Fall-Nr.:	AVI 2021/41
Stelle:	Versicherungsgericht
Rubrik:	AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum:	06.01.2023
Entscheiddatum:	22.09.2022

Entscheid Versicherungsgericht, 22.09.2022

Art. 31 f. AVIG, Art. 46 und 46b AVIV, Art. 319 OR und Art. 8f COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. Lässt sich anhand des Arbeitsvertrags keine normale Arbeitszeit bestimmen und ist der in schwankendem Pensum tätige Arbeitnehmende noch keine sechs Monate bei der Arbeitgeberin angestellt, so besteht mangels feststellbarem Arbeitsausfall kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 22. September 2022, AVI 2021/41). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C_641/2022.

Entscheid vom 22. September 2022

Besetzung

Präsidentin Marie Löhrer, Versicherungsrichterinnen Michaela Machleidt Lehmann und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiberin Felicia Sterren

Geschäftsnr.

AVI 2021/41

Parteien

A.___ AG,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Hermann Lei, Advokaturbüro Lei & Nobs, Thundorferstrasse 8, 8500 Frauenfeld,

© Kanton St.Gallen 2026

gegen

Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Kurzarbeitsentschädigung (COVID-19)

Sachverhalt

A.

A.a. Am 20. März 2020 meldete die A.___ AG (nachfolgend: Arbeitgeberin) wegen der im Zuge der Bekämpfung der Corona-Epidemie ergangenen behördlichen Massnahmen Kurzarbeit für ihre Arbeitnehmenden an (vgl. act. G4.1/417 ff.). Mit Verfügung vom 27. April 2020 hielt das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) fest, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Kasse) ab 17. März 2020 Kurzarbeitsentschädigung ausrichten (act. G4.1/399 f.; vgl. auch act. G4.1/415 f.). In der Folge richtete die Kasse Kurzarbeitsentschädigung aus (vgl. beispielhaft act. G4.1/412 und G4.1/398).

A.b. Am 5. November 2020 meldete die Arbeitgeberin erneut Kurzarbeit an (vgl. act. G4.1/378 ff.). Mit Verfügung vom 9. November 2020 hielt das AWA fest, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Kasse in der Zeit vom 15. November 2020 bis 14. Februar 2021 Kurzarbeitsentschädigung ausrichten (act. G4.1/371 f.).

A.c. Im Mailwechsel zwischen der Arbeitgeberin und der Kasse vom 20. bis 25. Januar 2021 machte die Arbeitgeberin geltend, alle ihre Arbeitnehmenden seien in fixen Pensen angestellt. Die Kasse teilte hingegen mit, sie erachte acht Mitarbeitende als auf Abruf und noch nicht sechs Monate lang angestellt, sodass für diese kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe (act. G4.1/366 ff.). Dagegen opponierte die Arbeitgeberin mit E-Mails vom 25. und 29. Januar 2021 und verlangte nach Erhalt der Abrechnung für die Abrechnungsperiode Dezember 2020 (act. G4.1/285) eine anfechtbare Verfügung (vgl. act. G4.1/275 ff. und G4.1/245).

© Kanton St.Gallen 2026

A.d. Am 20. April 2021 verfügte die Kasse, die Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperiode Dezember 2020 für die Arbeitgeberin betrage Fr. 13'150.35. Zur Begründung führte sie aus, nach Überprüfung der von der Arbeitgeberin am 21. Januar 2021 eingereichten Unterlagen habe die Kasse festgestellt, dass die Arbeitnehmenden B.___, C.___, D.___, E.___, F.___, G.___, H.___ und I.___ auf Abruf beschäftigt und im Dezember 2020 weniger als sechs Monate angestellt gewesen seien. Damit hätten diese Personen auch unter Berücksichtigung der im Rahmen der Corona-Epidemie ergangenen Gesetzgebung keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (act. G4.1/208 ff.).

