

S1 20 271

URTEIL VOM 23. AUGUST 2021

**Kantonsgericht Wallis
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Thierry Schnyder, Präsident; Eve-Marie Dayer-Schmid und Thomas Brunner, Kantonsrichter; Petra Stoffel, Gerichtsschreiberin

in Sachen

VEREIN KINDERTAGESSTÄTTE X _____, Beschwerdeführer, vertreten durch
Rechtsanwalt M _____

gegen

DIENSTSTELLE FÜR INDUSTRIE, HANDEL UND ARBEIT, 1951 Sitten,
Beschwerdegegnerin

(Kurzarbeitsentschädigung)

Beschwerde gegen den Entscheid vom 16. November 2020

Sachverhalt und Verfahren

A. Die Beschwerdeführerin ist ein privatrechtlich organisierter gemeinnütziger Verein, welcher ein familienexternes Betreuungsangebot anbietet. Er bezweckt die familienergänzende und ausserschulische Betreuung insbesondere den Betrieb einer Kindertagesstätte für Säuglinge und Kleinkinder, eines Kinderhorts für die Betreuung von Kindern verschiedener Altersgruppen im Vorschulalter, einer schulergänzenden Tagesbetreuung für Kinder im Kindergarten- und Primarschulalter, verschiedener Spielgruppen für Kinder im Vorschulalter, einer Koordinationsstelle sowie die Vermittlung von Tageseltern. Die Einnahmen bestehen gemäss Handelsregisterauszug aus den Beiträgen der Eltern, Arbeitgeber und Mitglieder, der öffentlichen Hand, dem Erlös aus Vereinsanlässen und Vereinsaktionen sowie aus dem Ertrag des Vermögens. Die Gemeinde übernimmt den Tarifausgleich für die betreuten Kinder und gewährt zur Deckung eines allfälligen Defizits eine Defizitgarantie in der Höhe des Mietaufwands. Ausserdem stellt sie einen Standort kostenlos zur Verfügung. Gemäss Art. 33 des kantonalen Jugendgesetzes beteiligt sich der Kanton zu 30% an den Lohnkosten und bezahlt weiter einen Pauschalbetrag pro belegten Platz, der in der Regel 30% der Kosten der angeschafften pädagogischen Materialien ausmacht.

B. Nachdem der Staatsrat des Kantons Wallis am 13. März 2020 aufgrund der Covid-Pandemie die Schliessung sämtlicher Strukturen zur Kinderbetreuung per 16. März 2020 beschlossen hatte, machte der Verein am 18. März 2020 bei der DIHA eine Voranmeldung von Kurzarbeit für 62 Arbeitnehmende mit einem vorhersehbaren prozentualen Arbeitsausfall von 80% vom 16. März 2020 bis unbestimmt.

Mit Verfügung vom 19. Juni 2020 verneinte die DIHA den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Deren Ziel sei der Erhalt von Arbeitsplätzen in Unternehmen, in denen ein Risiko bestehe, dass diese wegen ungünstigen wirtschaftlichen Entwicklungen abgebaut würden. Die Gemeinden seien verpflichtet, entsprechend der Nachfrage familienexterne Aufnahmeplätze für Kinder anzubieten (Art. 32 Jugendgesetz des Kantons Wallis) und müssten die Kinderbetreuungsstätten demzufolge während einer vorübergehend geringeren Nutzung finanziell unterstützen.

Mit Einsprache vom 19. August 2020 brachte der Verein dagegen seine Einwände vor. Es bestehe keine allgemeine Defizitgarantie der Gemeinde. Deren finanzielle Leistung

beschränke sich auf den Tarifausgleich, das kostenlose Zurverfügungstellen eines Standortes sowie einer Defizitgarantie in der Höhe eines Mietaufwandes von CHF 40'000 und CHF 15'000. Für die Betriebsverluste müsse der Verein selber aufkommen. Sämtliche Mitarbeiter seien zudem beim Verein angestellt.

