



Fall-Nr.: AVI 2024/1
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 28.10.2024
Entscheiddatum: 04.09.2024

Entscheid Versicherungsgericht, 04.09.2024

Art. 32 Abs. 1 lit. b. Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG. Kurzarbeitsentschädigung. Anrechenbarer Arbeitsausfall. In Bezug auf die von der Beschwerdeführerin (Aktiengesellschaft) an eine andere AG, mit welcher sie einen gemeinsamen Betrieb führt, ausgeliehenen Mitarbeitenden stellt sie eine Organisation für Temporärarbeit im Sinn von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG dar. Soweit daraus ein Arbeitsausfall resultiert, ist er nicht entschädigungsberechtigt (Erw. 3.2 f.). Soweit die Arbeitnehmenden für eigene Tätigkeiten eingesetzt werden, wäre zwar ein Anspruch grundsätzlich möglich, dies scheitert aber vorliegend daran, dass auf Grund der mangelnden vertraglichen Regelungen nicht konkret bestimmt werden kann, wie viele Arbeitsstunden die Arbeitnehmenden normalerweise für die Beschwerdeführerin arbeiten, womit der Arbeitsausfall nicht konkret bestimmt werden kann (Erw. 3.4 f.) (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 4. September 2024, AVI 2024/1).

Entscheid vom 4. September 2024

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterrinnen Tanja Petrik-Haltiner und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

AVI 2024/1

Parteien

A.____ AG,



Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Philip Schneider, MeierSchneider Rechtsanwälte,
Zentralstrasse 120, Postfach 66, 5430 Wettingen,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit, Rechtsdienst, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegner,

Gegenstand

Kurzarbeitsentschädigung (Voranmeldeverfahren, betriebsüblicher Arbeitsausfall)

Sachverhalt

A.

A.a. Die in der Herstellung von Webmaschinenbestandteilen tätige A.____ AG meldete mit Voranmeldung vom 10. August 2023 die Durchführung von Kurzarbeit im Gesamtbetrieb im Zeitraum vom 1. September 2023 bis zum 30. November 2023 an. Der Arbeitsausfall betrage voraussichtlich 50 %. Zudem gab sie an, dass sie zusammen mit der B.____ AG eine Unternehmensgruppe bilde. Die betroffenen Arbeitnehmenden seien bei ihr angestellt, arbeiteten jedoch auch für letztere. Die Personalkosten der B.____ AG würden vierteljährlich in Rechnung gestellt. Der Textilmaschinenmarkt habe sich nach einem Nachholeffekt 2021 ab Mitte 2022 zusehends verschlechtert. Der Markt sei generell stark zyklisch, diesmal aber mit sehr hohen Ausschlägen. Der starke Einbruch des Bestelleingangs (-70 % bei der B.____ AG gegenüber Vorjahr, -25 % bei der A.____ AG) ermögliche keine Arbeitsauslastung der Mitarbeitenden mehr. Die Überhitzung des Marktes nach dem Corona-Schock sei der hauptsächliche Auslöser der aktuellen Baisse (act. G 5.1/A1).

A.b. Mit Verfügung vom 15. August 2023 erhob das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen (nachfolgend: AWA) Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung. Zur Begründung führte es aus, dass die Antragstellerin das Personal dauerhaft an die B.____ AG ausleihe und deshalb vom Anspruch auf



Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen sei. Zudem habe die Antragstellerin nach dem Boom der Jahre 2021 und 2022 damit rechnen müssen, dass sich die Nachfrage nach Textilmaschinen wieder normalisieren werde. Dieser Effekt sei nun eingetreten und die aktuellen Umsatzzahlen seien vergleichbar mit den Zahlen vor der Pandemie. Der Arbeitsausfall sei demnach dem normalen Betriebsrisiko des Unternehmens zuzuordnen (act. G 5.1/A9).

