

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 80/01

Urteil vom 6. Oktober 2004
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichterin Widmer und nebenamtlicher Richter Staffelbach; Gerichtsschreiber Fessler

Parteien
W._____ GmbH, Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Gerhard Lanz, Schwanengasse 8, 3011 Bern,

gegen

beco Berner Wirtschaft, Abteilung Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, Laupenstrasse 22, 3011 Bern, Beschwerdegegner,

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 2. Februar 2001)

Sachverhalt:

A.

Am 16. Dezember 1996 gründete W._____ zusammen mit seiner Ehefrau die Firma W._____ GmbH mit Sitz in X._____. In jenem Zeitpunkt war er Angestellter und Kommanditär der Kommanditgesellschaft V._____. Nach dem Konkurs dieses Betriebes im März 1997 übernahm die W._____ GmbH dessen Mitarbeiter. Die Gesellschaft kaufte zudem aus der Konkursmasse die für die Aufnahme ihrer Tätigkeit gemäss statutarischem Zweck notwendigen Betriebsmittel.

Am 24. Mai 1997 meldete die W._____ GmbH dem Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA), Abteilung Arbeitsmarkt, Bern, Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb Malerei voraussichtlich für die Dauer vom 26. Mai bis 31. Juli 1997 an. Mit Verfügung vom 24. Juni 1997 erhob die Amtsstelle gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch. Als Grund gab sie an, die zur Diskussion stehende Periode falle in die Konsolidierungsphase der Firma. Erfahrungsgemäss könne ein junges Unternehmen nicht von Anfang an mit einer vollständigen Auslastung der bereitstehenden Kapazitäten rechnen. In Gutheissung der hiegegen eingereichten Beschwerde hob das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 15. Juli 1998 die angefochtene Verfügung auf und wies die Sache zur Vorahme weiterer Abklärungen im Sinne der Erwägungen (Überprüfung, ob die Arbeitsausfälle ganz oder teilweise auf Verschiebungen bereits erteilter Aufträge auf unbestimmte Zeit zurückzuführen sind) sowie Erlass einer neuen Verfügung an die Verwaltung zurück.

Nach Abklärungen erhob die Abteilung Arbeitsmarkt des KIGA am 7. Mai 1999 erneut Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung mit der Begründung, die von der Firma eingereichten Unterlagen vermöchten nicht rechtsgenügend die Verschiebung von tatsächlich vertraglich zugesicherten Aufträgen nachzuweisen. Vielmehr scheine der geltend gemachte Arbeitsausfall einerseits aus dem erhöhten Risiko eines Arbeitsausfalls wegen der noch nicht abgeschlossenen Konsolidierung herzurühren und andererseits hätten sich lediglich betriebs- und branchenübliche Risiken realisiert.

B.

Die von der W._____ GmbH hiegegen erhobene Beschwerde wies das bernische

Verwaltungsgericht, unter Aufgabe seiner im Rückweisungsentscheid vom 15. Juli 1998 noch angewendeten Praxis gemäss BVR 1992 S. 187 ff., mit Entscheid vom 2. Februar 2001 ab.

C.

Die W. _____ GmbH führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung von Entscheid und Verfügung sei die beantragte Kurzarbeit zu bewilligen und es seien die gesetzlichen Leistungen zu erbringen.

Das KIGA, Abteilung Arbeitsvermittlung (neu: beco, Berner Wirtschaft, Abteilung Arbeitsvermittlung), enthält sich einer Stellungnahme und eines bestimmten Antrages zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab 26. Mai 1997 unter dem Gesichtspunkt des anrechenbaren Arbeitsausfalles. Soweit darüber hinaus die Zusprechung von Leistungen beantragt wird, ist darauf nicht einzutreten (BGE 125 V 414 Erw. 1a sowie ARV 1993/1994 Nr. 35 S. 246 f. Erw. 1).

Das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) ist hier nicht anwendbar (BGE 129 V 4 Erw. 1.2).

2.

2.1 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch die Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist u.a. anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zu rückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein Arbeitsausfall ist dann nicht anrechenbar, wenn er durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a zweiter Satzteil AVIG). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der 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 Erw. 2a, 119 V 359 Erw. 1a, je mit Hinweisen).

2.2 Nach der Rechtsprechung stellen Terminverschiebungen im Baugewerbe auf Wunsch von Auftraggebern oder aus anderen Gründen, die von den mit der Ausführung von Arbeiten beauftragten Unternehmen nicht zu verantworten sind, nichts Aussergewöhnliches dar. Die dadurch bedingten Arbeitsausfälle sind daher grundsätzlich nicht anrechenbar. Dabei kann letztlich offen bleiben, ob der Tatbestand des normalen Betriebsrisikos (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) oder derjenige der Branchen-, Berufs- oder Betriebsüblichkeit (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG) gegeben ist (ARV 1993/1994 Nr. 35 S. 247 Erw. 2b und S. 249 Erw. 5 mit Hinweisen). Gleiches gilt sinngemäss auch für das Baunebengewerbe, soweit es um Aufträge geht, welche sachlich mit Arbeiten im Bauhauptgewerbe zusammenhängen (nicht veröffentlichtes Urteil B. AG vom 16. Oktober 1996 [C 120/96]).