Der Entscheid erging am 16. November 2020. Die DIHA bestätigte ihre Verfügung und führte aus, die Verpflichtung der Gemeinde, familienexterne Aufnahmeplätze für Kinder anzubieten, erlaube es nicht, bestehende und notwendige Strukturen im Fall einer vorübergehenden Krise aufzuheben. Die betreffenden Arbeitnehmenden seien daher keinem konkreten und unmittelbaren Kündigungsrisiko ausgesetzt gewesen.

C. Dagegen erhob der Verein am 4. Dezember 2020 Beschwerde bei der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Wallis. Er beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Zusprache der nachgesuchten Kurzarbeitsentschädigung. Subsidiär sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin verkenne, dass er eine private Trägerschaft sei und folglich kein öffentlich-rechtliches Unternehmen. Es bestehe keine allgemeine Defizitgarantie der Gemeinde, weshalb sein unternehmerisches Risiko vollends allein getragen werde. Ferner sei aufgrund der Pandemie und den daraus folgenden Massnahmen der Verein an seine administrativen und finanziellen Grenzen gestossen. Er habe daher auch Verhandlungen mit der Gemeinde aufgenommen, um den Betrieb an diese zu übergeben. Soweit die Beschwerdegegnerin annehme, dass keine Umstrukturierung für den Erhalt getroffen werden musste, sei der Sachverhalt nicht richtig festgestellt worden.

Die DIHA nahm am 21. Januar 2021 Stellung. Der Verein könne nicht als privat eingestuft werden, da er bedeutende finanzielle Unterstützung der öffentlichen Hand erhalte. Ausserdem komme der Kanton zu 30% für die Löhne auf. Allfällige Defizite seien durch öffentliche Mittel gedeckt. Die Gemeinden könnten sich nicht von ihrer Verpflichtung gemäss Art. 32 des Jugendgesetzes entbinden. Sie hätten dafür zu sorgen, dass private oder öffentliche familienexterne Betreuungsstrukturen vorhanden seien, unabhängig davon, ob deren Leitung einem Verein obliege. Demzufolge sei die aktuelle familienexterne Kinderbetreuung durch den Verein, unabhängig von dessen wirtschaftlicher Lage, gesetzlich verankert und das Personal keinem konkreten Kündigungsrisiko ausgesetzt.

Replizierend hielt der Verein am 15. Februar 2021 an seinen Anträgen fest und legte dar, er sei in den Genuss der finanziellen Unterstützung im Rahmen der Soforthilfe des

Bundes gekommen, was jedoch keinen Einfluss auf den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigungen habe. Er habe während des Lockdowns für die Fixkosten aufkommen müssen, ohne dass ihm in der Folge Kurzarbeitsentschädigungen oder eine Ausfallentschädigung für die entgangenen Elternbeiträge zugesprochen worden wären. Des Weiteren sei einzig aufgrund des Risikos, dass der Verein den Betrieb dauerhaft einstelle, von der Gemeinde die Übernahme entschieden worden.

Mit Duplik vom 29. April 2021 verzichtete die DIHA auf weitere Ausführungen und hielt an ihren Anträgen fest.

Auf weitere Parteivorbringen wird, soweit entscheidungswesentlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1 Gemäss Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosengesetz, AVIG) sind die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG) auf das AVIG anwendbar, soweit dieses nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Gemäss Art. 56 Abs. 1 ATSG kann gegen Einspracheentscheide innert einer Frist von 30 Tagen nach deren Eröffnung Beschwerde bei einem vom Kanton bestellten Versicherungsgericht eingereicht werden (Art. 57 ATSG und Art. 60 ATSG). Die am 4. Dezember 2020 eingereichte Beschwerde erfolgte fristgerecht.

