



Fall-Nr.: AVI 2022/35
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 16.06.2023
Entscheiddatum: 15.05.2023

Entscheid Versicherungsgericht, 15.05.2023

Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 AVIG. Kurzarbeitsentschädigung. Von öffentlicher Hand subventionierte Unternehmen haben mittels geeigneter Unterlagen nachzuweisen, dass ein konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko besteht. Ein solches besteht, wenn erstens von staatlicher Seite keine Garantie/Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht und - zweitens -, wenn die betroffenen Betriebe zwecks Senkung der Betriebskosten die Möglichkeit haben, Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen. Nachdem die Beschwerdeführerin im Rückweisungsverfahren entsprechende Unterlagen vorgelegt hat, ist nunmehr davon auszugehen, dass die genannten Bedingungen erfüllt sind (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Mai 2023, AVI 2022/35).

Entscheid vom 15. Mai 2023

Besetzung

Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiberin Karin Kobelt

Geschäftsnr.

AVI 2022/35

Parteien

A.____,

Beschwerdeführerin,



St.Galler Gerichte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Hans-Ulrich Zürcher, Helvetiastrasse 7, 3005 Bern,

gegen

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

Beschwerdegegner,

Gegenstand

Kurzarbeitsentschädigung (COVID-19)

Sachverhalt

A.

A.a. Die A.____ meldete am 27. März 2020 beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (nachfolgend: AWA) Kurzarbeit für unter anderem die Abteilungen B.____ (16 Mitarbeitende und 74 Klientinnen/Klienten) im Umfang von 80 %, D.____ (2 Mitarbeitende und 7 Klientinnen/Klienten) im Umfang von 100 % und C.____ (2 Mitarbeitende und 9 Klientinnen/Klienten) im Umfang von 80 % ab 27. März bis 27. September 2020 an (vgl. Entscheid des Versicherungsgerichts St. Gallen vom 20. Januar 2022, AVI 2021/18, Sachverhalt Aa., sowie Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2022, 8C_157/2022, Sachverhalt A.).

A.b. Nachdem das AWA mit Wiedererwägungsverfügungen vom 23. Juli 2020 und Einspracheentscheid vom 18. Januar 2021 - im Wesentlichen mit der Begründung, die A.____ habe trotz Aufforderung nicht belegt, dass der Arbeitsausfall in den betroffenen Betriebsabteilungen tatsächlich zu wirtschaftlichen Folgen geführt hätte, welche einen Arbeitsplatzabbau bedingten - gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch erhoben hatte bzw. daran festhielt (vgl. zum ausführlichen Sachverhalt: Entscheid vom 20. Januar 2022, AVI 2021/18), erhob die A.____ Beschwerde beim hiesigen Versicherungsgericht und beantragte, ihren grundsätzlichen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für ihre Betriebsabteilungen B.____, C.____ und D.____ anzuerkennen (act. G1 in AVI 2021/18).



A.c. Mit Entscheid vom 20. Januar 2022 (AVI 2021/18) wies das Versicherungsgericht die Beschwerde ab. Es erwog, es erscheine insgesamt nicht überwiegend wahrscheinlich, dass bei den betreuten oder betreuenden Mitarbeitenden wegen des vorübergehenden Arbeitsausfalls bzw. Umsatzeinbruches das Risiko eines Arbeitsplatzverlustes bestanden habe (E. 3.6).

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid erhob die A.____ Beschwerde beim Bundesgericht mit dem Antrag, unter Aufhebung des angefochtenen Entscheides seien ihr die angebehrten Kurzarbeitsentschädigungen für die Bereiche B.____, C.____ und D.____ zuzusprechen (Urteil des Bundesgerichts vom 8. September 2022, 8C_157/2022, Sachverhalt C.).

B.b. Mit Urteil 8C_157/2022 vom 8. September 2022 hob das Bundesgericht den Entscheid des Versicherungsgerichts vom 20. Januar 2022 auf und verpflichtete Letzteres, Feststellungen zur Frage zu treffen, inwieweit die von der öffentlichen Hand zwar subventionierten, aber nicht durch eine Defizitgarantie abgedeckten Betriebskosten von einem durch die behördlichen Pandemiemassnahmen bedingten Nachfragerückgang betroffen waren. Ebenso verpflichtete es das Versicherungsgericht, Feststellungen hinsichtlich der Frage zu treffen, ob beziehungsweise in welchem Zeitrahmen die Möglichkeit bestanden hätte, Mitarbeitenden zu kündigen (E. 3.4.3; act. G1).

C.