A.e. Gegen diese Verfügung erhob die Arbeitgeberin, vertreten durch Rechtsanwalt Hermann Lei, am 7. Mai 2021 Einsprache. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, aus der Formulierung im Arbeitsvertrag könne nicht auf Arbeit auf Abruf ohne Anspruch auf Kurzarbeit geschlossen werden. Für die betroffenen Arbeitnehmenden seien die durchschnittlichen Pensen abgesprochen. Anhand der jeweils gegen Ende des Vormonats erstellten verbindlichen Einsatzpläne lasse sich das zeigen. Die Arbeitnehmenden müssten die vereinbarten Pensen leisten und diese würden bei den Sozialversicherungen abgerechnet. Es handle sich somit nicht um Arbeit auf Abruf, sondern um Teilzeitarbeit, weshalb der Anspruch auf Kurzarbeit nicht verneint werden könne. Das Bundesverwaltungsgericht habe festgehalten, dass bei flexiblen Arbeitsverhältnissen ein anrechenbarer Arbeitsausfall nicht einfach verneint werden könne. In diesem Fall müsse die effektive Arbeitsauslastung durch Arbeitszeitaufzeichnungen lückenlos dokumentiert werden, damit eine Berechnung des Arbeitsausfalls möglich werde. Dies gelte auch, wenn es sich um Arbeit auf Abruf im Sinne eines Sonderfalls einer uneigentlichen Teilzeitarbeit handle, bei welcher der Arbeitgeber ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis verlangen könne, da der Arbeitnehmende nur dann zum Einsatz komme, wenn effektiv Arbeit vorhanden sei. Eine lückenlose betriebliche Arbeitszeitkontrolle liege vor. Die betroffenen Arbeitnehmenden hätten trotz coronabedingten Unwägbarkeiten mehr oder weniger stabile Stundenzahlen vor dem Lockdown gehabt. Anhand der vorgelegten Unterlagen sei ausgewiesen, dass diese Arbeitnehmenden monatlich fixe Einsatzpläne hätten. Diese würden jedoch monatlich wechseln, weshalb im Arbeitsvertrag festgehalten worden sei, dass die Arbeitnehmenden nach Verfügbarkeit und Bedarf eingesetzt würden. Dabei könne es auch einmal vorkommen, dass die vereinbarte Mindeststundenzahl nicht eingehalten werde (act. G4.1/196 ff.).

© Kanton St.Gallen 2026

A.f. Mit Entscheid vom 31. Mai 2021 wies die Kasse die Einsprache ab. Zur Begründung führte sie aus, anhand der Arbeitsverträge sei bei den betroffenen Arbeitnehmenden keine vertragliche Arbeitszeit bestimmbar. Diese seien im Dezember 2020 weniger als sechs Monate bei der Arbeitgeberin angestellt gewesen, sodass auch nicht gestützt auf die im Zug der Corona-Massnahmen erlassene Ausnahmeregel Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe. Welche Form der uneigentlichen Teilzeitarbeit vorliege, sei vorliegend ebenso wenig wie die lückenlose Arbeitszeitkontrolle relevant. Damit ein Arbeitsausfall relativ zu einer Normalarbeitszeit bestimmbar bleibe, gelte die Voraussetzung, dass das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate gedauert habe. Dies sei bei den betroffenen Arbeitnehmenden nicht der Fall (act. G4.1/101 ff.).

B.

B.a. Gegen diesen Entscheid erhebt die Arbeitgeberin (nachfolgend: Beschwerdeführerin), weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt Hermann Lei, am 21. Juni 2021 (Postaufgabe) Beschwerde. Sie beantragt, der Einspracheentscheid vom 31. Mai 2021 sei aufzuheben. Die Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperiode Dezember 2020 sei unter Einbezug der Arbeitnehmenden B.___, C.___, D.___, E.___, F.___, G.___, H.___ und I.___ neu zu berechnen. Eventualiter sei die Kasse (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) anzuweisen, die Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperiode Dezember 2020 unter Einbezug der genannten Arbeitnehmenden neu zu berechnen. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Zur Begründung bringt sie vor, es bestehe durchaus ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn gewisse Voraussetzungen gegeben seien. Das Bundesverwaltungsgericht habe nämlich festgehalten, dass bei flexiblen Arbeitsverhältnissen ein anrechenbarer Arbeitsausfall nicht einfach verneint werden könne. In diesem Fall müssten die effektive Arbeitsauslastung durch Arbeitszeitaufzeichnung lückenlos dokumentiert werden, damit eine Berechnung des Arbeitsausfalls möglich werde. Dies gelte sogar dann, wenn es sich um Arbeit auf Abruf im Sinne eines Sonderfalls einer uneigentlichen Teilzeitarbeit handeln würde. In der Tat sei in den Arbeitsverträgen der Beschwerdeführerin festgehalten, dass die Arbeitnehmenden nach Verfügbarkeit und Bedarf eingesetzt würden und keinen Anspruch auf die Mindeststundenzahl hätten, wobei das Pensum nicht garantiert sei. Auch diesfalls sei aber ein anrechenbarer Arbeitsausfall zu bejahen, wenn er lückenlos