A.c. Dagegen erhob die A.____ AG am 5. September 2023 Einsprache. Bei der A.____ AG und der B.____ AG handle es sich um zwei Unternehmen, die seit Jahrzehnten mit ihren spezifischen Produkten in der Textilindustrie tätig seien. Mit dem kontinuierlichen Niedergang der Textilindustrie in Europa seien betriebliche Anpassungen unumgänglich geworden, um im härter werdenden Konkurrenzkampf bestehen zu können. Beide Unternehmen seien deshalb auf einen Standort konzentriert und die Betriebe samt Administration und Entwicklung in einer Organisationseinheit zusammengelegt worden. Die Anzahl der Mitarbeitenden sei deutlich reduziert worden und alle Mitarbeitenden deckten flexibel die Arbeiten beider Unternehmen ab. Die heutige Organisation entspreche betrieblich gesehen einer Unternehmung mit zwei Produktgruppen. Dass heute noch zwei rechtlich unabhängige Gesellschaften geführt würden, sei einzig der Tatsache geschuldet, dass auf dem Weltmarkt eine starke Assoziation zwischen Firma und Produkt bestehe. Die Antragstellerin fungiere weder als professionelle Personalverleiherin noch als Organisation für Temporärarbeit. Diese Tätigkeiten seien kein Geschäftsfeld der A.____ AG. Schliesslich stelle sich auch der Arbeitsausfall etwas anders dar. Im ersten Halbjahr 2023 hätten zwar noch Bestellungen aus dem Jahr 2022 fertiggestellt werden können. Die Auftragseingänge seien aber bereits stark rückläufig gewesen. Der Rückgang sei inzwischen deutlich stärker als eine normale Abnahme oder eine Normalisierung auf dem marktüblichen Niveau. So starke Einbrüche seien nicht vorauszusehen, nicht planbar und auch nicht kalkulatorisch erfassbar (act. G 5.1/A10). Mit einer weiteren Eingabe vom 26. Oktober 2023 wies die Einsprecherin darauf hin, dass sie aus heutiger Sicht von einem Bestelleingang für 2023 von Fr. 3'000'000.-- und damit rund 20 % unter den Zahlen des Corona-Jahres 2020 ausgehe (act. G 5.1/A12).

A.d. Mit Entscheid vom 23. November 2023 wies das AWA die Einsprache ab. Zur Begründung führte es aus, es stehe fest, dass die Einsprecherin das dort angestellte Personal an die B.____ AG ausleihe. Sowohl die Verleihfirma (A.____ AG) als auch der



Einsatzbetrieb (B.____ AG) seien darauf ausgerichtet, sich Konjunkturschwankungen und Änderungen in der Beschäftigungslage zunutze zu machen. Dabei sei unerheblich, ob die Einsprecherin als professionelle Personalverleiherin oder als Organisation für Temporärarbeit fungiere. Bei den beiden Unternehmen handle es sich um zwei rechtlich unabhängige juristische Personen. Arbeitsausfälle, die in einem anderen Unternehmen, als jenem, welches Kurzarbeit vorangemeldet habe, anfielen, könnten nicht entschädigt werden. Die B.____ AG könne infolge der engen personellen und technischen Verflechtung auch nicht als Betriebsabteilung angesehen werden. Der für Temporärarbeitsverhältnisse geltende Ausschluss von der Anspruchsberechtigung finde auch auf Leiharbeitsverhältnisse Anwendung. Gemäss Rechtsprechung bestehe selbst dann kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Temporär- bzw. Leiharbeitnehmende fest angestellt sei und die Temporär- bzw. Verleihfirma das Risiko der fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit selber trage, weil der Arbeitsausfall auch in diesem Fall im Einsatzbetrieb anfalle. Im Weiteren wies das AWA erneut darauf hin, dass die Umsatzzahlen monatlich grossen Schwankungen unterworfen seien, weshalb gerade nicht von einem ausserordentlichen Umsatzrückgang ausgegangen werden könne (act. G 5.1/A13).

