



**Fall-Nr.:** AVI 2009/103  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 12.09.2019  
**Entscheiddatum:** 31.05.2010

### **Entscheid Versicherungsgericht, 31.05.2010**

**Art. 31 Abs. 1 AVIG; Art. 46 Abs. 2 AVIV. Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Mangels Vorliegens einer zu füllenden Verordnungslücke kann die in Art. 46 Abs. 2 AVIV geregelte Anrechnung von Mehrstunden zur Bestimmung der verkürzten Arbeitszeit im Sinn von Art. 31 Abs. 1 AVIG nicht analog auf Ferienguthaben Anwendung finden (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 31. Mai 2010, AVI 2009/103).**

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Miriam Lendfers und Marie

Löhrer; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

#### **Entscheid vom 31. Mai 2010**

in Sachen

**C.**\_\_,

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Fürsprecher Luigi R. Rossi, Oberer Graben 3, 9000 St. Gallen,

gegen

**Kantonale Arbeitslosenkasse**, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegnerin,**

betreffend



### Kurzarbeitsentschädigung (Mehrstunden)

#### Sachverhalt:

A.

A.a Die C.\_\_\_\_ reichte am 10. Dezember 2008 die Voranmeldung für die Durchführung von Kurzarbeit für die voraussichtliche Dauer vom 5. Januar bis 31. März 2009 beim Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen ein. Dieses verfügte am 15. Januar 2009, dass gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung kein Einspruch erhoben werde (act. G 3.1).

A.b Am 3. Juni 2009 zahlte die kantonale Arbeitslosenkasse Kurzarbeitsentschädigungen für die Monate Januar bis März 2009 aus (act. G 3.2). Dabei kürzte sie den Kurzarbeitsentschädigungsanspruch um noch nicht bezogene Ferienguthaben der einzelnen Mitarbeiter aus dem Vorjahr. Daran hielt sie in der Verfügung vom 27. Juli 2009 fest (act. G 3.7).

B.

B.a Dagegen erhob die C.\_\_\_\_ am 4. September 2009 Einsprache. Sie beantragte die Aufhebung der Verfügung vom 27. Juli 2009 und die Korrektur der Kurzarbeitsentschädigungsabrechnungen für die Monate Januar bis März 2009, so dass keine Ferienguthaben "vom jeweils ausbezahlten Betrag abgezogen" würden (act. G 3.8).

B.b Die kantonale Arbeitslosenkasse wies die Einsprache mit Entscheid vom 9. November 2009 ab. Sie gab an, sich bei der Anrechnung der Ferienguthaben aus dem Vorjahr auf eine Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und auf Art. 329c OR zu stützen (act. G 3.9).

C.

C.a Gegen den Einspracheentscheid vom 9. November 2009 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 27. November 2009. Die Beschwerdeführerin beantragt



darin unter Entschädigungsfolge dessen Aufhebung. Es seien keine Ferienguthaben bei der Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung in Abzug zu bringen. Das SECO habe ihr bestätigt, dass zu keinem Zeitpunkt eine Weisung bestanden habe, die den Abbau von Ferien aus dem Vorjahr vor Bezug von Kurzarbeitsentschädigung verlange. Es bestehe ferner auch keine gesetzliche Grundlage für die Anrechnung von Ferienguthaben bei der Bemessung von Kurzarbeitsentschädigungen. Des Weiteren sei sie von der Beschwerdegegnerin nicht rechtzeitig darüber aufgeklärt worden, dass Ferienguthaben des Vorjahres zu einer Kürzung des Kurzarbeitsentschädigungsanspruchs führten. Sie sei daher in ihrem berechtigten Vertrauen zu schützen. Soweit sich die Beschwerdegegnerin auf Art. 329c OR stütze, verkenne sie deren lediglich teilzwingenden Charakter. Im Betrieb habe eine mündliche Vereinbarung mit den Arbeitnehmenden bestanden, dass Ferienansprüche für zukünftige Kalenderjahre gespart werden könnten. Im Übrigen seien die effektiven Ferienguthaben per Ende Dezember 2008 geringer gewesen als der von der Beschwerdegegnerin angerechnete Umfang. Die der Beschwerdegegnerin eingereichte Liste bezüglich der offenen Ferienbestände habe die bis 15. Dezember 2008 offen verbliebenen Ferienansprüche erfasst. Bis zum 31. Dezember 2008 seien aber noch Ferien von den Mitarbeitenden bezogen worden (act. G 1).