dokumentiert sei. Aus den Arbeitsverträgen zu schliessen, dass es sich um nicht entschädigbare Arbeit auf Abruf handle, sei ohnehin nicht korrekt. Im Gegenteil seien die durchschnittlichen Pensen monatlich abgesprochen und die Arbeitnehmenden erhielten auch keine Entschädigung für die Rufbereitschaft, sodass eigentliche Teilzeitarbeit vorliege. Nicht nachvollziehbar sei die Argumentation im Einspracheentscheid, dass auch bei lückenloser Arbeitszeitkontrolle ein Arbeitsausfall nur entschädigt werde, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate gedauert habe. Dieser Auffassung liege eine falsche Interpretation der Corona-Gesetzgebung zugrunde, die sich auf echte Arbeit auf Abruf beziehe. Ihre Arbeitnehmenden hätten monatlich fixe Einsatzpläne und damit ein fixes Pensum gehabt. Der Passus im Arbeitsvertrag, wonach das Pensum nicht garantiert sei, beziehe sich auf den Umstand, dass die Arbeitnehmenden nach Verfügbarkeit und Bedarf zu unterschiedlichen Zeiten eingesetzt würden. Es sei also sehr wohl eine vertragliche Arbeitszeit bestimmbar und die Arbeitnehmenden würden dies auch erwarten, schliesslich werde erwartet, dass sie dieses Pensum erfüllten (act. G1).

B.b. Mit Beschwerdeantwort vom 14. Juli 2021 beantragt die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf den Einspracheentscheid vom 31. Mai 2021 die Abweisung der Beschwerde (act. G4).

Erwägungen

1.

1.1. Teilzeitarbeit ist dadurch gekennzeichnet, dass eine arbeitnehmende Person in einem gegenüber der betriebs- oder branchenüblichen vollen Arbeitszeit reduzierten Pensum tätig ist. Teilzeitarbeit kann dabei als regelmässige oder als unregelmässige Teilzeitarbeit ausgestaltet sein. Art. 319 Abs. 2 des Bundegesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220) umfasst dabei sowohl die regelmässige als auch die unregelmässige Teilzeitarbeit. In der Praxis wird zwischen eigentlicher und uneigentlicher Teilzeitarbeit unterschieden. Bei der eigentlichen Teilzeitarbeit erfolgt der reduzierte Einsatz wiederholt und mit im Voraus bestimmten Arbeitszeiten. Dabei können die Arbeitszeiten auch unregelmässig sein. Der Arbeitgeber gerät in Verzug und bleibt lohnzahlungspflichtig, wenn er das vertraglich vereinbarte Arbeitspensum nicht zuteilt (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Auflage, 2012, Art. 319 N 18).

© Kanton St.Gallen 2026

1.2. Demgegenüber wird uneigentliche Teilzeitarbeit nicht aufgrund eines im Voraus festgelegten Arbeitsplans, sondern auf einseitigen Abruf durch den Arbeitgeber oder nach Belieben des Arbeitnehmenden stehendem Einsatzzeitpunkt geleistet. Im Unterschied zur Aushilfsarbeit erfolgen die Einsätze jedoch im Rahmen eines einheitlichen Arbeitsverhältnisses. Trifft den Arbeitnehmenden eine Einsatzpflicht nach Anweisung des Arbeitgebers, so liegt echte Arbeit auf Abruf vor. Bei echter Arbeit auf Abruf ist auch die ausserhalb des Betriebs geleistete Rufbereitschaft (häufig auch als Bereitschaftsdienst bezeichnet) zu entschädigen, wenn auch zu einem reduzierten Ansatz. Entfallene Rufbereitschaft im Abrufverhältnis stellt im Allgemeinen keinen anrechenbaren Arbeitsausfall im Sinne des Arbeitslosenversicherungsrechts dar. Auch ein Rückgang der Abrufhäufigkeit kann grundsätzlich nur bei vormals regelmässigen Abrufen angerechnet werden. Kann der Arbeitnehmende einen Arbeitseinsatz ablehnen, kommt ein Arbeitseinsatz also aufgrund gegenseitiger Vereinbarung im Einzelfall zustande, wird von unechter Arbeit auf Abruf gesprochen (vgl. Streiff/Von Kaenel/Rudolph, a.a.O., Art. 319 N 18; Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in SBVR, Bd. XIV, 3. Aufl., 2016, Rz 151).