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 8. Januar 2024 mit dem Antrag auf dessen Aufhebung. Sodann sei dem Gesuch zu entsprechen und die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für 18 Arbeitnehmende für die Zeit vom 1. September 2023 bis zum 30. November 2023 zu bewilligen. Eventualiter sei die Sache zur weiteren Abklärung und zur neuen Verfügung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Zum einen wird ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin keine Personalverleiherin, namentlich auch keine Leiharbeitgeberin sei. Durch die Zusammenlegung der Betriebe mit der B.____ AG hätten sich zahlreiche Synergien ergeben. So könnten die Arbeitnehmenden je nach Auftragslage sowohl an den Maschinen der Beschwerdeführerin als auch an jenen der B.____ AG arbeiten. Es handle sich um einen Gemeinschaftsbetrieb in einem Gebäude. Zwar bestehe kein gemeinschaftlicher Mietvertrag, jedoch sei in den beiden Mietverträgen festgehalten, dass die Räumlichkeiten von der jeweils anderen Gesellschaft mitbenutzt würden. Die Arbeitsmittel, an oder mit denen die Arbeitnehmenden arbeiteten, ständen jeweils im Eigentum der Beschwerdeführerin oder der B.____ AG. Die Arbeitnehmenden, die im



Betrieb beschäftigt seien, würden von denselben Führungskräften angewiesen, gleichgültig für welche Gesellschaft gearbeitet werde. Die Arbeitnehmenden ständen zwar (ausschliesslich) in einem Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin. Daraus könne jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass diese ihr Personal verleihe, da die Merkmale des Personalverleihs nicht erfüllt seien. So habe die Beschwerdeführerin keine Weisungsbefugnisse an die B.____ AG abgetreten. Es könne auch keine Rede davon sein, dass die Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin in die Arbeitsorganisation des von der B.____ AG betriebenen Fremdbetriebs eingebunden seien. Vielmehr seien diese in den gemeinsamen Betrieb eingebunden. Eine Unterscheidung in einen Fremdbetrieb und einen eigenen Betrieb sei nicht möglich. Die Führung eines Gemeinschaftsbetriebs stelle keinen Personalverleih dar. Der Grund, weshalb für den Personalverleih diverse Besonderheiten gälten, liege darin, dass der Einsatzbetrieb zwar eine arbeitgeberähnliche Stellung habe, jedoch nicht rechtlicher Arbeitgeber des verliehenen Arbeitnehmers sei. Daraus erwachse eine gewisse Missbrauchsgefahr, die vorliegend jedoch nicht gegeben sei. Da die Beschwerdeführerin keine Leiharbeitgeberin sei, komme auch der Ausschlussgrund des Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG nicht zum Tragen. Im Weiteren sei nicht vom Vorliegen eines normalen Betriebsrisikos auszugehen, leide doch die Textilindustrie besonders unter der weltweiten Inflation und den hohen Zinsen in den wichtigsten Absatzmärkten. Als im Schnittbereich der Textil- und der Maschinenindustrie tätiges Unternehmen leide die Beschwerdeführerin doppelt unter der Wirtschaftslage, da auch die MEM (Maschinen, Elektro und Metall)-Industrie mit sinkenden Aufträgen zu kämpfen habe. So hätten auch ihre beiden wichtigsten Kunden Kurzarbeit durchführen oder ihren Betrieb für längere Zeit ganz schliessen müssen. Die rezessive Lage in der MEM-Industrie könne somit nicht mehr zum normalen Betriebsrisiko gezählt werden (act. G 1).

B.b. Mit Beschwerdeantwort vom 19. Februar 2024 beantragt die Verwaltung die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung weist sie nochmals darauf hin, dass es sich bei der Beschwerdeführerin und der B.____ AG um zwei eigenständige Aktiengesellschaften handle. Wenn Mitarbeitende der Beschwerdeführerin Arbeiten für die andere Unternehmung ausführten, handle es sich entgegen deren Ansicht um Personalverleih. Gemäss Weisung AVIG KAE, Rz. D34, sei zudem bereits beim gelegentlichen Ausleihen von Arbeitnehmenden an einen anderen Betrieb ein daraus entstandener Arbeitsausfall nicht anrechenbar und somit nicht durch



St.Galler Gerichte

Kurzarbeitsentschädigung auszugleichen. Wenn die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin mit Arbeitsmitteln der B.____ AG für diese Arbeiten ausführten, sei ein weiteres Kriterium für Personalverleih erfüllt, weshalb der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung abzuweisen sei (act. G 5).