C.a. In Nachachtung dieses Bundesgerichtsurteils lässt das Versicherungsgericht der Beschwerdeführerin am 25. Oktober 2022 einen Fragekatalog, insbesondere betreffend die finanziellen Auswirkungen des durch die behördlichen Pandemiemassnahmen bedingten Nachfragerückgangs sowie betreffend die Plausibilisierung von konkret drohenden Kündigungen von betreuenden und betreuten Mitarbeitenden der drei betroffenen Betriebsabteilungen, zukommen (act. G2).

C.b. Mit Antwort vom 28. November 2022 teilt die Beschwerdeführerin einleitend mit, dass sie nur in den Monaten April und Mai 2020 von Einschränkungen betroffen gewesen sei (act. G5 S. 1). Auf die Frage nach den konkreten Stellen, welche sie wann



St.Galler Gerichte

per welchem Zeitpunkt aufgelöst hätte, wenn sie nicht von einem vermeintlichen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgegangen wäre, erklärt die Beschwerdeführerin, es habe kein Plan für einen Stellenabbau bestanden. Die Zielsetzung, die Stellen aller Mitarbeitenden zu erhalten, sei vollumfänglich erreicht worden (act. G5).

C.c. Mit Stellungnahme vom 11. Januar 2023 macht der Beschwerdegegner unter anderem geltend, aufgrund der eingereichten Unterlagen der Beschwerdeführerin vom 28. November 2022 könne festgestellt werden, dass zu keiner Zeit ein Kündigungsrisiko für die betroffenen Mitarbeitenden bestanden habe (act. G7).

C.d. Diese Stellungnahme wird der Beschwerdeführerin am 12. Januar 2023 zur Kenntnis gebracht (act. G8).

C.e. Am 26. Januar 2023 fordert das Versicherungsgericht die Beschwerdeführerin auf, für die drei Abteilungen D.___, B.___ und C.___ pro Abteilung je einen im März 2020 gültigen Arbeitsvertrag für einen Mitarbeitenden mit Unterstützungsbedarf und einen betreuenden Mitarbeitenden einzureichen (act. G9).

C.f. Mit Schreiben vom 13. Februar 2023 lässt die Beschwerdeführerin die gewünschten Unterlagen zukommen (act. G10 sowie 10.1 bis 10.12). Am 17. Februar 2023 erfolgt eine Rückfrage durch das Versicherungsgericht an die Beschwerdeführerin hinsichtlich einer Vertragsklausel (act. G11). Die Beschwerdeführerin nimmt am 8. März 2023 dazu Stellung (act. G12). Am 10. März 2023 wird dem Beschwerdegegner dazu das rechtliche Gehör gewährt (act. G13). Innert gesetzter Frist geht keine Stellungnahme ein.

Erwägungen

1.

1.1. 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 (lit. a), der Arbeitsausfall anrechenbar ist (lit. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (lit. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich



vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d; Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (Urteil des Bundesgerichts vom 5. November 2007, C 264/06, E.2).

1.2. Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ebenso anrechenbar sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (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]).

1.3. Das (unmittelbare) Arbeitsplatzrisiko besteht grundsätzlich nur bei Unternehmen, welche die Erbringung ihrer Dienstleistungen ausschliesslich mit den damit erzielten Einkünften oder Geldern von Privaten finanzieren. Erbringer von öffentlichen Leistungen tragen im Gegensatz zu privaten Unternehmen in der Regel kein Betriebs- bzw. Konkursrisiko, weil sie die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben (Leistungsaufträge). Allfällige finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder gar Verluste aus deren Betriebstätigkeit werden aus öffentlichen Mitteln gedeckt. In diesen Fällen droht daher prinzipiell kein unmittelbarer Arbeitsplatzverlust, womit die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung in der Regel nicht gegeben sind. Diese Überlegungen gelten sowohl für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber an sich wie auch für privatisierte Bereiche, die im Auftrag einer Gemeinde gestützt auf eine Vereinbarung Dienstleistungen erbringen. Die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung für die Mitarbeitenden von Erbringern einer öffentlichen Leistung ist nur dann zulässig, wenn die betroffenen Arbeitnehmenden einem unmittelbaren und konkreten Kündigungsrisiko ausgesetzt sind. Dies kann auch nur einen Teilbereich eines Leistungserbringers betreffen. Ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko besteht, sofern im Falle eines Nachfragerückgangs resp. einer angeordneten Angebotsreduktion seitens des Auftraggebers keine Garantie/Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht und die betroffenen Betriebe zwecks Senkung der Betriebskosten die Möglichkeit haben, Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. Weisungen des Seco vom



30. Oktober 2020, Weisung 2020/15 S. 12 f., sowie vom 30. Juni 2021, Weisung 2021/13 S. 17 f. [nachfolgend: Seco-Weisung]; AVIG-Praxis KAE, D36 und D37).