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 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIG; SR 837.0]). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben namentlich Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). Der Bundesrat regelt für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die unter anderem auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind (Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG).

2.2. Als normale Arbeitszeit gilt die vertragliche Arbeitszeit der arbeitnehmenden Person, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig. Für Arbeitnehmende mit flexiblem Arbeitszeitsystem gilt die vertraglich vereinbarte jahresdurchschnittliche Arbeitszeit als normale Arbeitszeit (Art. 46 Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [AVIV; SR 837.02]). Der Arbeitsausfall ist nicht bestimmbar, wenn sich die normale Arbeitszeit nicht anhand einer vertraglichen Vereinbarung über die von der versicherten Person zu leistenden Arbeitszeit oder anhand der in ihrem

© Kanton St.Gallen 2026

Beruf oder Erwerbszweig allgemein üblichen Arbeitszeit ermitteln lässt und demgemäss nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob eine Arbeitszeitverkürzung tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstausfall bewirkt oder in Übereinstimmung mit der vertraglichen Abmachung vorgenommen worden ist. Dies kann namentlich bei Personen der Fall sein, welche eine Abruf- oder Aushilfstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber je nach Arbeitsanfall sporadisch eingesetzt werden, sodass sie nicht mit einer regelmässigen, arbeitsvertraglich zugesicherten Zahl von Arbeitsstunden rechnen können (vgl. Nussbaumer, a.a.O., Rz 462; Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., 2019, S. 256). Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 AVIV). Ist eine versicherte Person zu regelmässiger Leistung von Teilzeitarbeit verpflichtet, gilt die auf dieser Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal. Bei flexiblen Arbeitsverhältnissen kann ein anrechenbarer Arbeitsausfall nicht von Vornherein pauschal verneint werden. In diesem Fall müsste jedoch die effektive Arbeitsauslastung durch Arbeitszeitaufzeichnungen lückenlos dokumentiert werden, damit eine Berechnung des Arbeitszeitausfalls möglich wird. Je kürzer der Beobachtungszeitraum ist, desto weniger dürfen die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken, um noch eine Berechnung des Arbeitszeitausfalls zu ermöglichen (vgl. Kupfer Bucher, a.a.O., S. 264; Nussbaumer, a.a.O., Rz 152).

2.3. Gestützt auf die Weisungen des Seco geht die Arbeitslosenkasse grundsätzlich davon aus, dass die auf Abruf angestellte Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstausfall erleidet. Von diesem allgemeinen Grundsatz kann abgewichen werden, wenn sich die auf Abruf angestellte Person dazu verpflichtet, unbefristet Arbeit zu leisten, sie dann aber vorübergehend gar nicht mehr oder weniger zur Arbeit aufgefordert wird. Wurde sie während einer gewissen Zeit (Beobachtungszeitraum) mehr oder weniger regelmässig zur Arbeit aufgefordert, ist der Arbeitsausfall anrechenbar. Als Beobachtungszeitraum zu wählen sind die letzten 12 Monate des Arbeitsverhältnisses oder die gesamte Dauer, sofern es zwischen sechs und 12 Monate gedauert hat. Hat das Arbeitsverhältnis weniger als sechs Monate gedauert, kann keine Normalarbeitszeit ermittelt werden. Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von 12 Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach unten oder nach oben ausmachen. Bei einem Beobachtungszeitraum von sechs Monaten beträgt die maximale zulässige Beschäftigungsschwankung 10 %. Übersteigen die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die maximal zulässige Abweichung, kann nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstausfall nicht anrechenbar ist (vgl. AVIG-Praxis KAE Rz B31 i.V.m. AVIG-Praxis

© Kanton St.Gallen 2026

ALE Rz B95 ff.). In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse anerkennt das Bundesgericht, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden kann (vgl. beispielhaft Urteil des Bundesgerichts vom 25. Juni 2020, 8C_261/2020, E. 3.3).