B.c. Mit Replik vom 10. April 2024 führt die Beschwerdeführerin nochmals aus, weshalb ihrer Ansicht nach kein Personalverleih vorliege. Insbesondere komme es nicht zu einer für die Leiharbeit typischen Aufspaltung der Arbeitgeberfunktion, da hier dieselben Vorgesetzten für beide Betriebe zuständig seien. Zudem seien Arbeitnehmende, die im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit ständen, typischerweise in wechselnden Einsatzbetrieben tätig, was hier nicht der Fall sei. Schliesslich komme es nicht zu einer Abtretung von Weisungsbefugnissen. Die Arbeitnehmenden arbeiteten nicht nur mit Arbeitsmitteln der B.____ AG, sondern auch mit solchen der Beschwerdeführerin. Ihre Situation sei mit jener von verliehenen Arbeitnehmenden nicht vergleichbar und die Beschwerdeführerin sei keine Organisation für Temporärarbeit im Sinn von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG (act. G 7).

B.d. Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (vgl. act. G 12).

B.e. Auf entsprechende E-Mail-Anfrage des Versicherungsgerichts vom 23. Mai 2024 bestätigt die Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen am 24. Mai 2024, dass die Beschwerdeführerin den Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperiode Oktober 2023 am 15. Dezember 2023 eingereicht habe (act. G 11.1). Für den vorangemeldeten Monat September 2023 sei kein Antrag eingegangen (act. G 11).

Erwägungen

1.

Die Beschwerdeführerin machte den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zumindest für die Abrechnungsperiode Oktober 2023 rechtzeitig innert der 3-Monats-Frist gemäss Art. 38 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 39 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) geltend (act. G 11.1). Das Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der vorliegenden Voranmeldung ist somit gegeben. Nachdem auch die übrigen Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.



2.

2.1. Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist, das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 AVIG).

2.2. Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist sowie je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. a und b AVIG). Ebenso anrechenbar sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht von Arbeitgebenden zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, wenn diese sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen können (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]).

2.3. Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall namentlich dann, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebenden gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG). Unter das normale Betriebsrisiko fallen Arbeitsausfälle, die üblich und vorhersehbar sind, regelmässig und wiederholt auftreten und deshalb kalkulatorisch erfassbar sind (Staatssekretariat für Wirtschaft Seco, Weisung AVIG KAE [Kurzarbeitsentschädigung], D2). Was in diesem Sinne als normal gelten soll, darf 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 Unternehmertätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 119 V 500 E. 1 mit Hinweisen; ARV 2000 Nr. 10 S. 57 f. E. 4b). Dabei kommt dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit massgebende Bedeutung zu. So gehören Arbeitsausfälle, die jeden Arbeitgeber treffen können, zum normalen Betriebsrisiko. Lediglich wenn sie ausserordentlicher oder aussergewöhnlicher Natur sind, sind sie anrechenbar und damit entschädigungsberechtigt. Beschäftigungsschwankungen auf Grund verstärkter Konkurrenzsituation wie auch Arbeitsausfälle im Baugewerbe, welche wegen mangelnder Zahlungsfähigkeit des Bauherrn oder wegen hängiger Einspracheverfahren zu Verzögerungen führen, stellen daher normales Betriebsrisiko dar (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches



Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016, N 485).

2.4. Weiter nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a). Schwankungen in der Auftragslage, insbesondere in Dienstleistungsbetrieben (Gastgewerbe, Coiffeurbetriebe, Fahrschulen usw.), sind in der Regel üblich und begründen keinen anrechenbaren Arbeitsausfall. Im Einzelfall können jedoch auch solche Umstände entschädigungsberechtigt sein, wenn sie auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen sind (Seco, Weisung AVIG KAE, D9). Ein Arbeitsausfall ist auch nicht anrechenbar, soweit er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer, einem Lehrverhältnis oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen (Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG). Dies trifft gemäss Rechtsprechung auch auf Leiharbeit zu (Seco, Weisung AVIG KAE, D32 ff., mit Hinweis auf BGE 119 V 357 f. E. 3b).

