



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2010/54
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	30.08.2019
<b>Entscheiddatum:</b>	30.06.2011

### **Entscheid Versicherungsgericht, 30.06.2011**

**Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG, Art. 54 Abs. 1 AVIV. Ablehnung des Anspruchs auf Kurzarbeit. Anordnung von Betriebsferien. Obgleich nach drei Tagen Betriebsferien zwei Feiertage folgten, ist auf Grund der Kombination von Betriebsferien und Feiertagen die Sperrfrist von fünf Tagen massgebend. Nachdem im Vormonat offenkundig weniger Kurzarbeitstage anfielen, ist bei den fünf Arbeitstagen unmittelbar nach den Betriebsferien und Feiertagen von einem manipulierten Arbeitsausfall auszugehen. Dieser ist nicht anrechenbar (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 30. Juni 2011, AVI 2010/54). Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner, a.o. Versicherungsrichter Christian Zingg, Gerichtsschreiberin Jeannine Bodmer**  
**Entscheid vom 30. Juni 2011 in Sachen A.\_\_\_\_ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Roland Hochreutener, St. Leonhard-Strasse 20, Postfach, 9001 St. Gallen, gegen Kantonale Arbeitslosenkasse, Davidstrasse 21, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Kurzarbeitsentschädigung Sachverhalt:**

A.

A.a Die A.\_\_\_\_ AG, welche bereits ab Mai 2009 Kurzarbeit eingeführt hatte (act. G 5.1/6 S. 2), reichte am 8. September 2009 beim Amt für Arbeit des Kantons St. Gallen die Voranmeldung zur weiteren Durchführung von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 28. Februar 2010 ein (act. G 5.1/7). Das Amt verfügte am 16. September 2009, dass gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung kein Einspruch erhoben werde (act. G 3.1/6).

A.b Am 2. März 2010 zahlte die kantonale Arbeitslosenkasse Kurzarbeitsentschädigungen für die Abteilungen Entwicklung, Produktion und



## St.Galler Gerichte

Administration für den Monat Januar 2010 aus (act. G 5.1/15). Sie kürzte dabei den Kurzarbeitsentschädigungsanspruch um die Woche vom 4. bis und mit 8. Januar 2010, da die Firma noch im Juli 2009 für diese Zeit Betriebsferien geplant habe. Daran hielt sie in der Verfügung vom 15. März 2010 fest (act. G 5.1.4).

B.

B.a Dagegen erhob die A. \_\_\_ AG am 22. März 2010 Einsprache. Sie beantragte unter Beachtung ihres langjährigen und offiziellen Arbeitszeitkalenders die Auszahlung der mit Verfügung vom 15. März 2010 zurückbehaltenen Entschädigung von Fr. 128'852.59 (Fr. 40'206.13 Entwicklung, Fr. 80'961.11 Produktion und Fr. 7'685.35 Administration, act. G 5.1/3).

B.b Die Kantonale Arbeitslosenkasse wies die Einsprache mit Entscheid datiert vom 14. März 2010 (act. G 5.1/2) bzw. dem diesen ersetzenden Einspracheentscheid vom 16. April 2010 (act. G 5.1/1) ab. Sie begründete dies damit, dass die Abrechnungen gemäss den eingereichten Unterlagen erstellt worden seien. Daraus gehe hervor, dass die Ausfalltage vom 4. bis 8. Januar 2010 als Ferientage deklariert würden. Die Kasse stütze sich auf die anfangs gemachten Angaben bei normaler Arbeitsauslastung und berücksichtige diese während der gesamten Phase der Kurzarbeit. Diese Angaben könnten nicht kurzfristig abgeändert werden mit dem Ziel, Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen (act. G 5.1/1).

C.