2.4. Am 20. März 2020 erliess der Bundesrat zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der COVID-19-Epidemie unter anderem die Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033, AS 2020 877), welche rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft trat (Art. 9 Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung) und Änderungen bei der Kurzarbeitsentschädigung vornahm sowie Erleichterungen für den Leistungsbezug einführte. Gemäss dieser Verordnung hatten im hier interessierenden Zeitraum ab 15. November 2020 Arbeitnehmende auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterlag (mehr als 20 %) in Abweichung von den Art. 31 Abs. 3 lit. a und 33 Abs. 1 lit. b AVIG ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, sofern sie seit mindestens sechs Monaten unbefristet in dem Unternehmen arbeiteten, das Kurzarbeit anmeldete. Der Arbeitsausfall wurde auf der Basis der letzten sechs oder 12 Monate vor Beginn der Kurzarbeit für die betroffenen Arbeitnehmenden auf Abruf berechnet und der für sie günstigste Arbeitsausfall berücksichtigt (vgl. Art. 8f Abs. 1 und Abs. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in der vorliegend anwendbaren, rückwirkend per 1. September 2020 in Kraft getretenen Fassung vom 8. Oktober 2020, welche sich auf Art. 17 Abs. 1 lit. e des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der COVID-19-Epidemie [COVID-19-Gesetz; SR 818.102] stützt).

3.

3.1. Den im Recht liegenden Arbeitsverträgen der betroffenen Mitarbeitenden lässt sich jeweils unter dem Titel "Tätigkeiten" nebst der Position der Angestellten (z.B. "Mitarbeiter", "Leitung Z.___" oder "Y.___") das angestrebte ungefähre Arbeitspensum (z.B. "ca. 40-60 %", "ca. 20 %", oder "ca. 5-10 %") entnehmen. Unter dem Titel "Arbeitszeit" wird jedoch jeweils ausdrücklich festgehalten, der Arbeitnehmer werde entsprechend seiner Verfügbarkeit und nach dem Bedarf der Beschwerdeführerin eingesetzt. Der Bedarf richte sich nach den saisonalen Kundenbedürfnissen und dem momentanen Arbeitsanfall. Für den Arbeitnehmer bestehe keine Pflicht zur Abrufbereitschaft, so dass er diesbezüglich auch keine Ansprüche geltend machen könne. Der Arbeitnehmer habe keinen Anspruch darauf, eine Mindeststundenzahl bei der Beschwerdeführerin beschäftigt zu werden. Die Arbeitszeit entspreche jedoch grundsätzlich im jährlichen Durchschnitt ungefähr dem unter dem Titel "Tätigkeiten" erwähnten Pensum, wobei die Beschwerdeführerin dieses Pensum in keiner Weise

© Kanton St.Gallen 2026

garantiere. Das Ein- und Ausloggen beim Mitarbeitereingang bei Arbeitsbeginn und -ende sei obligatorisch. Weiter wird festgehalten, die Beschwerdeführerin sei ein saisonaler Betrieb. Die Hauptsaison finde von Oktober bis März statt. In dieser Zeit falle auch die meiste Arbeit (ca. 130 %) an. Nebensaison seien April, Mai und September (ca. 100 % Arbeitsanfall). Off-Saison seien Juni bis August (ca. 70 % Arbeitsanfall). Die momentanen X.___-verhältnisse hätten grossen Einfluss auf die momentane Auslastung und müssten in der täglichen Planung mitberücksichtigt werden (vgl. act. G4.1/333 ff.).