3.

3.1. Vorliegend erhob der Beschwerdegegner gegen den Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung im Wesentlichen deshalb Einspruch, weil die Beschwerdeführerin Personal an die B.____ AG verleihe, was - unabhängig davon, ob es sich bei der Beschwerdeführerin um eine Organisation für Temporärarbeit handle - einen Ausschlussgrund darstelle. Auch wenn sich beide Unternehmen im Besitz derselben Eigentümer befänden und enge wirtschaftliche Beziehungen unterhielten, könnten Arbeitsausfälle, die in einem anderen Unternehmen anfielen, als jenem welches Kurzarbeit vorangemeldet habe, nicht entschädigt werden. Es könne auf Grund der engen personellen und technischen Verflechtungen auch nicht von einer Betriebsabteilung ausgegangen werden (AVIG KAE, Rz C34). Dieser Passus finde insbesondere auch auf zwei eigenständige und rechtlich unabhängige juristische Personen wie die Beschwerdeführerin und die B.____ AG Anwendung (vgl. act. G 5.1/ A13 S. 5 2.b). Demgegenüber macht die Beschwerdeführerin zu diesem Punkt im Wesentlichen geltend, es liege kein Personalverleih vor. So seien die Merkmale eines solchen vorliegend nicht erfüllt. Beim Betrieb der Beschwerdeführerin handle es sich um einen sogenannten Gemeinschaftsbetrieb, indem die beiden Gesellschaften ihre Betriebe zusammengelegt hätten und an einem einzigen Standort produzierten. Dadurch ergäben sich zahlreiche Synergieeffekte. Das Personal sei von der Beschwerdeführerin angestellt, arbeite aber auch für die B.____ AG und werde von denselben Führungskräften angewiesen.



3.2. Gemäss Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVV; SR 823.111) gilt als Verleiher, wer einen Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber der arbeitnehmenden Person abtritt. Auf eine Verleihtätigkeit kann namentlich auch geschlossen werden, wenn der Arbeitnehmende in persönlicher, organisatorischer, sachlicher und zeitlicher Hinsicht in die Arbeitsorganisation des Einsatzbetriebes eingebunden wird (Abs. 2 lit. a), der Arbeitnehmer die Arbeiten mit Werkzeugen, Material oder Geräten des Einsatzbetriebes ausführt (Abs. 2 lit. b) oder der Einsatzbetrieb die Gefahr für die Schlechterfüllung des Vertrages trägt (Abs. 2 lit. c). Davon ist vorliegend grundsätzlich auszugehen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin sind die Mitarbeitenden auch dann in die Arbeitsorganisation der B.____ AG eingebunden und übt diese wesentliche Weisungsbefugnisse aus, wenn die gemeinsamen Vorgesetzten in ihrer Funktion als Vorgesetzte dieser Gesellschaft handeln, sind doch dieselben Führungspersonen auch bei dieser Gesellschaft im Handelsregister eingetragen. Zudem führen die Angestellten ihre Arbeit zumindest auch mit Werkzeugen, Material oder Geräten der B.____ AG aus. Demgegenüber erscheinen die Kriterien des Art. 27 AVV, der den Gegenstand des Personalverleihs definiert, tatsächlich nicht mit Sicherheit erfüllt. So umfasst der Personalverleih die Temporärarbeit, die Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmenden an Einsatzbetriebe (Abs. 1). Temporärarbeit ist vorliegend nicht anzunehmen, da die Arbeitsverhältnisse nicht auf einzelne Einsätze im Einsatzbetrieb (B.____ AG) beschränkt, sondern dauerhaft ausgestaltet sind (vgl. Abs. 2). Gelegentliches Überlassen von Arbeitnehmenden an einen Einsatzbetrieb (Abs. 4) liegt ebenfalls nicht vor, nachdem es gemäss der beschwerdeführerischen Darstellung um ein regelmässiges Überlassen von Arbeitnehmenden geht. Hingegen ist wohl Leiharbeit (Abs. 3) anzunehmen, da die Arbeitnehmenden gemäss eigenen Angaben der Beschwerdeführerin (nur) bei ihr angestellt sind und somit eine regelmässige Ausleihe an die B.____ AG vorgesehen ist und dieser quartalsweise in Rechnung gestellt wird, wenn auch anhand der Angaben und Akten nicht sicher festgestellt werden kann, ob dies der hauptsächliche Zweck der Anstellungen ist.