Diese Praxis wurde vor dem Hintergrund einer guten Konjunktur- und Beschäftigungslage entwickelt, die sich dadurch kennzeichnet, dass Arbeitsausfälle infolge Terminverschiebungen durch andere (kurzfristige) Aufträge ausgeglichen werden können. Indessen, allein die Tatsache einer angespannten, rezessiven Wirtschaftslage und das damit verbundene Risiko, dass die Möglichkeit der Vorziehung anderer Aufträge nicht mehr oder nur in eingeschränkter Masse besteht, genügt auch bei Sistierung von Aufträgen auf unbestimmte Zeit nicht, um die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles zu bejahen. Vielmehr müssen unter dem Gesichtspunkt der Betriebsüblichkeit und des normalen Betriebsrisikos immer besondere Umstände hinzutreten, welche die Annahme eines voraussichtlich vorübergehenden Arbeitsausfalles (Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG) begründen (nicht veröffentlichte Urteile B. vom 27. Dezember 1999 [C 340/99] und R. vom 14. Dezember 1998 [C 140/98], je mit Hinweis auf ARV 1995 Nr. 20 S. 119 Erw. 1b sowie M. AG vom 7. Mai 1997 [C 127/96]; vgl. auch ARV 1998 Nr. 50 S. 292 Erw. 1 und Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Bd. I, Bern 1988, N 70 zu Art. 32-33).

2.3

2.3.1 Das kantonale Gericht stellte im Rückweisungsentscheid vom 15. Juli 1998 fest, das KIGA habe den geltend gemachten Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung einzig unter dem Aspekt der Konsolidierungsphase geprüft, nicht aber unter demjenigen der Verschiebung von Terminen. Nach seiner Rechtsprechung gemäss BVR 1992 S. 187 ff. schliessen solche Verschiebungen nicht in jedem Fall die Anrechenbarkeit des dadurch bewirkten Arbeitsausfalles aus. Denn damit würde

derjenige Arbeitgeber benachteiligt, der trotz Rezession noch Aufträge erhalten habe, diese aber infolge wirtschaftlich bedingter Verschiebungen nicht ausführen könne, gegenüber demjenigen, dem die Aufträge aus denselben Gründen überhaupt fehlten (vgl. BVR a.a.O. S. 190 Erw. 2c). Die Sistierung oder Verschiebung erteilter Aufträge auf unbestimmte Zeit komme faktisch einem Auftragsentzug gleich, was auch in der Baubranche, in der selbst Verschiebungen um mehrere Monate üblich seien, aussergewöhnlich sei. Ein derartiges Risiko könne kalkulatorisch nicht erfasst werden, so dass der dadurch verursachte Arbeitsausfall weder zum normalen Betriebsrisiko noch branchen-, berufs- oder betriebsüblich sei. Sinngemäss wenn und soweit der Grund für die Verschiebung nicht vom Ansprecher zu vertreten sei, sei daher bei dieser Anspruchsvoraussetzung auf das formelle Kriterium der Sistierung auf unbestimmte Zeit abzustellen.

Im zweiten letztinstanzlich angefochtenen Entscheid vom 2. Februar 2001 hat die Vorinstanz unter Hinweis auf das erwähnte Urteil R. vom 14. Dezember 1998 (C 140/98) seine vorstehend dargelegte Praxis aufgegeben. Im Weiteren hat es in Bezug auf den konkreten Fall erwogen, besondere Umstände, die unter dem Gesichtspunkt der Betriebsüblichkeit und des normalen Betriebsrisikos die Annahme eines voraussichtlich vorübergehenden Arbeitsausfalls begründeten, seien nicht ersichtlich. Vielmehr erschienen die geltend gemachten Ausfälle aufgrund von Terminverschiebungen auf Wunsch von Arbeitgebern oder aus anderen von der Firma unbestrittenermassen nicht zu vertretenden Gründen in der von der Beschwerdeführerin betriebenen Branche tatsächlich als betriebsüblich und damit zum normalen Betriebsrisiko gehörend. Die Anrechenbarkeit der Ausfälle sei deshalb zu verneinen.