3.2. Auch wenn in den Arbeitsverträgen das angestrebte Pensum erwähnt wird, können sich die Mitarbeitenden gestützt auf diese Formulierung somit nicht darauf verlassen, in einem bestimmten Mindestpensum beschäftigt zu werden. Damit wurde, wie die Beschwerdeführerin in der Beschwerde (act. G1) auch selbst einräumt, eben gerade keine Mindeststundenzahl vereinbart. Vielmehr geht aus der von der Beschwerdeführerin gewählten Formulierung ausdrücklich hervor, dass die Arbeitnehmenden keinen Anspruch darauf haben, für eine Mindeststundenzahl bei der Beschwerdeführerin beschäftigt zu werden. Dementsprechend garantiert die Beschwerdeführerin kein jährliches Mindestpensum und will sich offensichtlich auch nicht verpflichten, die neuen Mitarbeitenden tatsächlich in einem bestimmten Umfang zu beschäftigen. Angesichts der Tatsache, dass die Arbeitsverträge während und in Kenntnis der andauernden Corona-Epidemie abgeschlossen wurden, musste allen Beteiligten bewusst sein, dass Arbeitsausfälle namentlich wegen Massnahmen des Bundes oder des Kantons zur Bekämpfung der Epidemie jederzeit wieder möglich sein würden. Die gewählte Formulierung deutet darauf hin, dass die Beschwerdeführerin ihr Unternehmerrisiko als Arbeitgeberin durch eine gewisse Unverbindlichkeit betreffend Arbeitspensum minimieren wollte.

3.3. Dass sich die Arbeitseinsätze einerseits am Bedarf der Beschwerdeführerin orientierten, andererseits entsprechend der Verfügbarkeit der Arbeitnehmenden vergeben wurden und explizit keine Pflicht zur Abrufbereitschaft etabliert wurde, deutet auf unechte Arbeit auf Abruf hin. Demnach kommen die Arbeitseinsätze grundsätzlich im gegenseitigen Einverständnis zustande. Dies schliesst nicht aus, dass die Beschwerdeführerin jeweils im Vormonat unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit der Arbeitnehmenden einen Dienstplan ausarbeitete, der hernach von den Arbeitnehmenden stillschweigend angenommen wurde.

3.4. Denkbar wäre zwar auch, dass die Vertragsparteien eigentliche Teilzeitarbeit mit unregelmässigen Arbeitszeiten bei wechselnden Einsatzplänen angestrebt haben. Dagegen sprechen jedoch die bereits im Voraus absehbaren starken saisonalen und X.___-bedingten Schwankungen bei der anfallenden Arbeit, die ausdrückliche Feststellung im Arbeitsvertrag, dass kein Mindestpensum garantiert werde, und der

Hinweis darauf, dass keine Pflicht zur Abrufbereitschaft bestehe. Hätten die Vertragsparteien keine (unechte) Arbeit auf Abruf vereinbaren wollen, wäre insbesondere dieser letzte Hinweis nicht erforderlich gewesen. Zudem ergibt sich aus der von der Beschwerdeführerin eingereichten Tabelle der von den betroffenen Arbeitnehmenden geleisteten Arbeitsstunden pro Monat, dass auch tatsächlich beträchtliche Schwankungen der Arbeitspensen pro Monat auftraten (soweit für die Monate August bis November ein Durchschnitt errechnet werden konnte, waren die Abweichungen jeweils grösser als 10 %, in einigen Fällen auch grösser als 20 %; vgl. act. G2.2). Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die Arbeitnehmenden hätten trotz coronabedingten Unwägbarkeiten mehr oder weniger stabile Stundenzahlen vor dem Lockdown erreicht (vgl. act. G4.1/196 ff.), trifft demnach auf diese Mitarbeitenden nicht zu.

3.5. Anhand des Arbeitsvertrags der betroffenen Arbeitnehmenden lässt sich nach dem Gesagten keine normale Arbeitszeit ermitteln. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Arbeitspläne können vorliegend eine arbeitsvertragliche Vereinbarung nicht ersetzen. Namentlich kann diesbezüglich nicht auf Erfahrungswerte eines repräsentativen Zeitrahmens von mindestens sechs Monaten zurückgegriffen werden, denn die strittigen Arbeitsverhältnisse dauerten allesamt noch nicht sechs Monate (vgl. act. G4.1/333 ff.). Da sich mangels normaler Arbeitszeit der Arbeitsausfall nicht bestimmen lässt, spielt es keine Rolle, dass die geleistete Arbeit der betroffenen Mitarbeitenden mittels Arbeitszeiterfassung ausreichend – gemäss der Beschwerdeführerin sogar auf die Minute genau (vgl. act. G4.1/196 ff.) – kontrollierbar ist. Denn die beiden Voraussetzungen (Bestimmung der normalen Arbeitszeit und Kontrollierbarkeit der tatsächlich geleisteten Arbeit) müssen kumulativ erfüllt sein, damit Kurzarbeitsentschädigung geleistet werden kann.