3.3. Etwas mehr Klarheit mit Bezug auf den Begriff der rechtsprechungsgemäss der Temporärarbeit i.S.v. Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichgestellten Leiharbeit verschaffen die überarbeiteten Weisungen und Erläuterungen des Seco zum Bundesgesetz über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih usw.: Nachdem das Seco ursprünglich noch grundsätzlich von einem bewilligungsfreien konzerninternen Personalverleih ausgegangen war (Weisung Arbeitsvermittlung und Personalverleih, Stand 2003, S. 147), verschärfte es später die Praxis dahingehend, dass nur dann von einem bewilligungsfreien Personalverleih auszugehen sei, wenn die arbeitnehmende Person hauptsächlich zur Arbeitsleistung in der einen Gesellschaft des Konzerns angestellt



wird und der Personalverleih an eine andere Konzerngesellschaft grundsätzlich nicht beabsichtigt ist, lediglich im Einzelfall erfolgt und der Personalverleih nicht zum Hauptzweck der verleihenden Gesellschaft gehört (Präzisierung vom 20. Juni 2017, S. 3). In der neuesten Fassung vom Juni 2024 rückt das Seco offenbar mangels Legaldefinition des Konzernbegriffs im schweizerischen Recht grundsätzlich vom Begriff des konzerninternen Personalverleihs ab und behandelt diesen gleich wie den Personalverleih an eine nicht dem Konzern angehörende Gesellschaft bzw. Arbeitgeberin. Trotzdem behält es den Ausnahmetatbestand des bewilligungsfreien konzerninternen Verleihs unverändert bei, liefert aber ebenfalls keine Definition zum Konzernbegriff (Weisung Arbeitsvermittlung und Personalverleih usw., S. 150 f.). Aus den Akten geht nicht konkret hervor, wie die beiden Gesellschaften miteinander verbunden sind, ausser, dass es sich um eine "Unternehmensgruppe" handeln soll (act. G 5.1/A1 und G 1 S. 8). Es ist unklar, ob zwischen den beiden Gesellschaften eine Kapitalbeteiligung besteht, ob sie durch gemeinsame Eigentumsverhältnisse (Common Ownership) oder - abgesehen von den identischen Verwaltungsratsmitgliedern - gar nicht miteinander verbunden sind (der Beschwerdegegner geht davon aus, dass sie sich im Besitz derselben Eigentümer befinden [act. G 5.1/A13 S. 5]). Es erscheint somit fraglich, ob überhaupt ein Konzern vorliegt (was im Allgemeinen das Vorliegen einer Kapitalbeteiligung des beherrschenden Unternehmens am beherrschten Unternehmen voraussetzt [vgl. aber z.B. § 18 Abs. 2 des deutschen Aktiengesetzes, wonach auch dann ein Konzern vorliegt, wenn rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen vom anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefasst sind]). In Bezug auf den Personalbedarf der B.____ AG übernimmt die Beschwerdeführerin im Grunde die Funktion einer Personalfirma ("Staffingfirma") bzw. entspricht der von den beiden Gesellschaften praktizierte Personalverleih der einen an die andere Gesellschaft dem Spezialfall des "Payrolling". Dabei lässt der Einsatzbetrieb (hier die B.____ AG) das von ihm benötigte Personal über einen anderen Betrieb (hier die Beschwerdeführerin) anstellen und sich zur Verfügung stellen. In dieser Konstellation übt der Einsatzbetrieb - wie vorliegend (vgl. vorstehende Erwägung 3.2) - das Weisungsrecht über die Arbeitnehmenden aus. Der andere Betrieb übernimmt die Funktion des arbeitgebenden Betriebs wie die Lohnauszahlung, die Abrechnung und Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen, im Fall von ausländischen Arbeitnehmenden die Anmeldung bei Ausländer- und Steuerbehörden. Ein solches Vorgehen ist grundsätzlich als gewerbsmässiger Personalverleih zu beurteilen (Weisung Arbeitsvermittlung und Personalverleih usw., S. 80 f.). Zudem treffen die Kriterien des (ausnahmsweise) bewilligungsfreien konzerninternen Personalverleihs nicht zu, indem etwa der Verleih an die B.____ AG unbestrittenermassen nicht nur gelegentlich - und ohne grundsätzlich beabsichtigt zu sein - erfolgt (vgl. Weisung Arbeitsvermittlung und Personalverleih usw., S. 150 f.). Dass die der Regulierung der Temporär- und Leiharbeit im AVG zu Grunde liegende Gefahr für die ausgeliehenen Mitarbeitenden, die solchen