1.2 Die beschwerdeführende Partei hat ihren Sitz im Kanton Wallis. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der angerufenen Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts ist somit gegeben (Art. 100 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 128 und Art. 119 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 31. August 1983 [AVIV]; Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes über die Rechtspflege vom 11. Februar 2009 [RPfIG], Art. 1 Abs. 2 des Verfahrensreglements des kantonalen Versicherungsgerichts vom 2. Oktober 2001 [RVG] und Art. 81a des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungsrechtspflege vom

6. Oktober 1976 [VVRG]). Der Beschwerdeführer ist von der Verfügung bzw. dem Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin berührt (Art. 59 ATSG) und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Er ist somit zur Beschwerde legitimiert. Auf die fristgerecht und den formalen Anforderungen entsprechende Beschwerde kann eingetreten werden.

2.

2.1 Die Beschwerdeinstanz hat nicht zu prüfen, ob sich der angefochtene Entscheid unter schlechthin allen in Frage kommenden Aspekten als korrekt erweist, sondern im Prinzip nur die vorgebrachten Beanstandungen zu untersuchen (Rügeprinzip). Von den Verfahrensbeteiligten nicht aufgeworfene Rechtsfragen werden von der Beschwerdeinstanz nur geprüft, wenn hierzu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichend Anlass besteht (BGE 119 V 347 E. 1a).

2.2 Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 16. November 2020. Streitig ist, ob der Beschwerdeführer Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 21. März bis zum 31. Mai 2020 hat. Einwände und Darlegungen, die nicht Gegenstand des Entscheides sind - wie die Vorbringen in Bezug auf Ausfallentschädigungen gestützt auf das Jugendgesetz oder die Soforthilfe des Bundes – bleiben daher in casu unberücksichtigt.

3.

3.1 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). 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 AVIV).

3.2 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 371 E.2a). 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 371 E.2a).

3.3 Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe - in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung - sehr weit aus und versteht darunter sowohl strukturelle als auch konjunkturelle Gründe insgesamt und nicht nur den Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen (Urteil des Bundesgerichts C 279/05 vom 2. November 2006 E.1). Eine Pandemie kann aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Durch die Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie sind ebenfalls als aussergewöhnliche Umstände zu betrachten, so dass Arbeitsausfälle aufgrund solcher Massnahmen unter die Sonderregelung nach Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallen (Weisung des SECO vom 1. Juni 2020, Weisung 2020/08 4 ff.).

3.4 Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits dem Versicherten einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung, zu verhindern. Der Verhütungsgedanke ist dabei sowohl von sozialen und wirtschaftlichen Überlegungen getragen als auch davon, die finanzielle Belastung der Arbeitslosenversicherung, wie sie ihr durch Ganzarbeitslose entsteht, möglichst gering zu halten. Andererseits dient die Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung von Arbeitsplätzen im Interesse sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 371 E.3a).

Diese präventive Zwecksetzung der Kurzarbeitsentschädigung beherrscht auch massgebend die Auslegung wesentlicher Tatbestände dieses Leistungsbereichs (vgl. AVIG-Praxis KAE, A2).

3.5 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 Unternehmern in der Regel kein Betriebs- bzw. Konkursrisiko, weil sie die ihnen von Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben (Leistungsaufträge). Allfällige finanziellen 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. Ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko besteht, sofern im Falle eines Nachfragerückgangs resp. einer angeordneten Angebotsreduktion seitens des Auftraggebers keine Garantie/Zusicherung für die 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. Weisung des SECO vom 1. Juni 2020, Weisung 2020/08 S. 6 ff.; AVIG-Praxis KAE, D36 und D37).

4.