C.a Gegen den Einspracheentscheid vom 16. März 2010 richten sich die vorliegende Beschwerde vom 17. Mai 2010 sowie die Beschwerdeergänzung vom 21. Juni 2010. Die Beschwerdeführerin beantragt darin die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Gewährung der gesetzlichen Leistungen durch die Beschwerdegegnerin, insbesondere der Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 4. bis 8. Januar 2010; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Da sie gemäss der erneuten Voranmeldung vom 8. September 2009 keine Betriebsferien vorgesehen habe und der bei normaler Auslastung geltende Arbeitszeitkalender auch keine solchen vorsehe, bestehe ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (act. G 1, 3).



## St.Galler Gerichte

C.b Die Beschwerdegegnerin beantragt in der Beschwerdeantwort vom 5. August 2010 die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung führt sie wiederum aus, die Angabe von geplanten Betriebsferien sei der Kasse am 23. Juli 2009 durch die Beschwerdeführerin gemeldet worden, weshalb sie darauf abgestellt habe. Sie stütze sich auf den bei normaler Auslastung gültigen Arbeitszeitkalender der Firma. Kurzfristige Abänderungen zur Erlangung von Kurzarbeitsentschädigung seien nicht zulässig. Diese Beurteilung sei ihr mit Mail vom 15. März 2010 auch vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) bestätigt worden (act. G 5).

C.c Die Beschwerdeführerin hält in der Replik vom 15. September 2010 an ihren bisherigen Anträgen und Begründungen fest. Ergänzend führt sie aus, zwar ursprünglich gemäss der internen Mitteilung vom 9. Juli 2009 Betriebsferien für die massgebliche Zeit geplant, diese Planung kurze Zeit später jedoch wieder fallen gelassen zu haben. Im Zeitpunkt der Voranmeldung vom September 2009 seien deshalb keine Betriebsferien mehr vorgesehen gewesen, weshalb sie zu Recht darauf habe vertrauen dürfen, die Beschwerdegegnerin hätte davon Kenntnis genommen. Von einer kurzfristigen Umwandlung der Betriebsferien könne keine Rede sein. Zudem hätten während des besagten Zeitraums mehr als 30 Mitarbeiter in den massgeblichen Betriebsabteilungen gearbeitet, weshalb die Voraussetzungen von Betriebsferien sowieso nicht erfüllt gewesen seien (act. G 7).

C.d In der Duplik vom 8. Oktober 2010 hält die Beschwerdegegnerin an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest (act. G 9). Auf Aufforderung der Verfahrensleitung des Versicherungsgerichts (act. G 10) reicht die Beschwerdegegnerin am 28. Oktober 2010 weitere Akten aus dem Verwaltungsverfahren nach (act. G 11).

C.e Mit Schreiben vom 1. März 2011 räumt das Versicherungsgericht der Beschwerdeführerin die Möglichkeit ein, in Ergänzung zur Begründung des Einspracheentscheids zur Tatsache Stellung zu nehmen, dass Arbeitsausfälle gemäss Gesetzgebung auch an den fünf unmittelbar vor und nach Betriebsferien anfallenden Arbeitstagen nicht anrechenbar sind (act. G 13). Die Beschwerdeführerin hält die besagte Bestimmung in ihrer Stellungnahme vom 21. März 2011 für nicht anwendbar, da einerseits keine Betriebsferien vorliegen würden, weil der Betrieb nicht für alle Arbeitnehmer geschlossen worden sei, und die Arbeitsausfälle andererseits bereits auf



Grund weiterer Kurzarbeitstage in derselben Abrechnungsperiode als zulässig zu erachten seien (act. G 14). Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Stellungnahme dazu (act. G 18).

### Erwägungen:

1.

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin für die Woche vom 4. bis und mit 8. Januar 2010 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu Gunsten ihrer Arbeitnehmer hat.

2.

2.1 Nach Art. 31 Abs. 1 lit. b und d des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, deren Arbeitszeit verkürzt oder deren Beschäftigung ganz eingestellt wird, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar und voraussichtlich vorübergehend ist, sowie wenn erwartet werden darf, dass durch die Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, 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 374 E. 2a und 119 V 358 E. 1a). Nach Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG ist ein Arbeitsausfall ebenfalls nicht anrechenbar, wenn er durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko der Arbeitgeberfirma gehören (ARV 1993/94 Nr. 35 S. 247 E. 2a und 1999 Nr. 10 S. 50 E. 2). Schliesslich entfällt die Anrechenbarkeit eines Arbeitsausfalls gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG, soweit er auf Feiertage fällt, durch Betriebsferien verursacht oder nur für einzelne Tage unmittelbar vor oder nach Feiertagen oder Betriebsferien geltend gemacht wird.



2.2 Als Betriebsferien gelten vom Arbeitgeber für den gesamten Betrieb bzw. die gesamte Betriebsabteilung angeordnete Ferien (Kreisschreiben über die Kurzarbeitsentschädigung des SECO, KS KAE, D21). Beziehen alle Arbeitnehmenden des Betriebs oder einer Betriebsabteilung gleichzeitig individuelle Ferien (etwa zur Umgehung der gesetzlichen Ausschlussregelung), so werden diese "individuellen Ferien" Betriebsferien gleichgesetzt (Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, Rz. 84 zu Art. 32-33).

3.

3.1 Vorliegend hat die Kantonale Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Tage vom 4. bis und mit 8. Januar 2010 mit der Begründung abgelehnt, dass die Arbeitgeberin ursprünglich in dieser Zeit Betriebsferien geplant habe, worauf abzustellen sei. Dagegen macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei von diesem Vorhaben wieder abgekommen und habe die Mitarbeitenden bereits Anfang Oktober 2009 darüber orientiert, dass in den Monaten Dezember 2009 und Januar 2010 wie bisher Kurzarbeit zu leisten sei. Gegen die entsprechende Voranmeldung zur Kurzarbeit sei denn auch kein Einspruch erhoben worden.

3.2 In der Voranmeldung hat der Arbeitgeber die Notwendigkeit der Kurzarbeit zu begründen und anhand der durch den Bundesrat bestimmten Unterlagen glaubhaft zu machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 Bst. a AVIG erfüllt sind (Art. 36 Abs. 3 AVIG). Hält die kantonale Amtsstelle eine oder mehrere dieser Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie mit einer beschwerdefähigen (vgl. Art. 100 AVIG) Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (Art. 36 Abs. 4 AVIG). In der Praxis erfolgt auch die Zustimmung durch eine Verfügung. Der Einspruch muss nicht vor Beginn der Kurzarbeit erfolgen. Er hat jedoch zur Folge, dass keine Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet werden kann. Wenn kein Einspruch erhoben wird, bedeutet dies aber dennoch nicht, dass Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet wird. Gewisse Anspruchsvoraussetzungen werden erst bei der Geltendmachung der Entschädigung überprüft. Die Voranmeldung soll vorwiegend eine bessere Überprüfung des Arbeitsausfalls durch die zuständigen Behörden ermöglichen (Beatrice Brügger, Die Kurzarbeitsentschädigung als



arbeitslosenversicherungsrechtliche Präventivmassnahme, Bern 1993, S. 39 f. mit Hinweisen). Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten daraus ableiten kann, dass gegen die Voranmeldung kein Einspruch erfolgt ist. Somit sind nachfolgend die materiellen Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen.

3.3 Die Beschwerdegegnerin stützte sich in ihrem Entscheid vom 16. April 2010 auf die ihr am 23. Juli 2009 eingereichten Unterlagen, woraus die Ankündigung von Betriebsferien vom 28. bis 30. Dezember 2009 sowie vom 4. bis und mit 8. Januar 2010 hervorgehe. Obgleich belegt sei, dass innerhalb der letzten drei Jahre im offiziellen Arbeitszeitkalender nie Betriebsferien geplant worden seien und solche auch sonst in der Vergangenheit lediglich einmal zur Anwendung gekommen seien, stütze sie sich auf die ursprünglich erhaltenen Angaben bei normaler Arbeitsauslastung ab und berücksichtige diese während der gesamten Phase der Kurzarbeit. Diese Angaben könnten nicht kurzfristig mit dem Ziel, Kurzarbeitsentschädigung zu erhalten, geändert werden. Hierzu ist festzuhalten, dass ein Arbeitgeber auch bei erstmaliger Anordnung von Kurzarbeit nach allfälligen Änderungen der Auftragslage grundsätzlich jederzeit auf einen Planungsentscheid zurückkommen kann. Ob vorliegend allerdings von einem missbräuchlichen Abrücken von der Anordnung von Betriebsferien auszugehen ist, kann offen gelassen werden, da - wie nachfolgende Ausführungen zeigen - eine Anrechnung von Kurzarbeit in der Woche ab 4. Januar 2010 bereits aus anderen Gründen nicht zulässig ist.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin hat gemäss einer internen Mitteilung mit Dokumentendatum vom 12. Oktober 2009 (act. G 5.1/8) angeordnet, dass "der Betrieb vom 21.12.2009 bis zum 31.12.2009 resp. 8.01.2010 geschlossen" bleibe. Da der 24. und 31. Dezember 2009 vom Betrieb geschenkte Freitage seien, bedeute dies, dass jeder Mitarbeiter zwischen Weihnachten und Neujahr drei Tage Ferien (28. bis 30. Dezember 2009) benötige. Wie oben erwähnt, bestimmt Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG, dass der Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist, wenn er nur für einzelne Tage unmittelbar vor oder nach Feiertagen oder Betriebsferien geltend gemacht wird. Gemäss Art. 54 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV, SR 837.02) ist ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar an



den zwei Arbeitstagen unmittelbar vor und nach Feiertagen, die nicht auf einen Samstag oder Sonntag fallen (lit. a) sowie an den fünf Arbeitstagen unmittelbar vor und nach Betriebsferien (lit. b). Liegt eine Kombination von Betriebsferien und Feiertagen vor, so hat nach Sinn und Zweck der Bestimmung die längere Sperrfrist von fünf Tagen zu gelten. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob diese Bestimmungen auf die vorliegende Streitigkeit Anwendung finden.

4.2 Die Beschwerdeführerin verneint das Vorliegen von Betriebsferien mit der Begründung, dass der Betrieb nicht für alle Mitarbeiter geschlossen worden sei. Vielmehr hätten mehrere Mitarbeiter zur Aufrechterhaltung des Betriebs auch in der Zeit vom 28. Dezember 2009 bis 3. Januar 2010 gearbeitet (vgl. act. G 14). Dazu legt sie Akten vor, welche bestätigen, dass fünf Mitarbeiter während diesen drei Tagen gearbeitet haben (vgl. act. G 14.1, 5.1/15); darunter befinden sich drei Mitarbeiter aus dem "Verkauf und Marketing", für die keine Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet worden ist. Allein die Aufrechterhaltung des Betriebs durch einige wenige Mitarbeiter - vorliegend zwei bzw. maximal fünf von total 140 (vgl. act. G 5.1/7) - schliesst die Annahme von Betriebsferien jedoch nicht aus. Nachdem die Arbeitgeberin somit vom 28. bis 30. Dezember 2009 für den gesamten Betrieb drei Ferientage angeordnet hat, welche zusammen mit dem geschenkten Ferientag vom 31. Dezember 2009 sowie dem Feiertag vom 1. Januar 2010 eine ganze Woche ergeben, während welcher der Betrieb grundsätzlich eingestellt war, ist das Vorliegen von Betriebsferien zu bejahen bzw. eine Sperrfrist von fünf Tagen zu beachten.