Arbeitsverhältnissen regelmässig innewohnt (Aufteilung der Arbeitgeberfunktion auf zwei Betriebe), bei der Beschwerdeführerin und der B.____ AG auf Grund der räumlichen und personellen Nähe der beiden Betriebe und der damit verbundenen "kurzen Wege" konkret weniger ausgeprägt sein mag, bedeutet nicht, dass die Bestimmungen zum (konzerninternen) Personalverleih auf sie nicht anwendbar wären. Damit ist die Beschwerdeführerin - zumindest soweit die Arbeitnehmenden an die "Schwestergesellschaft" ausgeliehen werden - als "Organisation für Temporärarbeit" im Sinn von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG anzusehen. Zudem ist der Arbeitsausfall selbst beim gelegentlichen Ausleihen von Arbeitnehmenden an einen anderen Betrieb nicht anrechenbar (Weisung AVIG KAE, Ziff. D34, mit Hinweis auf BGE 119 V 357). Dies muss umso mehr gelten, wenn die Arbeitnehmenden - wie vorliegend - regelmässig ausgeliehen werden. Soweit die Arbeitnehmenden an die B.____ AG ausgeliehen werden, ist demnach ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung bereits auf Grund des Ausschlussgrunds des Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG zu verneinen. Dieser für Temporärarbeitsverhältnisse geltende Ausschluss von der Anspruchsberechtigung findet nämlich wie erwähnt praxismässig auch auf Leiharbeitsverhältnisse Anwendung, bei denen Arbeitnehmende wie vorliegend fest angestellt sind und die Leiharbeitsfirma das Risiko der fehlenden Arbeitsmöglichkeit im Einsatzbetrieb durch Weiterzahlung des Lohnes selbst trägt (vgl. BGE 119 V 357 E. 3).

3.4. Selbst wenn man jedoch mit der Beschwerdeführerin davon ausgehen wollte, dass dieser Ausschlussgrund mangels Intention der A.____ AG, sich Konjunkturschwankungen und Änderungen in der Beschäftigungslage zunutze zu machen und damit mangels Vorliegens der typischen Merkmale eines Verleihbetriebs nicht greift - und ebenfalls soweit die Arbeitnehmenden für eigene Tätigkeiten eingesetzt werden, wofür die Durchführung von Kurzarbeit grundsätzlich möglich wäre -, wäre der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auch deshalb zu verneinen, weil es an der Überprüfbarkeit des Arbeitsausfalls fehlt. Gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG ist der Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht. Dabei bemisst sich der anrechenbare Arbeitsausfall an den Arbeitsstunden, die von den Arbeitnehmenden des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden. Die Bezugsgrösse für die Bemessung des Arbeitsausfalls stellt also der Gesamtbetrieb, unter Umständen eine Betriebsabteilung dar (Art. 32 Abs. 4 AVIG in Verbindung mit Art. 52 AVIV). Wie von der Beschwerdeführerin geschildert, führen sie und die B.____ AG einen gemeinsamen Betrieb (hier verstanden als wirtschaftliche Organisationseinheit) unter dem Dach von zwei rechtlich eigenständigen Aktiengesellschaften. Sie führt weiter aus, dass die Arbeitnehmenden zwar formell bei der Beschwerdeführerin angestellt seien, aber je nach Bedarf für beide Unternehmen tätig seien. Es beständen keine vertraglichen Klauseln über einen Verleih an die B.____



AG, mithin darüber, wann welcher Mitarbeiter wo eingesetzt werde (vgl. act. G 1 S. 10 f.).