1.4. Ob der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und der Arbeitsplatz durch Kurzarbeit erhalten werden kann, kann im Zeitpunkt der Voranmeldung in der Regel nur prognostisch anhand von Vermutungen geprüft werden. Nach der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass ein Arbeitsausfall wahrscheinlich vorübergehend sein wird und die Arbeitsplätze durch die Einführung von Kurzarbeit erhalten werden können, solange nicht konkrete Anhaltspunkte die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen (BGE 121 V 373 E.2a mit Hinweis). Die Anspruchsvoraussetzung des voraussichtlich vorübergehenden Arbeitsausfalles und der Eignung von Kurzarbeit zur Erhaltung der Arbeitsplätze gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG beurteilt sich prospektiv vom Zeitpunkt der Voranmeldung aus und aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse, wie sie beim Erlass des Einspracheentscheids bestanden haben (BGE 121 V 373 f. E.2a mit Hinweis).

1.5. Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits den Versicherten einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung zu verhindern. Andererseits dient die Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung von Arbeitsplätzen im Interesse sowohl der Arbeitnehmenden als auch der Arbeitgeber, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 375 E. 3a mit Hinweis). Die Kurzarbeitsentschädigung ist eine präventive Massnahme im weitesten Sinne: Die Gewährung dieser Entschädigung hat zum Ziel, die vollständige Arbeitslosigkeit der Arbeitnehmer - d.h. ihre Entlassung oder Kündigung - zu verhindern und gleichzeitig die Arbeitsbedingungen zu erhalten. [...] Entscheidend ist letztlich entsprechend dem Zweck des Leistungssystems, ob durch die Gewährung der Kurzarbeitsentschädigung eine Entlassung - bzw. eine Nichtwiederwahl - verhindert werden kann (BGE 121 V 367 f. E. 3a mit Hinweisen, unter anderem auf ARV 1993/1994 Nr. 18 S. 140 ff.).

2.

2.1. Gemäss dem Rückweisungsentscheid des Bundesgerichts hat das hiesige Versicherungsgericht im vorliegenden Verfahren die Fragen zu klären, inwieweit die von der öffentlichen Hand zwar subventionierten, aber nicht durch eine Defizitgarantie abgedeckten Betriebskosten von einem durch die behördlichen Pandemiemassnahmen bedingten Nachfragerückgang betroffen waren, und ob beziehungsweise in welchem Zeitrahmen die Möglichkeit bestanden hätte, Mitarbeitenden zu kündigen (Urteil vom 8.



September 2022, 8C_157/2022, E. 3.4.3). Dies wohl in Anlehnung an die Weisungen des Seco zur Klärung der Frage, ob ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko bestanden habe (vgl. E. 1.3). Dieses gilt es im Folgenden gestützt auf die vorgenommenen Abklärungen und eine entsprechende Gesamtbetrachtung (vgl. Urteil vom 8. September 2022, 8C_157/2022, E. 3.4.3 letzter Satz) zu prüfen.

2.2. Im Falle der Beschwerdeführerin ist grundsätzlich unbestritten, dass sie von der öffentlichen Hand zwar subventioniert wird, jedoch keine Garantie oder Zusicherung der vollständigen Deckung der Betriebskosten besteht (vgl. die Ausführungen des Versicherungsgerichts in E. 3.4 f. des Entscheids vom 20. Januar 2022, AVI 2021/18). Dass in den betroffenen Betriebsabteilungen (D.____, C.____, B.____) in den fraglichen Monaten des Jahres 2020 ein Nachfragerückgang entstanden ist, ist aus der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 28. November 2022 ersichtlich (act. G5, Frage 1). Dass dieser Nachfragerückgang wiederum auf die behördlich angeordneten Pandemiemassnahmen zurückzuführen ist, erscheint angesichts der Abweichung zum Vorjahr und zum Folgejahr als überwiegend wahrscheinlich. Mit der nachträglichen zusätzlichen Leistungsabgeltung 2020 des kantonalen Amtes für Soziales von Fr. 15'040.-- wurden (nur) coronabedingte Mehrkosten (insbesondere für Schutzmaterial) entschädigt (vgl. act. G5, Frage 5 sowie Kantonsratsbeschluss über Nachtragskredite für Entschädigungen zugunsten von Einrichtungen für Menschen mit Behinderung und der Stiftsbibliothek St. Gallen in Zusammenhang mit der Covid-19-Epidemie [3321.02] vom 20. September 2021). Mithin ist die erste Bedingung für die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung gemäss Seco-Weisung als erfüllt zu betrachten. Hieran vermag der vom Beschwerdegegner geltend gemachte Umstand, dass sich die Beschwerdeführerin nicht primär über Betriebsüberschüsse der Institutionen finanziere (vgl. act. G7), nichts zu ändern, da die Beschwerdeführerin wie gesagt über keine staatliche Defizitgarantie verfügt.