4.1 Vorliegend gibt es der stichhaltigen Argumentation der DIHA im Einspracheentscheid vom 16. November 2020 sowie in der Beschwerdeantwort vom 21. Januar 2021 nicht viel beizufügen. Beim Beschwerdeführer handelt es sich unbestritten um einen privatrechtlichen Verein im Sinne von Art. 60ff. ZGB, der einen öffentlich-rechtlichen Leistungsauftrag erfüllt. Weiter ist erstellt, dass er durch öffentlich-rechtliche Beiträge finanziert wird. Der Kanton Wallis kommt für 30% der Löhne des Betreuungspersonals sowie das pädagogische Material des Vereins auf. Der Anteil der Gemeinde (im hier massgebenden Zeitraum bis Ende Mai 2020) bestand zweifelsfrei in der Gewährung einer Defizitgarantie in der Höhe des jährlichen Mietaufwands sowie der Übernahme des Tarifausgleichs für die von der Kindertagesstätte X _____ betreuten Kinder. Mithin

wurde der Verein in beträchtlichem Masse durch die öffentlich-rechtlichen Beiträge finanziert.

Unbestritten ist weiter, dass die bundesrätlich verordnete Schliessung als ungewöhnlicher Umstand zu betrachten ist und der Verein in der Zeit ab dem 16. März 2020 den Beschäftigungsgrad der Mitarbeitenden stark verringert hat. Gemäss Covid-19-Verordnung familienergänzende Kinderbetreuung (SR 862.1) vom 20. Mai 2020, die rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft trat, hatten von der öffentlichen Hand betriebene Institutionen keinen Entschädigungsanspruch. Das Bundesamt für Sozialversicherung präziserte, dass darunter auch jene Institutionen fielen, deren Trägerschaft eine Gemeinde, mehrere Gemeinden oder ein Kanton sei. Auch ein Zusammenschluss mehrerer Gemeinden zu einem Verein oder einer Stiftung gehöre dazu. Im Dezember 2020 sprachen die Eidgenössischen Räte auch den von der öffentlichen Hand betriebenen Institutionen der familienergänzenden Kinderbetreuung rückwirkend Ausfallentschädigungen für die entstandenen finanziellen Verluste in der Zeit vom 17. März 2020 bis zum 17. Juni 2020 zu. Nicht abgeändert hingegen wurde die Weisung 2020/12 des seco betreffend Kurzarbeitsentschädigungen, wonach sich Erbringer von öffentlichen Leistungen im Gegensatz zu privaten Unternehmen keinem Betriebs- bzw. Konkursrisiko ausgesetzt sehen müssen, das die betroffenen Arbeitsplätze unmittelbar gefährden würde. Falls die Ausfälle des Beschwerdeführers durch die Covid-19 Pandemie durch die Gemeinden und den Kanton nicht vollständig gedeckt werden sollten, entsteht demzufolge nicht ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigungen, sondern auf die Entschädigung gemäss dem revidierten Covid-19-Gesetz, das in der Frühjahrssession 2021 der Eidgenössischen Räte angenommen wurde. Für die Mitarbeitenden des Beschwerdeführers bestand jedenfalls kein unmittelbares Entlassungsrisiko. Dies zeigten im Übrigen deutlich die sofortigen Bestrebungen der Gemeinde und des Vereins nach Lösungen zur Aufrechterhaltung des Leistungsauftrages.

4.2 Demzufolge erweist sich der angefochtene Entscheid als rechtens und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen. Entgegen den Darlegungen des Beschwerdeführers ist der relevante Sachverhalt genügend dokumentiert. Es besteht daher kein Anlass, die Angelegenheit gemäss Subsidiär Antrag an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das urteilende Gericht hat sich aufgrund der vorhandenen Akten seine Überzeugung gebildet und geht zweifelsfrei davon aus, dass von der beantragten Rückweisung keine neuen entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten sind bzw. seine Überzeugung durch dieses nicht geändert wird.

5.

Abgesehen von Ausnahmen, die hier nicht interessieren, sind im Bereich der Arbeitslosenversicherung keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 83 i.V.m. altArt. 61 lit. a ATSG). Es werden keine Parteientschädigungen ausgerichtet (Art. 91 Abs. 4 VVRG; BGE 123 V 309 E. 10, 118 V 169 E. 7, 112 V 361 E. 6).

Das Kantonsgericht erkennt

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Kosten erhoben noch Parteientschädigungen ausgerichtet.

Sitten, 23. August 2021