärtig zutrifft, und ist verpflichtet, mindestens 67 % des Aktienkapitals und der Aktienstimmen der Gesellschaft zu halten (§ 17 Abs. 1 SpiG).

3. 3.1 Die Beschwerdeführerin verwies in ihren Voranmeldungen darauf, dass einzelne Bereiche des Betriebs wegen der behördlich verfügten Einschränkungen für die Behandlung von Patienten und Patientinnen nicht ausgelastet seien (AWA-Nrn. 1 + 4). Die bundesrätliche Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2, SR 818.101.24) untersagte es Spitälern und anderen Gesundheitseinrichtungen, nicht dringend angezeigte medizinische Eingriffe und Therapien resp. Untersuchungen, Behandlungen und Therapien (Eingriffe) durchzuführen (Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2, in der ab 17. resp. 21. März 2020 geltenden Fassung). Dieses Verbot von sog. Wahlbehandlungen resp. elektiven Behandlungen führte gemäss der Zusammenstellung der Beschwerdeführerin ab der Kalenderwoche 11 des Jahres 2020

dazu, dass gegenüber der gleichen Zeitspanne im Vorjahr 2019 sowohl die Anzahl stationärer Austritte als auch die ambulanten Konsultationen deutlich zurückgingen (Beschwerdebeilage / BB-Nr. 4). Das Behandlungsverbot wurde mit der Änderung der COVID-19-Verordnung 2 vom 22. April 2020 mit Wirkung per 27. April 2020 wieder aufgehoben. In den folgenden Wochen glichen sich die Behandlungszahlen der Beschwerdeführerin wieder mehr oder weniger an das Niveau des Jahrs 2019 an (a.a.O.). Die Beschwerdeführerin verwies darauf, durch den Wegfall von Wahlbehandlungen zwischen dem 16. März und 27. April 2020 seien laut dem «Whitepaper zur Berechnung des finanziellen Schadens für Schweizer Spitäler und Kliniken infolge von COVID-19» des Vereins SpitalBenchmark schweizweit Ertragseinbussen in Millionenhöhe eingetreten (BB-Nr. 3). Dies könne nicht mit dem Hinweis abgetan werden, dass die aufgeschobenen Behandlungen nun alle nachgeholt würden (A.S. 13 f.); ein solcher Effekt sei bisher im stationären Bereich überhaupt nicht sowie im ambulanten Bereich lediglich vorübergehend und nur in leichtem Ausmass eingetreten (A.S. 29). Die wirtschaftliche Lage der Beschwerdeführerin bleibe weiterhin schwierig (A.S. 28 f.). 3.2 Die Beschwerdegegnerin bestreitet zu Recht nicht, dass es sich beim Verbot elektiver Behandlungen vom 17. März bis 26. April 2020, welches bei der Beschwerdeführerin Arbeitsausfälle nach sich zog, um eine behördliche Massnahme handelte, welche eine Grundlage für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bilden kann (s. dazu E. II).

## **E. 9**

April 2020, S. 7). Der Beschwerdeführerin, deren Voranmeldungen alle vom 24. April 2020 datieren, kann daher frühestens ab diesem Tag Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet werden und nicht rückwirkend auf den Beginn des Verbots elektiver Behandlungen am 17. März 2020. Angesichts dessen könnte man argumentieren, dass der Grund für die Kurzarbeit per 27. April 2020 weggefallen sei, da Wahlbehandlungen wieder möglich gewesen seien. Wie es sich damit verhält, muss jedoch im vorliegenden Verfahren nicht beantwortet werden. Dies betrifft nämlich die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass in den einzelnen Abrechnungsperioden tatsächlich ein relevanter Arbeitsausfall vorlag (d.h. von mindestens 10 % der Arbeitsstunden, welche im Betrieb normalerweise insgesamt geleistet wurden, Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG). Diese Prüfung erfolgt nicht bei der Voranmeldung, sondern, nachdem die Kantonale Amtsstelle die Kurzarbeit im Grundsatz bewilligt hat, durch die Arbeitslosenkasse, sobald der Arbeitgeber die für den jeweiligen Monat erforderlichen Unterlagen beigebracht hat (Art. 39 Abs. 1 AVIG). Entscheidend ist im hiesigen Verfahren, dass die Kurzarbeitsentschädigung nicht mit der Begründung verweigert werden kann, es handle sich bei der Beschwerdeführerin um eine öffentlich-rechtliche Arbeitgeberin, wie es die Beschwerdegegnerin in ihrem Einspruch getan hat. Es ist vielmehr festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ein Betriebsrisiko trägt und Personal entlassen kann, wenn dies wirtschaftlich erforderlich ist. Weiter ist davon auszugehen, dass etwaige Arbeitsausfälle vorübergehender Natur sind und die behördlich verordneten Einschränkungen über das normale Betriebsrisiko hinausgehen (s. E. II. 3.2 hiavor). Schliesslich stehen weder eine kollektive Arbeitsstreitigkeit (Art. 33 Abs. 1 lit. f AVIG) noch saisonale Beschäftigungsschwankungen (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG und Art. 54a AVIV) im Raum, weshalb auch insoweit keine Hindernisse für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bestehen. Nicht geprüft hat die Beschwerdegegnerin jedoch, ob alle von der Beschwerdeführerin beantragten Betriebsabteilungen anerkannt werden können (s. dazu E. II. 2.5 hiavor), da dies bei einer generellen Verneinung des Betriebsrisikos nicht erforderlich war. Ein Organigramm, wie es bei Kurzarbeit von Betriebsabteilungen

erforderlich ist (Art. 52 Abs. 2 AVIV) liegt den Voranmeldungen der Beschwerdeführerin nicht bei. Sie hat zudem die Frage der Betriebsabteilungen im Beschwerdeverfahren nicht aufgeworfen. Die Beschwerdegegnerin wird diesen Punkt unter Beizug der erforderlichen Unterlagen noch zu prüfen haben, wie es zu ihren Aufgaben im Rahmen der Voranmeldung gehört (AVIG-Praxis KAE G16). Anschliessend hat sie gegebenenfalls für jene Betriebsabteilungen, die anerkannt werden können, die Kurzarbeit zu bewilligen. 3.4 Zusammenfassend wird die Beschwerde in dem Sinne gutgeheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid aufgehoben und die Angelegenheit zurück an die Beschwerdegegnerin gewiesen wird. Diese hat, wie in E. II. 3.3.3 hiervor beschrieben, die Akten zu vervollständigen und sodann neu über die begehrte Kurzarbeit ab 24. April 2020 zu verfügen. 4. 4.1 Bei diesem Verfahrensausgang, d.h. angesichts des formellen Obsiegens, hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf eine volle Parteientschädigung, welche grundsätzlich gleich zu gewähren ist wie für ein Obsiegen im materiellen Sinne (BGE 127 V 228 E. 2b/bb S. 234, 110 V 54 E. 3a S. 57). Diese Entschädigung bemisst sich ohne Rücksicht auf den Streitwert nach dem zu beurteilenden Sachverhalt sowie der Schwierigkeit des Prozesses und ist in einer Pauschalsumme festzusetzen (Art. 61 lit. g Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts / ATSG, SR 830.1). Der anwaltliche Stundenansatz bewegt sich in einem Rahmen von CHF 230.00 bis 330.00 (§ 161 i.V.m. § 160 Abs. 2 Kantonaler Gebührentarif / GT, BGS 615.11). 4.2 Die vom Vertreter eingereichte Kostennote vom 6. Januar 2021 (A.S. 37) weist einen Zeitaufwand von insgesamt 13,9 Stunden aus, was als angemessen erscheint. Der beantragte Stundenansatz von CHF 450.00 geht indes über die im Gebührentarif vorgesehene Obergrenze von CHF 330.00 hinaus. Praxisgemäss wird ein Ansatz von mehr als CHF 260.00 nur in besonders komplexen Fällen anerkannt, was hier angesichts der sich stellenden Rechtsfragen zu bejahen ist. Eine ausnahmsweise Überschreitung des Maximalbetrags von CHF 330.00 gemäss § 3 Abs. 4 GT rechtfertigt sich hingegen nicht, da es sich mit Blick auf den Umfang der Akten um keinen ausserordentlich umfangreichen und zeitraubenden Fall handelt. Anzuwenden ist folglich der Höchstansatz von CHF 330.00, womit sich eine Parteientschädigung von CHF 5'088.40 ergibt, einschliesslich der beantragten Auslagenpauschale von 3 % (CHF 137.60) sowie 7,7 % Mehrwertsteuer (CHF 363.80). 5. In Beschwerdesachen der Arbeitslosenversicherung sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

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