3.5. Wenn die Beschwerdeführerin nun geltend macht, es sei Kurzarbeit zu entschädigen, wenn die Mitarbeitenden mangels Arbeit weder für die eine noch für die andere Unternehmung tätig sein könnten, schwebt ihr im Prinzip vor, die beiden Gesellschaften seien bezüglich des anrechenbaren Arbeitsausfalls zu konsolidieren und der Arbeitsausfall sei an den aggregierten Arbeitsstunden, welche die Arbeitnehmenden normalerweise für beide Gesellschaften insgesamt leisteten, zu bemessen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass sich der in Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG verwendete Begriff des "Betriebs" nur auf die rechtliche Arbeitgeberin beziehen kann und nicht auf andere (Konzern-)Unternehmen. Bezugsgrösse für den anrechenbaren Arbeitsausfall bildet somit stets der Gesamtbetrieb im Sinn der Unternehmung als rechtlicher Einheit oder aber eine Betriebsabteilung dieser Unternehmung. Hingegen kann sich der Arbeitsausfall nicht auf zwei Betriebe bzw. Unternehmungen beziehen. Dies trifft erst recht zu, wenn es sich um zwei Aktiengesellschaften mit je eigener Rechtspersönlichkeit handelt und die andere Gesellschaft keinen Antrag auf Kurzarbeit gestellt hat bzw. mangels Arbeitsverhältnissen nicht stellen konnte. Selbst die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass es sich bei ihr und der B.____ AG um zwei eigenständige Gesellschaften handelt, die je operativ tätig sind (je eigener Mietvertrag für die Geschäftsräumlichkeiten, eigenes Equipment, separat ausgewiesener Personalaufwand und vor allem eigener Marktauftritt [inkl. unterschiedliche Logos]). Diese Eigenständigkeit wiegt offenbar selbst nach Einschätzung der Beschwerdeführerin so schwer, dass eine formelle Fusion als äusserst nachteilig bzw. stark schädigend eingestuft wird (vgl. act. 5.1/A10 S. 2). Somit ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin und ihre "Schwestergesellschaft" nicht nur formal, sondern auch faktisch zwei getrennte Betriebe sind, wenn auch die Produktion weitgehend zusammengelegt wurde. Es ist somit nicht möglich, die in zwei rechtlich eigenständigen Unternehmen ("Betrieben") geleisteten Arbeitsstunden gemeinsam zu betrachten. Nachdem wie gesagt vertraglich nicht festgelegt ist, in welchem Pensum jeder einzelne Arbeitnehmende für die Beschwerdeführerin bzw. für die B.____ AG tätig ist, kann auch nicht bestimmt werden, wie viele Stunden die Mitarbeitenden normalerweise für die Beschwerdeführerin insgesamt tätig sind und wie lange sie normalerweise an die B.____ AG ausgeliehen werden. Da sich der Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin somit nicht zuverlässig bestimmen lässt, ist auch die Anspruchsvoraussetzung des Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG nicht erfüllt. Dies gilt umso mehr, als der Arbeitsausfall - bei einem Rückgang des Auftragseingangs um 70 %, während er bei der Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben "nur" 25 % ausmacht (act. G 5.1/A1) - wohl hauptsächlich die B.____ AG betrifft. Bei diesem Ergebnis braucht



schliesslich die Betriebs(un)üblichkeit des geltend gemachten Arbeitsausfalls nicht näher geprüft zu werden.

4.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben, nachdem das AVIG keine solchen vorsieht (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG). Bei diesem Verfahrensausgang ist der Beschwerdeführerin auch keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.