2.3.2 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird vorab sinngemäss gerügt, indem die Vorinstanz das Anspruchserfordernis des anrechenbaren Arbeitsausfalles erneut in rechtlicher Hinsicht einer grundsätzlichen Überprüfung unterzogen und dabei gleichzeitig seine Praxis geändert habe, habe es in unzulässiger Weise den nicht angefochtenen und daher in formelle und materielle Rechtskraft erwachsenen Rückweisungsentscheid in Revision gezogen. Die Vorgehensweise des kantonalen Gerichts verletze sodann auch Art. 29 Abs. 1 BV. Allein deshalb nämlich, weil das KIGA sich nicht an die damalige Rechtsprechung der Vorinstanz gehalten habe, sei ein Beschwerdeverfahren notwendig geworden. Die Praxisänderung im Jahre 2001 könne daher der Firma nicht zum Nachteil gereichen, nachdem jedem anderen Unternehmen, welches im Sommer 1997 Kurzarbeit habe anmelden müssen und sich in einer vergleichbaren Situation befunden habe, gestützt auf die bisherige Praxis Leistungen ausgerichtet worden seien. Im Übrigen verstosse die Kehrtwendung des kantonalen Gerichts gegen Treu und Glauben, da die Beschwerdeführerin einzig im Vertrauen darauf, dass ihre erste Beschwerde aus andern Gründen gutgeheissen worden war als dem im Rückweisungsentscheid bejahten Argument

gegen die Anspruchsberechtigung, die Firma befinde sich noch in der Konsolidierungsphase, auf einen Weiterzug an das Eidgenössische Versicherungsgericht verzichtet habe.

3.

3.1 Nach der Rechtsprechung stellt der Rückweisungsentscheid einer kantonalen Rekursinstanz eine im Sinne von Art. 128 OG in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 OG und Art. 5 VwVG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Eidgenössische Versicherungsgericht weiterziehbare Endverfügung dar. Anfechtbar ist grundsätzlich nur das Dispositiv, nicht aber die Begründung eines Entscheides. Verweist indessen das Dispositiv eines Rückweisungsentscheides ausdrücklich auf die Erwägungen, werden diese zu dessen Bestandteil und haben, soweit sie zum Streitgegenstand gehören, an der formellen Rechtskraft teil. Dementsprechend sind die Motive, auf die das Dispositiv verweist, für die Behörde, an die die Sache zurückgewiesen wird, bei Nichtanfechtung verbindlich (BGE 120 V 237 Erw. 1a mit Hinweisen; AHJ 2001 S. 127 Erw. 1 und RKUV 1999 Nr. U 331 S. 127 Erw. 2).

3.2

3.2.1 Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Nach dieser Begriffsumschreibung sind Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand identisch, wenn die Verwaltungsverfügung insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses, gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 125 V 414 Erw. 1b).

3.2.2 Für die begriffliche Umschreibung des Streitgegenstandes und seine Abgrenzung vom Anfechtungsgegenstand nicht von Bedeutung sind die bestimmenden Elemente («Teilaspekte», «aspects», vgl. BGE 110 V 51 Erw. 3c und 122 V 244 Erw. 2a) des oder der verfügungsweise

festgelegten Rechtsverhältnisse. Dazu zählen bei der Zusprechung von Versicherungsleistungen unter anderem die für die Anspruchsberechtigung als solche massgebenden Gesichtspunkte, wie die versicherungsmässigen Voraussetzungen, ferner die einzelnen Faktoren für die (massliche und zeitliche) Festsetzung der Leistung. Teilaspekte eines verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses dienen in der Regel lediglich der Begründung der Verfügung und sind daher grundsätzlich nicht selbstständig anfechtbar. Sie können folgerichtig erst als rechtskräftig beurteilt und damit der richterlichen Überprüfung entzogen gelten, wenn über den Streitgegenstand insgesamt rechtskräftig entschieden worden ist (BGE 125 V 416 Erw. 2b mit Hinweisen).

3.3

3.3.1 Mit Entscheidung vom 15. Juli 1998 hatte die Vorinstanz den Einspruch des KIGA gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab 26. Mai 1997 mangels anrechenbaren Arbeitsausfalles aufgehoben und die Sache zur Vornahme weiterer Abklärungen im Sinne der Erwägungen und neuer Verfügung an die Verwaltung zurückgewiesen (Dispositiv-Ziffer 1). Bestandteil dieser Erwägungen ist unter anderem die Darlegung und Bestätigung der Praxis des Gerichts gemäss BVR 1992 S. 187 ff.. Entgegen den Vorbringen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde bedeutet die Tatsache der Nichtanfechtung des Rückweisungsentscheides nicht, dass die betreffenden Erörterungen in dem Sinne in Rechtskraft erwachsen sind, dass sie im weiteren Verwaltungs- und allenfalls Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren für die rechtsanwendenden Behörden absolut bindend wären. Die gegenteilige Auffassung verkennt, dass die vom kantonalen Gericht angewendete eigene Rechtsprechung lediglich ein Begründungselement bei der Prüfung des Streitgegenstand bildenden anrechenbaren Arbeitsausfalles als eine Voraussetzung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung darstellt. Die Praxis der Vorinstanz kann daher erst dann als der richterlichen Überprüfung entzogen gelten, wenn über dieses