3.6. Zwar wird von der Rechtsprechung bei flexiblen Arbeitszeiten und lückenloser Dokumentation der effektiven Arbeitsauslastung unter Umständen ein anrechenbarer Arbeitsausfall bejaht. Hierfür ist jedoch ein genügend langer Beobachtungszeitraum erforderlich, wobei das Arbeitspensum umso weniger schwanken darf, je kürzer der Beobachtungszeitraum ist (vgl. E. 2.2 vorstehend). In der Praxis wird ein Beobachtungszeitraum von mindestens sechs Monaten bei einer monatlichen Abweichung von maximal 10 % vom Durchschnitt gefordert. Bei einem Beobachtungszeitraum von 12 Monaten wird eine Schwankung von höchstens 20 % akzeptiert (vgl. E. 2.3 vorstehend). Der Bundesrat hat diese Praxis mit der Regelung in der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung nicht vollständig ausser Kraft gesetzt, sondern im Hinblick auf die erforderliche Mindestdauer des Beobachtungszeitraums sogar noch gestärkt. Er hat die Praxis lediglich insofern modifiziert, als vorübergehend auch dann Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung

© Kanton St.Gallen 2026

geltend gemacht werden konnte, wenn der Beschäftigungsgrad eines seit mindestens sechs Monaten unbefristet angestellten Arbeitnehmenden auf Abruf um mehr als 20 % schwankte (vgl. Art. 8f Abs. 1 und Abs. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in der Fassung vom 8. Oktober 2020).

3.7. Die Beibehaltung einer vorbestehenden Mindestdauer des Arbeitsverhältnisses von sechs Monaten erscheint auch mit Blick auf den Sinn der Gesetzgebung angezeigt. Auf diese Weise wird das Risiko von willkürlichen Ergebnissen bei der Bestimmung der normalen Arbeitszeit bzw. des Arbeitsausfalls – beispielsweise gestützt auf einen Arbeitseinsatz von einem Monat Dauer – reduziert und gleichzeitig einem möglichen Missbrauch des Instruments der Kurzarbeit vorgebeugt.

3.8. Aus dem von ihr angeführten Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts kann die Beschwerdeführerin vorliegend nichts zu ihren Gunsten ableiten, da die zugrundeliegenden Sachverhalte nicht vergleichbar sind. In dem vom Bundesverwaltungsgericht zu beurteilenden Fall waren lediglich mündliche Arbeitsverträge abgeschlossen worden, auf welche jedoch ein Landesmantelvertrag anwendbar war. Zudem hatten jene Arbeitsverhältnisse bereits über Jahre angedauert, sodass das Bundesverwaltungsgericht mit Blick auf diesen langen Beobachtungszeitraum von einer Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls ausging (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. November 2014, B-247/2013).

4.

4.1. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin mit den betroffenen Arbeitnehmenden einen Vertrag über (unechte) Arbeit auf Abruf abgeschlossen hat. Unabhängig von der Qualifikation des Arbeitsvertrags lässt sich vorliegend auch mithilfe der Arbeitspläne und der kontrollierbaren Arbeitszeiterfassung insbesondere mit Blick auf die kurze Anstellungsdauer (weniger als sechs Monate) und die Schwankungen im Beschäftigungsgrad der einzelnen Arbeitnehmenden keine normale Arbeitszeit und folglich auch kein Arbeitszeitausfall bestimmen. Auch aus der Erweiterung des Kreises der Anspruchsberechtigten durch die COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Beschwerde ist somit abzuweisen.

4.2. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. f^{bis} des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

© Kanton St.Gallen 2026

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

© Kanton St.Gallen 2026