C.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 28. Dezember 2009 die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie aus, es sei eine langjährige Praxis, dass eine schriftliche Abmachung zwischen Arbeitnehmenden und Arbeitgeber vorliegen müsse, damit nichtbezogene Ferientage aus dem Vorjahr in den Kurzarbeitsentschädigungen unberücksichtigt blieben. Diese Praxis sei auch durch das SECO mündlich gutgeheissen worden, was die Revisionsberichte der vergangenen Jahre zeigen würden. Es sei jedoch richtig, dass das SECO hierzu keine Weisung erlassen habe. Von Arbeitgebern könne erwartet werden, dass sie ihrer Schadenminderungspflicht nach kämen. Nichtbezogene Ferientage würden nichts anderes als Mehrstunden bedeuten, da anstelle von Ferienbezug gearbeitet worden sei. Mehrstunden seien aber gemäss Kreisschreiben des SECO von der Kurzarbeitsentschädigung abzuziehen (act. G 3).

C.c Die Beschwerdeführerin hält in der Replik vom 22. Januar 2010 unverändert an ihrer bisherigen Begründung und ihren Anträgen fest. Ergänzend führt sie aus, dass



## St.Galler Gerichte

eine Gleichsetzung nicht bezogener Ferienguthaben mit Überstunden nicht überzeuge. Hätte das SECO auch die nichtbezogenen Ferienguthaben von der Entschädigung abziehen wollen, so hätte es dies im Kreisschreiben explizit erwähnt (act. G 5).

C.d In der Duplik vom 10. Februar 2010 hält die Beschwerdegegnerin an ihrem Antrag auf Beschwerdeabweisung fest (act. G 7).

C.e Auf Aufforderung der Verfahrensleitung des Versicherungsgerichts (Schreiben vom 18. Februar 2010, act. G 9) reicht die Beschwerdegegnerin am 23. Februar 2010 weitere Akten aus dem Verwaltungsverfahren nach (act. G 10).

### Erwägungen:

1.

Zwischen den Parteien ist einzig die Frage streitig, ob bei der Bemessung des Umfangs der Kurzarbeitsentschädigung bzw. bei der Berechnung der verkürzten Arbeitszeit nicht bezogene Ferienguthaben der betroffenen Arbeitnehmenden aus dem Vorjahr leistungsmindernd berücksichtigt werden können.

2.

Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn u.a. der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 31 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG) und wenn er zudem je Abrechnungsperiode mindestens 10% der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG). Als verkürzt im Sinn von Art. 31 Abs. 1 AVIG gilt die Arbeitszeit nur, wenn sie zusammen mit geleisteten Mehrstunden die normale Arbeitszeit nicht erreicht. Als Mehrstunden gelten alle ausbezahlten oder nicht ausbezahlten Stunden, welche die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigen. Nicht als Mehrstunden gelten Zeitsaldi bis zu 20 Arbeitsstunden aus betrieblichen Gleitzeitregelungen sowie betrieblich festgelegte



Vor- oder Nachholstunden zum Überbrücken von Feiertagen (Art. 46 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

3.

Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, dass anstatt der Ferientage, die in einem Jahr nicht bezogen worden seien, gearbeitet worden sei. Hätten die Mitarbeiter Ferien bezogen, so wären keine Mehrstunden definiert worden. Nichtbezogene Ferien seien Mehrstunden gleichzustellen. Daher seien die nichtbezogenen Ferienguthaben aus dem Vorjahr von der Kurzarbeit abzuziehen (act. G 7). Sinngemäss macht sie damit eine analoge Anwendung von Art. 46 Abs. 2 AVIV auf nichtbezogene Ferienguthaben aus dem Vorjahr geltend.

3.1 Vorliegend bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass der Verordnungsgeber versehentlich den Ferientatbestand in Art. 46 Abs. 2 AVIV nicht erwähnt hat. Vielmehr ist aufgrund des klaren Wortlauts der Verordnungsbestimmung davon auszugehen, dass ausschliesslich der Tatbestand der Mehrstunden im Rahmen der Arbeitszeitflexibilisierung erfasst werden sollte (vgl. BBI 1989 III 392; BGE 130 V 311 ff. E. 4.1 f.). Es ist daher bezüglich des Tatbestands der Ferienguthaben von einem qualifizierten Schweigen des Verordnungsgebers auszugehen, weshalb nicht gesagt werden kann, dass sich Gesetz und Verordnung für die sich stellende Rechtsfrage keine Antwort entnehmen lässt.

3.2 Das Vorliegen einer unechten Lücke ist ebenfalls zu verneinen. Denn es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich der Gesetz- oder Verordnungsgeber offenkundig über gewisse Tatsachen geirrt hat oder dass sich die Verhältnisse seit Erlass des Gesetzes oder der Verordnung in einem Mass gewandelt haben, dass die auf Mehrstunden beschränkte Vorschrift des Art. 46 Abs. 2 AVIV nicht oder nicht mehr befriedigt und ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich wird. Die geltende Regelung ohne Berücksichtigung der Ferienguthaben führt des Weiteren nicht zu Ergebnissen, die sich mit den Verfassungsgrundsätzen der Rechtsgleichheit und des Willkürverbots nicht vereinbaren lassen. Es kann jedenfalls nicht als willkürlich und mit dem Rechtsgleichheitsgebot als schlechthin unvereinbar bezeichnet werden, wenn



Ferienguthaben aus dem Vorjahr nicht zu einer Kürzung von Kurzarbeitsentschädigungen führen.

3.3 Zusammenfassend besteht daher keine zu füllende Verordnungslücke. Dass vorliegend eine Verordnungslücke anzunehmen ist, was als einziges eine analoge Anwendung von Art. 46 Abs. 2 AVIV allenfalls rechtfertigen liesse, legt die Beschwerdegegnerin denn auch selbst nicht substantiiert dar. Ergänzend ist festzuhalten, dass auch das SECO das Bestehen einer rechtlichen Grundlage für die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Anrechnung der Ferienguthaben ausdrücklich verneint hat (Stellungnahme SECO vom 24. November 2009, act. G 1.7). Fraglich erscheint schliesslich, ob dafür eine Anpassung der Verordnung genügen könnte oder ob nicht vielmehr eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden müsste, eine blosse Verordnungsanpassung sich also nicht mehr im gesetzlichen Delegationsrahmen vom Art. 32 AVIG halten würde. Weiter sind auch keine Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Feriengestaltung im Betrieb der Beschwerdeführerin ersichtlich.

4.

4.1 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 9. November 2009 gutzuheissen. Die Sache ist zur Festsetzung und Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Januar bis März 2009 ohne Anrechnung von Ferienguthaben an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

4.2 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

4.3 Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Parteientschädigung wird vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'000.--



## St.Galler Gerichte

bis Fr. 12'000.--. Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin verzichtete auf das Einreichen einer Kostennote. Im vorliegenden Fall erscheint eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG **entschieden:**

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 9. November 2009 aufgehoben. Die Sache wird zur Festsetzung und Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Januar bis und mit März 2009 ohne Anrechnung von Ferienguthaben an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.