2.3. Die Beschwerdeführerin hätte sodann gemäss den neu eingereichten Anstellungsverträgen die Möglichkeit gehabt, die Verträge sowohl mit den betreuten als auch mit den betreuenden Mitarbeitenden unter Einhaltung der vertraglich vereinbarten, auf dem Arbeitsmarkt üblichen Kündigungsfristen aufzulösen (vgl. act. G10.1 bis 10.5). Der Hinweis in den Anstellungsverträgen der Mitarbeitenden mit Unterstützungsbedarf ("Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss im Regelfalle eine Anschlusslösung gemäss den Bestimmungen des Bundesamtes für Sozialversicherung vorliegen"; vgl. act. G10.1 bis 10.3) ist laut Auskunft der Beschwerdeführerin vom 8. März 2023, was allfällige Bestimmungen des Bundesamtes



für Sozialversicherung betrifft, veraltet und zeitigt einzig die Auswirkung, dass die Beschwerdeführerin Mitarbeitende mit Unterstützungsbedarf im Falle einer Kündigung bei der Suche einer Anschlusslösung unterstützt (vgl. act. G11 und 12).

2.4. Zusammenfassend kann die Beschwerdeführerin somit anhand der eingereichten Unterlagen im Sinn der Seco-Weisung nachweisen, dass sie Arbeitsverhältnisse kündigen kann. Zwar erscheint auch nach den getätigten Abklärungen fraglich, ob die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Voranmeldung einem konkreten und unmittelbaren Entlassungsrisiko ausgesetzt waren, zumal die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 28. November 2022 bestätigt hat, auch bei sofortiger Ablehnung der Voranmeldung für Kurzarbeit hätte kein Plan für einen Stellenabbau bestanden (act. G2 und G5 Frage 3). Eine Zustimmung zur Durchführung von Kurzarbeit in dieser Konstellation entspricht jedoch der Weisung des Seco, da sie das Risiko eines Arbeitsplatzabbaus zu verhindern vermag. Immerhin war zur Zeit der Voranmeldung noch unklar, wie lange der Lockdown und die übrigen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19) und damit der Arbeitsausfall andauern würde. Nachdem das Bundesgericht in seinem Rückweisungsentscheid die Voraussetzung der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG einzig vom Nachweis der vorgenannten beiden Voraussetzungen abhängig gemacht hat (vgl. Urteil vom 8. September 2022, 8C_157/2022, E. 3.4.3), hat dies zu genügen.

3.

Die Beschwerdeführerin hat demnach unter Vorbehalt der übrigen (durch die Arbeitslosenkasse zu prüfenden [vgl. Art. 39 Abs. 1 AVIG]) Anspruchsvoraussetzungen Anspruch auf die Durchführung von Kurzarbeit ab dem 27. März 2020. Dabei wird die Arbeitslosenkasse betreffend die einzelnen Mitarbeitenden konkret zu prüfen haben, wie es sich mit dem zwischen den Parteien umstrittenen Anspruchserfordernis der Vermittlungsfähigkeit und dem ebenfalls umstrittenen versicherten Verdienst verhält (vgl. act. G3.1/A39 sowie G1 in AVI 2021/18).

4.

4.1. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 18. Januar 2021 aufzuheben. Sodann ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin vorbehältlich der übrigen Anspruchsvoraussetzungen Anspruch auf die Durchführung von Kurzarbeit ab dem 27. März 2020 hat.

4.2. Gerichtskosten sind keine zu erheben, nachdem das AVIG keine solchen vorsieht (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).



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. In der Verwaltungsrechtspflege beträgt das Honorar vor Versicherungsgericht nach Art. 22 Abs. 1 lit. b HonO (sGS 963.75) pauschal Fr. 1'500.-- bis Fr. 15'000.--. Im vorliegenden Fall erscheint angesichts des erweiterten Verfahrens, das auch die Prozedur AVI 2021/18 umfasst, eine pauschale Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen. Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin somit mit Fr. 4'000.-- zu entschädigen.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid vom 18. Januar 2021 aufgehoben und festgestellt, dass die Beschwerdeführerin vorbehältlich der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen ab dem 27. März 2020 Kurzarbeit durchführen kann.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.