4.3 In der Folge wäre die unmittelbar an die Betriebsferienwoche anschliessende Arbeitswoche vom 4. bis 8. Januar 2010 gestützt auf den Wortlaut von Art. 54 Abs. 1 lit. b AVIV nicht anrechenbar. Dieser Auffassung widerspricht die Beschwerdeführerin dahingehend, als sie mit Verweis auf Thomas Nussbaumer (in: SBVR, Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 2. Aufl. Basel 2007, Arbeitslosenversicherung, Rz. 487) eine Anrechnung des Arbeitsausfalls im Sinn der Gesetzesbestimmung in jenen Fällen für zulässig erachtet, in welchen während derselben Abrechnungsperiode noch weitere Ausfalltage verzeichnet werden, so dass die Folgerung einer missbräuchlichen Geltendmachung nicht begründet sei (vgl. act. G 14). Auch für Nussbaumer steht bei der Auslegung der Gesetzesbestimmung die Missbrauchsverhütung klar im Vordergrund (vgl. Nussbaumer, a.a.O., Rz 487). Ausgehend von den Erläuterungen in der AVIG-Praxis ist die



Bestimmung jedoch so zu verstehen, dass der gesamte Arbeitsausfall nur dann angerechnet werden kann, wenn weitere Ausfalltage unmittelbar anschliessend an die gesperrten Tage vorliegen (033-AVIG-Praxis 2009/25, KS KAE D22). Vorliegend schliessen die innerhalb derselben Abrechnungsperiode angesetzten Ausfalltage nicht an die Sperrtage an, sondern sind gleichmässig auf die Freitage vom 15., 22. und 29. Januar 2010 verteilt (act. G 5.1/8). Folglich ist der Arbeitsausfall gemäss Art. 54 Abs. 1 lit. b AVIV auch unter Berücksichtigung der zusätzlichen Ausfalltage innerhalb derselben Abrechnungsperiode nicht anrechenbar.

4.4 Laut Gerhards soll die Bestimmung von Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG die Entschädigung von unechtem ("Feiertage und Betriebsferien") oder künstlich herbeigeführtem, also nicht eigentlich wirtschaftlich begründetem und unvermeidbarem ("einzelne Tage vor oder nach...") Arbeitsausfall, verhindern. Sie bezwecke den manipulierten Arbeitsausfall von der Anrechenbarkeit auszunehmen und diene der Missbrauchsverhütung. Wenn der Arbeitsausfall nachweislich nicht manipuliert sei, könne deshalb diese Vorschrift nicht eingreifen, z.B. wenn nach Kurzarbeitsplan ein entsprechender Arbeitsausfall bereits in der vorausgehenden Abrechnungsperiode erfolge oder für die nachfolgende Abrechnungsperiode vorgesehen sei und wenn der Arbeitsausfall jenen der Vergleichsperiode (= vorangehende oder nachfolgende Abrechnungsperiode) höchstens bis 25% übersteige (Gerhards, a.a.O., Rz. 83 und 91 zu Art. 32-33 mit Hinweis). Auch gemäss Rz. D24 des KS KAE entsteht keine Sperrwirkung, wenn die fragliche Kurzarbeitsregelung umfangmässig derjenigen der vorangehenden Abrechnungsperiode entspricht. Dies ist jedoch vorliegend offenkundig nicht der Fall. Während die Beschwerdeführerin im Januar 2010 einen Arbeitsausfall von acht Tagen geltend machte, waren es im Vormonat Dezember 2009 lediglich fünf Tage. Dies entspricht im Januar 2010 einer Zunahme von 40%, was eine Manipulation, insbesondere auch vor dem Hintergrund der erfolgten Umwandlung von Betriebsferien in Kurzarbeit, nahe legt. Damit kommt die Gesetzesbestimmung zur Missbrauchsverhütung mit fünftägiger Sperrfrist vorliegend zur Anwendung.

4.5 Zusammenfassend ergibt sich, dass der Arbeitsausfall für die Woche vom 4. bis und mit 8. Januar 2010 nicht anrechenbar ist, weshalb der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung verneint wird.

5.



Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 16. April 2010 im Ergebnis abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

### **entschieden:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.