Anspruchserfordernis rechtskräftig entschieden worden ist (vgl. BGE 125 V 413, insbesondere S. 415 f. Erw. 2a und b). Folgerichtig hat der Rückweisungsentscheid am Streitgegenstand nichts geändert (Urteil P. vom 15. Mai 2000 [I 226/99]; vgl. auch BGE 127 V 233 unten). Die Rechtskraft dieses Entscheides erschöpft sich nach dem Gesagten in der Feststellung, dass die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles und damit die Anspruchsberechtigung nicht mit der Begründung des KIGA gemäss Einspruch vom 24. Juni 1997 verneint werden kann, die Firma befinde sich noch in der Konsolidierungsphase, in welcher erfahrungsgemäss nicht mit einer vollständigen Auslastung der bereitstehenden Kapazitäten gerechnet werden könne. Eine Einschränkung der Überprüfungsbefugnis des kantonalen Gerichts und auch des Eidgenössischen Versicherungsgerichts im Sinne der Bindung an die dem Rückweisungsentscheid vom 15. Juli 1998 zugrunde liegende Rechtsauffassung besteht somit grundsätzlich nicht.

3.3.2 Dass die Praxis gemäss BVR 1992 S. 187 ff. Bundesrecht widerspricht und die Vorinstanz sie richtigerweise aufgegeben hat, ergibt sich aus den Ausführungen in Erw. 2.2 und 2.3.1 hievor und steht zu Recht ausser Frage. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sprechen keine Gründe gegen die Anwendung der im Sinne der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts geänderten Praxis im konkreten Fall. Zum einen ist eine neue Rechtspraxis grundsätzlich sofort und überall, insbesondere auch auf hängige Fälle anzuwenden (BGE 111 V 170 Erw. 5b mit Hinweisen; AHI 1995 S. 151 Erw. 4b), ohne dass es darauf ankäme, ob der massgebende Sachverhalt vor oder nach der Änderung eingetreten oder ob eine vor diesem Zeitpunkt in Frage stehende Anspruchsberechtigung betroffen ist (ZAK 1990 S. 255). Dies steht weder mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit noch der Rechtsgleichheit im Widerspruch, obschon jede Änderung der bisherigen Rechtsanwendung zwangsläufig mit einer Ungleichbehandlung der früheren und der neuen Fälle verbunden ist (vgl. BGE 125 II 163 oben und dortige Hinweise auf die Lehre). Zum anderen sind der Beschwerdeführerin aus der Nichtanfechtung des Rückweisungsentscheides insofern keine Nachteile erwachsen, als sie

im Rahmen des neuen Verfahrens alle für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles sprechenden Tatsachen und rechtlichen Überlegungen einbringen kann und diese bei der gerichtlichen Prüfung zu berücksichtigen sind.

3.4 Trotzdem verletzt das Vorgehen des kantonalen Gerichts Bundesrecht. Durfte die Vorinstanz, wie dargelegt, im zweiten Entscheid vom 2. Februar 2001 das Anspruchserfordernis des anrechenbaren Arbeitsausfalles im Lichte seiner im Sinne der höchstrichterlichen Rechtsprechung geänderten Praxis neu und ohne Einschränkung prüfen, war sie auf der anderen Seite verpflichtet, vorgängig der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu geben, sich zur Änderung der rechtlichen Beurteilungsgrundlagen zu äussern und die Beschwerde allenfalls zu ergänzen. Dieses Versäumnis stellt eine schwerwiegende Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar, welches zu gewähren ist, wenn eine Behörde ihren Entscheid mit einer Rechtsnorm oder einem Rechtsgrund zu begründen beabsichtigt, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit im konkreten Fall sie nicht rechnen konnten (BGE 128 V 278 Erw. 5b/bb, 125 V 370 Erw. 4a mit Hinweisen). In diesem Sinne ist die

Verwaltungsgerichtsbeschwerde begründet und der angefochtene Entscheid ohne materielle Prüfung der streitigen Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles aufzuheben.

4.

Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 1 und 2 OG in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird, soweit darauf einzutreten ist, in dem Sinne gutgeheissen, dass der Entscheid vom 2. Februar 2001 aufgehoben und die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zurückgewiesen wird, damit es der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör im Sinne der Erwägungen gewähre und danach über den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab 26. Mai 1997 unter dem Gesichtspunkt des anrechenbaren Arbeitsausfalles neu entscheide.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Das beco, Berner Wirtschaft hat der Beschwerdeführerin für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Arbeitslosenkasse, des Kantons Bern und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.

Luzern, 6. Oktober 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: