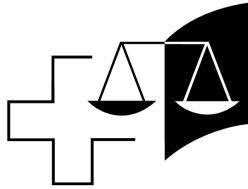


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**8C\_272/2021**

**Urteil vom 17. November 2021**

**I. sozialrechtliche Abteilung**

Besetzung

Bundesrichter Maillard, Präsident,  
Bundesrichterin Heine, Bundesrichter Wirthlin, Bundesrichterin Viscione, Bundesrichter  
Abrecht,  
Gerichtsschreiberin Polla.

Verfahrensbeteiligte

Dienststelle Wirtschaft und Arbeit (WAS), Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern,  
Bürgerstrasse 12, 6005 Luzern,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

A. \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Schwegler,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung (Kurzarbeitsentschädigung; Rückerstattung),

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Luzern vom 26. Februar 2021 (5V 20  
396).

**Sachverhalt:**

**A.**

Die A. \_\_\_\_\_ beantragte als Betreiberin eines Restaurants infolge Umsatzrückgangs  
aufgrund der Corona-Pandemie bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern  
Kurzarbeitsentschädigung für den gesamten Betrieb vom 16. März bis 31. Juli 2020. Mit  
Verfügung vom 19. März 2020 erhob die Kantonale Amtsstelle (KAST) und Recht, WAS

wira Luzern, keinen Einspruch dagegen und ermächtigte die Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern, der A. \_\_\_\_\_ für die Zeit vom 16. März bis 15. Juni 2020 Kurzarbeitsentschädigung auszurichten, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Am 29. April 2020 richtete die Arbeitslosenkasse die Entschädigung für den Monat März 2020 aus. Am 22. Mai 2020 forderte sie mit der Auszahlung für den Monat April 2020 zu viel ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung den Monat März 2020 betreffend zurück, da während der Gültigkeit des summarischen Abrechnungsverfahrens für Angestellte im Monatslohn keine Feiertags- und Ferienentschädigung hätte ausgerichtet werden dürfen. Auf die gleiche Weise berechnete sie den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Monate April und Mai 2020. Daran hielt die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 28. Juli 2020 und Einspracheentscheid vom 1. Oktober 2020 fest.

## **B.**

Die hiergegen erhobene Beschwerde hiess das Kantonsgericht Luzern mit Urteil vom 26. Februar 2021 in dem Sinne gut, dass es den Einspracheentscheid vom 1. Oktober 2020 aufhob und die Sache an die Arbeitslosenkasse zurückwies, damit diese nach weiteren Abklärungen gemäss den Erwägungen neu verfüge.

## **C.**

Die Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern führt dagegen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt die Aufhebung des vorinstanzlichen Urteils vom 26. Februar 2021.

Die A. \_\_\_\_\_ schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Das Kantonsgericht beantragt ebenfalls deren Abweisung. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) stellt das Rechtsbegehren, in Gutheissung der Beschwerde sei das kantonale Urteil vom 26. Februar 2021 aufzuheben und der Einspracheentscheid vom 1. Oktober 2020 zu bestätigen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1.** Beim angefochtenen Rückweisungsentscheid handelt es sich, da das Verfahren noch nicht abgeschlossen wird und die Rückweisung auch nicht einzig der Umsetzung des oberinstanzlich Angeordneten dient (SVR 2008 IV Nr. 39 S. 131, 9C\_684/2007 E. 1.1), um einen - selbstständig eröffneten - Vor- oder Zwischenentscheid im Sinne von Art. 93 BGG ([BGE 133 V 477](#) E. 4.2 mit Hinweisen). Die Zulässigkeit der Beschwerde setzt somit - alternativ - voraus, dass der Entscheid einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a) oder dass die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde (Art. 93 Abs. 1 lit. b).

**1.2.** Nach der Rechtsprechung liegt bei einem Rückweisungsentscheid, welcher - wie vorliegend - der Verwaltung Vorgaben für den Erlass einer ihres Erachtens rechtswidrigen Verfügung macht, für diese ein nicht wieder gutzumachender Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG vor (Urteil 8C\_17/2021 vom 20. Mai 2021 E. 1.2, zur Publikation vorgesehen; [BGE 133 V 477](#) E. 5.2; Urteil 8C\_682/2007 vom 30. Juli 2008 E. 1.2.2, nicht publ. in: [BGE 134 V 392](#)). Auf die Beschwerde der Arbeitslosenkasse ist demnach einzutreten.

## 2.

**2.1.** Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ([BGE 141 V 234](#) E. 1 mit Hinweisen).

**2.2.** Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

## 3.

### 3.1.

**3.1.1.** Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie die Sache zur Neuberechnung der Kurzarbeitsentschädigung für die Monate März bis Mai 2020 - unter Berücksichtigung von Ferien- und Feiertagsentschädigungen für die im Monatslohn beschäftigten Arbeitnehmenden - an die Beschwerdeführerin zurückwies. Unbestritten ist dabei, dass bei Monatslöhnern die Ferien- und Feiertage arbeitgeberseitig normalerweise nicht als eigentliche Zulagen, sondern in Form von Zeit entschädigt werden (bezahlte Ferien- und Feiertage).

Ebenso unstrittig wird im Normalverfahren diesem Umstand bei den Monatslöhnern insofern Rechnung getragen, als bei Arbeitnehmenden im Monatslohn der anrechenbare Stundenverdienst so ermittelt wird, dass der massgebende Monatsverdienst durch die durchschnittlichen pro Monat zu leistenden Arbeitsstunden dividiert wird und sich dabei die pro Monat durchschnittlich zu leistenden Arbeitsstunden aus der Jahresarbeitszeit abzüglich des Ferien- und Feiertagsanspruchs geteilt durch 12 ermitteln (vgl. Weisung des SECO in AVIG-Praxis KAE E10). Durch diesen Abzug des Ferien- und Feiertagsanspruchs von der Jahresarbeitszeit (Netto-Jahresarbeitszeit) verkleinert sich die Monatsarbeitszeit als Divisor, was sich zugunsten des anrechenbaren Stundenverdienstes auswirkt, weil damit bei der Division des massgebenden Monatsverdienstes durch die Netto-Jahresarbeitszeit ein höherer anrechenbarer Stundenverdienst resultiert (vgl. AVIG-Praxis KAE E9). Insoweit und in diesem Sinne werden im Normalverfahren die Ferien- und Feiertage der im Monatslohn Beschäftigten ebenfalls bei der Bemessung des Entschädigungsanspruchs berücksichtigt, obwohl sie - im Gegensatz zu den im Stundenlohn Angestellten - keinen Prozentschlag auf den Lohn für Ferien- und Feiertage erhalten (vgl. AVIG-Praxis KAE E9 und E. 11).

**3.1.2.** Art. 34 AVIG sieht vor, dass die Kurzarbeitsentschädigung 80 Prozent des anrechenbaren Verdienstauffalls beträgt (Abs. 1). Massgebend ist, bis zum Höchstbetrag für

die Beitragsbemessung (Art. 3 AVIG), der vertraglich vereinbarte Lohn in der letzten Zahltagsperiode vor Beginn der Kurzarbeit. Eingeschlossen sind Ferienentschädigungen und die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht während der Kurzarbeit weiter bezahlt werden oder Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen sind. Die durch Gesamtarbeitsvertrag vereinbarten und während der Kurzarbeit eintretenden Lohnerhöhungen werden mitberücksichtigt (Abs. 2).

**3.1.3.** Die Vorinstanz wies ferner korrekt auf die Rechtsnatur von Verwaltungsverordnungen hin. Zu betonen ist, dass sich Verwaltungsverordnungen an die Behörden richten und für die Gerichte nicht verbindlich sind (vgl. dazu [BGE 141 III 401](#) E. 4.2.2 mit Hinweisen). Die Unterart der vollzugslenkenden Verwaltungsverordnungen kann namentlich dazu dienen, eine einheitliche Handhabung des Verwaltungsermessens sicherzustellen. Obwohl für das Gericht nicht verbindlich, sind Verwaltungsweisungen aber zu berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (statt vieler: [BGE 140 V 543](#) E. 3.2.2.1 mit Hinweisen).

## **3.2.**

**3.2.1.** Die Vorinstanz erkannte, bei der Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung im Normalverfahren würden gestützt auf Art. 34 Abs. 2 AVIG sowohl bei Angestellten im Monats- als auch bei solchen im Stundenlohn die Ferien- und Feiertage bei der Ermittlung des anrechenbaren Stundenverdienstes, der als Basis für die Berechnung des Kurzarbeitsentschädigungsanspruchs diene, mitberücksichtigt. Dies sei unbestritten. Der Ausschluss von Ferien- und Feiertagsentschädigungen nach Art. 34 Abs. 2 AVIG bei Monatslöhnern werde von der Beschwerdeführerin mit dem gemäss Art. 8i der Verordnung des Bundesrates über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) anwendbaren Summarverfahren (und dem damit zwingend zu verwendenden Formular des SECO für die pauschalisierte Abrechnung) begründet. Bei den in Art. 8i Abs. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung erwähnten "Sollstunden" sei aber nicht klar, ob damit Brutto- oder Netto-Sollstunden gemeint seien. Im Normalverfahren werde mit der Netto-Jahresarbeitszeit (d.h. Nettojahres-Sollstunden) bei der Berechnung des anrechenbaren Stundenverdienstes von Monatslöhnern gerechnet. Demgegenüber verwende die Beschwerdeführerin im Summarverfahren die jährliche Brutto-Sollarbeitszeit, womit bei Angestellten im Monatslohn Ferien und Feiertage unberücksichtigt blieben, die daher durch den Arbeitgeber zu entlöhen seien. Dementgegen könne der Arbeitgeber bei der Berechnung der AHV-pflichtigen Lohnsumme für Stundenlöhner einen Ferien-/Feiertagszuschlag zum Lohn addieren. Durch den in Art. 8i Abs. 3 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung verwendeten Begriff "massgebenden Verdienst" ergebe sich nicht, dass in Abweichung von Art. 34 Abs. 2 AVIG Monatslöhner bei der Anwendung des Summarverfahrens keinen Anspruch auf Ferien- und Feiertagsentschädigung haben sollen. Hieraus könne insbesondere nicht geschlossen werden, dass damit ausschliesslich der AHV-pflichtige massgebende Monatslohn nach Art. 5 AHVG heranzuziehen sei. Art. 8i Abs. 2 und 3 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung seien zusammenfassend keine hinreichend bestimmte, klare Rechtsgrundlage für die Nichtberücksichtigung von Ferien- und Feiertagen bei der

Berechnung von Kurzarbeitsentschädigung von Angestellten im Monatslohn. Dies gelte auch für Art. 8i Abs. 1 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, welcher einzig bestimme, dass der anrechenbare Verdienstaufschlag im summarischen Verfahren berechnet und die Kurzarbeitsentschädigung von 80 % als Pauschale ausgerichtet werde. Eine materielle, inhaltliche Abweichung im Sinne von gesetzlich vorgesehenen Lohnbestandteilen nach Art. 34 Abs. 2 AVIG könne dem Wortlaut von Art. 8i Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung nicht entnommen werden.

**3.2.2.** Die Vorinstanz führte weiter aus, eine solche Absicht ergebe sich ebenso wenig aus den Materialien. In der Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020 (nachfolgend: Botschaft vom 12. August 2020, BBl 2020 2068 S. 6563 ff.) sei einzig von der Notwendigkeit der Vereinfachung des Anmeldungs- bzw. Abrechnungsverfahrens und der gesetzlichen Ermächtigung der verordnungsweisen Abweichung vom AVIG die Rede. Ausdrücklich genannt werde der Verzicht auf eine Abrechnung pro einzelnen Mitarbeitenden beim Entschädigungsverfahren. Etwas anderes lasse sich auch nicht aus den undatierten Erläuterungsschreiben des SECO zur Einführung von Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ableiten. Es werde darin nur auf mögliche Differenzen zum Normalverfahren im Zusammenhang mit unterschiedlich hohen Löhnen und Ausfallstunden der einzelnen Mitarbeitenden hingewiesen (vgl. Botschaft vom 12. August 2020, BBl 2020 2068 S. 6616 und Erläuterungen des SECO zur Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19]: COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, insbes. zu Art. 8i, abrufbar unter: <https://docplayer.org/191218658-Erlaeuterungen-seco-eidgenoessischesdepartement-fuer-wirtschaft-bildung-und-forschung-wbf-staatssekretariat-fuer-wirtschaft-seco.html>; zuletzt besucht am 7. September 2021).

Durch die fehlende Berücksichtigung von während der Kurzarbeit entstandenen Ferien- und Feiertagsansprüchen der Monatslöhner im Summarverfahren würde ein Grossteil der Arbeitgebenden, insbesondere kleinere und mittlere, eher im Tieflohnsektor tätige Betriebe, schlechtergestellt gegenüber dem Abrechnungsmodus im Normalverfahren. Durch diese ausdrücklich nicht gewollte und daher nach Möglichkeit zu verhindernde bzw. zu minimierende Schlechterstellung verletze die Arbeitslosenkasse mit ihrer praktizierten Vorgehensweise das Legalitätsprinzip bzw. den in Art. 5 BV verankerten Grundsatz der Gesetzmässigkeit. Es fehle an einer rechtsgleichen Behandlung von Arbeitgebern, die ohne gesetzliche Grundlage rein aufgrund der vereinbarten Entlohnungsform ihrer Angestellten (Stunden- oder Monatslohn) bei der konkreten Entschädigung für die Lohnsumme in Bezug auf die ausgefallenen Arbeitsstunden im Vergleich schlechter- oder bessergestellt würden. Die gesetzlich vorgesehene Kurzarbeitsentschädigung auf den Ferien- und Feiertagsansprüchen der Monatslöhner müsse auch im Summarverfahren gewährt werden, was mittels einer Pauschale geschehen könne. Die Berücksichtigung eines solchen pauschalen Ferien- und Feiertagszuschlags - sei es bei der Berechnung des "prozentualen wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls" oder bei der "Lohnsumme für die ausgefallenen Stunden" - verunmögliche ein einfaches und rasches Summarverfahren nicht. Zusammenfassend liege mit Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung keine ausreichende normative Grundlage vor, die ein Abweichen von Art. 34 Abs. 2 AVIG rechtfertige. Die Verwaltung könne sich auch nicht allein auf die Weisung des SECO vom 27. August 2020 an die kantonalen Arbeitsämter und öffentlichen und privaten Arbeitslosenkassen oder das Formular "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung" im summarischen Verfahren und die dazugehörigen "FAQ" berufen, da diese als Verwaltungsverordnungen zu bezeichnenden Weisungen keine selbstständigen Rechtsquellen des Verwaltungsrechts

bildeten. Sie verstiesen gegen das übergeordnete und weiterhin geltende Gesetzesrecht gemäss Art. 34 Abs. 2 AVIG.

Die Vorinstanz wies die Sache daher gestützt auf ihre Darlegungen an die Beschwerdeführerin zurück, damit diese, zumindest unter pauschaler Berücksichtigung der Ferien- und Feiertagsentschädigung für alle anspruchsberechtigten Angestellten, über den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Monate März bis Mai 2020 neu verfüge.

**3.3.** Die Beschwerdeführerin stellt sich dagegen auf den Standpunkt, der massgebende Verdienst gemäss Art. 34 Abs. 2 AVIG entspreche, mit Ausnahme der Inkonvenienzentschädigung, dem massgebenden Lohn im Sinne der AHV-Gesetzgebung. Darin eingeschlossen seien nach dem Wortlaut von Art. 34 Abs. 2 AVIG Ferienentschädigungen und andere Zulagen. Damit sei einzig eine "zusätzlich zum Grundlohn ausbezahlte lohnprozentuale Ferienabgeltung" gemeint, wie dies beispielsweise bei Anstellungsverhältnissen im Stundenlohn der Fall sei. So werde rechtsprechungsgemäss differenziert zwischen Ferienentschädigungen als Lohnzuschlag für Arbeitnehmende im Stundenlohn und Ferienlohn (bzw. Realbezug der Ferien) bei Arbeitnehmenden im Monatslohn. Arbeitnehmende im Monatslohn erhielten keine Ferienentschädigung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 AVIG. Weiter widerspreche die Verwendung der Brutto-Sollarbeitszeit im summarischen Verfahren Art. 34 Abs. 2 AVIG nicht. Kurzarbeitsentschädigung komme nur für wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden in Betracht und nicht für ferien- oder feiertagsbedingte Ausfallstunden. Für den Lohn während Ferien- und Feiertagen müssten die Arbeitgebenden aufkommen. Die gemäss Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenentschädigung zur Anwendung gelangende Berechnungsweise berücksichtige die Ferienentschädigungen von Art. 34 Abs. 2 AVIG vollumfänglich. Die Verwaltungsweisungen des SECO stünden damit nicht im Widerspruch.

**3.4.** Das SECO führt in seiner Stellungnahme ergänzend aus, werde der Ferien- oder Feiertagslohn bei unregelmässigen Arbeitsverhältnissen mit dem laufenden Lohn ausbezahlt, gehöre die Ferien- und Feiertagsentschädigung zum massgebenden Lohn (Art. 7 Abs. 1 lit. o AHVV) und werde bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung berücksichtigt. Art. 34 Abs. 2 AVIG sei so zu verstehen, dass damit nur die effektiv mit dem letzten Lohn ausgerichtete Ferien- und Feiertagsentschädigung gemeint sei. Es handle sich dabei um einen zulässigen und AHV-pflichtigen Lohnzuschlag, der bei Angestellten im Stundenlohn üblich sei. Es widerspreche Art. 34 Abs. 2 AVIG, wenn für Arbeitnehmende im Monatslohn eine Ferienentschädigung, die effektiv nie zur Auszahlung gelange und daher auch nicht bei der Beitragsbemessung im Sinne der AHV-Gesetzgebung herangezogen werden könne, als massgebender Lohn qualifiziert werde. Hinsichtlich des mit Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung eingeführten vereinfachten Abrechnungsverfahrens für die Kurzarbeitsentschädigung sei ein Vergleich mit dem ordentlichen Abrechnungsverfahren nicht zulässig. Die zwei verschiedenen Berechnungsmethoden führten nicht zwingend zu einem gleichen Leistungsanspruch. Innerhalb der geltenden Rechtsbestimmungen würden alle Bezüger von Kurzarbeitsentschädigung gleich behandelt. Im ordentlichen Abrechnungsverfahren werde bei Angestellten im Monatslohn aus dem massgebenden Monatsverdienst der anrechenbare Stundenverdienst ermittelt, indem jener durch die durchschnittlich pro Monat zu leistenden Arbeitsstunden dividiert werde. Die pro Monat durchschnittlich zu leistenden Arbeitsstunden ermittelten sich aus der Jahresarbeitszeit abzüglich des Ferien- und Feiertagsanspruchs dividiert durch 12. Durch den Abzug der Ferien und Feiertage falle der anrechenbare Stundenverdienst (zugunsten der Arbeitgeber) etwas höher aus, es handle sich aber nicht um eine Ferienentschädigung im Sinne von Art. 34 Abs. 2 AVIG. Im vereinfachten Verfahren werde die Kurzarbeitsentschädigung summarisch für den

ganzen Betrieb und nicht pro arbeitnehmende Person berechnet. Für die Berechnung des wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls würden die Brutto-Sollstunden (also ohne Abzug der Ferien und Feiertage) aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden summiert und durch die Summe der Ausfallstunden aller von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden dividiert, woraus die summarische Ausfallquote resultiere. Beim Verdienstaussfall werde ebenfalls die AHV-pflichtige Lohnsumme aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden summiert. D.h., wenn diese bei Personen im Stundenlohn eine Ferienentschädigung enthalte, gehöre sie dazu. Die im summarischen Verfahren als Pauschale ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung bemesse sich für den ganzen Betrieb anhand des anrechenbaren Arbeits- und Verdienstaussfalls. So werde der Verdienstaussfall als Summe für alle Arbeitnehmenden und der Arbeitsausfall als Prozentsatz für den ganzen Betrieb und nicht für den einzelnen Arbeitnehmenden berechnet. Auch im summarischen Verfahren werde die Bestimmung von Art. 34 Abs. 2 AVIG hinsichtlich der Lohnbestandteile, die als massgeblicher Verdienst gelten, vollumfänglich eingehalten.

#### 4.

Das Verfahren zum Erlass von Gesetzes- und Verordnungsrecht ist auf Bundesebene durch die ausserordentliche Lage im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie einer besonderen Dynamik unterworfen. Die Dringlichkeit der Massnahmen brachte es mit sich, dass in hoher Kadenz Notverordnungen erlassen, aufgehoben und ersetzt wurden, ohne dass eine in allen Teilen handwerklich ausgereifte, wohl durchdachte Rechtsetzung im Fokus stehen konnte. Aufgrund dieses dynamischen Geschehens erliess der Bundesrat seit dem 13. März 2020 verschiedene Verordnungen zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie. Diese stützen sich auf das Epidemiengesetz (EpG; SR 818.101), namentlich dessen Art. 7, oder unmittelbar auf Art. 185 Abs. 3 BV. Mit dem Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) wurde die Basis für die Fortführung der bereits in verfassungsunmittelbaren Verordnungen nach Art. 185 Abs. 3 BV beschlossenen Massnahmen geschaffen (vgl. Botschaft vom 12. August 2020, BBl 2020 2068 S. 6563 ff.). Der Bundesrat erhielt besondere Befugnisse zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und zur Bewältigung der Auswirkungen der getroffenen Massnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden. So kann der Bundesrat nach Art. 17 Abs. 1 lit. d Covid-19-Gesetz vom AVIG abweichende Bestimmungen über den Ablauf des Verfahrens zur Voranmeldung von Kurzarbeit und zur Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung sowie die Form von deren Auszahlung erlassen.

Als ein erfolgreiches Instrument zur Abfederung der durch die angeordneten Einschränkungen bei verschiedenen wirtschaftlichen Tätigkeiten entstandenen schwierigen Arbeitsmarktsituation zielt die Kurzarbeitsentschädigung darauf ab, die wirtschaftlichen Folgen von Beschäftigungseinbrüchen auszugleichen, um Arbeitsplätze zu erhalten. Aufgrund der hohen Anzahl an Gesuchen um Kurzarbeitsentschädigung wurde das summarische, pauschalisierte Abrechnungsverfahren eingeführt. Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, in der hier anwendbaren, vom 1. März bis 31. August 2020 gültig gewesenen Fassung (AS 2020 1201) sieht vor, dass während der Gültigkeit dieser Verordnung der anrechenbare Verdienstaussfall im summarischen Verfahren berechnet, und die Kurzarbeitsentschädigung von 80 Prozent als Pauschale ausgerichtet wird (Abs. 1). Der prozentuale wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall bestimmt sich aus dem Verhältnis der Summe wirtschaftlich bedingter Ausfallstunden der von Kurzarbeit betroffenen Personen zur Summe der Sollstunden aller anspruchsberechtigten Personen (Abs. 2). Der anrechenbare Verdienstaussfall entspricht dem Anteil des wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls an der Summe der massgebenden Verdienste aller anspruchsberechtigten Personen (Abs. 3). Die ab

1. September 2020 gültige Fassung von Abs. 1 lautet wie folgt: In Abweichung von Artikel 34 Absatz 2 und 38 Absatz 3 Buchstabe b AVIG wird der anrechenbare Verdienstausschlag im summarischen Verfahren berechnet, und die Kurzarbeitsentschädigung von 80 Prozent wird als Pauschale ausgerichtet (AS 2020 3570).

## **5.**

**5.1.** Wie unbestritten ist, wird im ordentlichen Abrechnungsverfahren der Kurzarbeitsentschädigung eine Gleichbehandlung von Arbeitnehmenden im Monats- und Stundenlohn dadurch gewährleistet, dass bei Arbeitnehmenden unabhängig davon, ob sie im Stunden- oder Monatslohn angestellt sind, die Ferien und Feiertage, wenn auch aufgrund der unterschiedlichen Abrechnungsweise in je anderer Form, berücksichtigt werden. In Bezug auf die Arbeitnehmenden im Monatslohn stellte die Vorinstanz hierzu fest, dass bei der Berechnungsweise im Normalverfahren aufgrund des kleineren Divisors (Netto- anstelle der Brutto-Jahresarbeitszeit) der anrechenbare Stundenverdienst entsprechend höher ausfalle und bei den Arbeitnehmenden im Stundenlohn im Normalverfahren auf dem Stundenlohn ein Prozentschlag vorgenommen werde. Dies stimmt mit den Ausführungen des SECO zur Berechnung des anrechenbaren Stundenverdienstes im ordentlichen Abrechnungsverfahren entsprechend seiner Weisung gemäss AVIG-Praxis KAE Rz. E. 1 ff. überein (vgl. vorstehende E. 3.4). Ebenso wenig wird bestritten, dass sich diese Abrechnungsweise gemäss Normalverfahren auch bezüglich der Angestellten im Monatslohn auf Art. 34 Abs. 2 AVIG stützt, der seinem Wortlaut nach von "Ferienentschädigungen" und "vertraglich vereinbarten Zulagen" spricht. Stichhaltige Gründe, weshalb die bisherige, gefestigte Praxis der Arbeitslosenstellen im Rahmen des Normalverfahrens zur Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung in Frage zu stellen sein sollte, vermag die Beschwerdeführerin nicht zu nennen. Soweit sie letztinstanzlich rechtlich neu argumentiert, Art. 34 Abs. 2 AVIG könne sich nur auf Fälle beziehen, in denen eine vertraglich vereinbarte Ferienentschädigung tatsächlich abgerechnet und ausgerichtet worden sei, was fast ausschliesslich unregelmässig beschäftigte Arbeitnehmende im Stundenlohn betreffe, kann ihr demnach nicht gefolgt werden.

## **5.2.**

**5.2.1.** Hinsichtlich des Summarverfahrens nach Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung steht fest, dass die Arbeitslosenkasse für die Berechnung des wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls die Brutto-Sollstunden (ohne Abzug der Ferien und Feiertage) aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden durch die Summe der Ausfallstunden aller von Kurzarbeit Betroffenen dividiert, woraus eine summarische Ausfallquote resultiert (vgl. vorstehende E. 3.4).

**5.2.2.** Ziel der Einführung eines vereinfachten Verfahrens bei der Voranmeldung und eines summarischen Verfahrens für die Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung war die schnelle und unbürokratische Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung mit einer Reduzierung des administrativen Aufwands für die Arbeitgeber und die Verwaltung in der durch die Covid-19-Pandemie bedingten ausserordentlichen Situation, in welcher die Kurzarbeitsentschädigung in grossem Umfang zum Zug gelangte (vgl. Botschaft vom 12. August 2020, BBl 2020 6563, insbesondere S. 6585 f. u. S. 6613 ff.).

Mit der summarischen Gesamtabrechnung pro Betrieb auf der Basis der Lohnsumme aller Arbeitnehmenden bzw. der Summe ihrer Ausfallstunden werden gewisse Unterschiede im resultierenden Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gegenüber dem Normalverfahren



bewusst in Kauf genommen. Nachdem die Mitarbeitenden arbeitgeberseitig individuell 80 % des Lohnes in Bezug auf die Ausfallstunden erhalten, kann die Vergütung der Arbeitslosenkasse an den Arbeitgeber von der auszurichtenden Lohnsumme des Arbeitgebers an die Mitarbeitenden abweichen, da damit auf die Lohnhöhe und die konkreten Ausfallstunden des Einzelnen nicht individuell eingegangen wird, wie die Vorinstanz veranschaulichte (unter Hinweis auf MYRIAM MINNIG/CHRISTA KALBERMATTEN Kurzarbeitsentschädigungen - einen Prüfpunkt wert? eine Übersicht über die besonderen COVID-19-Regelungen und die grössten Stolpersteine in: Expert Focus 12/2020, S. 989 ff.). So fällt die Entschädigung tiefer aus, wenn Mitarbeitende mit tiefem Lohn tiefe Ausfallstunden aufweisen und solche mit hohem Lohn hohe Ausfallstunden. Dass diese Differenzen zur Erreichung des übergeordneten Ziels hingenommen werden müssen, ist unbestritten. Sie sind dem summarischen Verfahren ohne Abrechnung pro Arbeitnehmer geschuldet und gehen, wie die Vorinstanz zutreffend erkannte, mit dem auf Verordnungsstufe rechtlich verankerten Abrechnungsmodus einher.

### **5.3.**

**5.3.1.** Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die unterschiedliche Berechnungsweise im Summar- und im Normalverfahren, wie sie von der Beschwerdeführerin praktiziert wird - nebst den soeben aufgezeigten (abrechnungs) systembedingten, hinnehmbaren Differenzen - bezüglich der Angestellten im Monatslohn gegenüber denjenigen im Stundenlohn eine rechtsungleiche Behandlung mit sich bringt, die nicht durch das verordnungsweise eingeführte summarische Abrechnungsverfahren ihre hinreichende rechtliche Begründung findet, bedarf keiner letztinstanzlichen Korrektur. Im angefochtenen Urteil wird bundesrechtskonform aufgezeigt, dass die von der Arbeitslosenkasse vorgenommene Abrechnungsweise diejenigen Arbeitgeber benachteiligt, die Arbeitnehmende im Monatslohn beschäftigten, ohne dass sich ein solcher Wille des Ordnungsgebers aus Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ergibt. Die Schlussfolgerung der Vorinstanz, die bei der Auslegung dieser Bestimmung nicht nur den Wortlaut, sondern auch das teleologische und historische Element berücksichtigte, hält daher vor Bundesrecht stand. Darüber hinaus erscheint es nicht angebracht, diejenigen Arbeitgebenden schlechter zu stellen, die mit der Anstellung von Mitarbeitenden im Monatslohn grundsätzlich längerfristige und stabilere Arbeitsverhältnisse bieten.

**5.3.2.** Wie die Vorinstanz ferner in nicht zu beanstandender Weise darlegte, wurde Art. 34 Abs. 2 AVIG hinsichtlich der zu berücksichtigenden Lohnbestandteile auch während der Geltungsdauer von Art. 8i Covid-19-Verordnung und der damit verbundenen Einführung des summarischen Verfahrens nicht gänzlich ausser Kraft gesetzt, und zwar unabhängig davon, ob in Art. 8i Abs. 1 Covid-19-Verordnung eine Abweichung von Art. 34 Abs. 2 AVIG nicht (in der hier geltenden Fassung) oder ausdrücklich (in der ab 1. September 2020 geltenden Version) genannt wird (vgl. vorstehende E. 4). Nicht stichhaltig ist daher der Einwand in der Beschwerde, die Beschwerdegegnerin berufe sich in unzulässiger Weise auf "älteres Recht".

### **5.4.**

**5.4.1.** Diese gesetzliche Regelung nach Art. 34 Abs. 2 AVIG basiert auf der Rechtsprechung des ehemaligen Eidg. Versicherungsgerichts (heute: Sozialrechtliche Abteilungen des Schweizerischen Bundesgerichts; vgl. Botschaft zu einer Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 23. August 1989, BBl 1989 III 377 ff., S. 394). So äusserte sich dieses in [BGE 112 V 220](#) E. 2d u. a. zur Bedeutung der Abgeltung des

Ferienanspruchs in Form eines Zuschlages zum Stunden- oder Monatslohn für den versicherten Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG), zur Beitragszeit (Art. 13 Abs. 1 AVIG) sowie zum anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 11 Abs. 4 AVIG). Es bestätigte die Rechtsprechung gemäss [BGE 111 V 244](#) E. 3b, wonach die Ferienentschädigung Bestandteil des versicherten Verdienstes bildet. In [BGE 123 V 70](#) E. 5 änderte das Eidg. Versicherungsgericht diese bisherige Rechtsprechung dahingehend, dass - entsprechend dem Vorgehen der Arbeitslosenkasse - im Falle der Abgeltung des Ferienanspruchs in Form eines Lohnzuschlages resp. bei "Verzicht auf den Realbezug" die Ferienentschädigung nicht zum versicherten Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 AVIG gehört. Damit wolle die Verwaltung bei der Bemessung des versicherten Verdienstes eine Besserstellung jener Versicherten vermeiden, die ihre Ferien nicht real beziehen, sondern sich diese - entgegen der absolut zwingenden Schutzbestimmung des Art. 329d Abs. 2 OR - abgelten liessen. So gehöre im Falle der Abgeltung des Ferienanspruchs in Form eines Lohnzuschlages resp. bei "Verzicht auf den Realbezug" die Ferienentschädigung nicht zum versicherten Verdienst nach Art. 23 Abs. 1 AVIG. Das Eidg. Versicherungsgericht differenzierte dabei zwischen Realbezug und Abgeltung und nicht wie das SECO in der damals gültigen Verwaltungsweisung zwischen Stunden- und Monatslohn. Das Eidg. Versicherungsgericht führte hierzu aus, die gewählte Formulierung des SECO möge darin gründen, dass die Abgeltung des Ferienanspruchs, mithin der Verzicht auf den Realbezug, meistens bei solchen Versicherten anzutreffen sei, die im Stundenlohn bezahlt seien. In [BGE 125 V 42](#) wurde die Rechtsprechung gemäss [BGE 123 V 70](#) in dem Sinne präzisiert, dass im Falle der Abgeltung des Ferienanspruchs in Form eines Lohnzuschlages die Ferienentschädigung als versicherter Verdienst derjenigen Monate angerechnet werde, in denen Ferien, zusammenhängend oder an einzelnen Tagen, tatsächlich bezogen wurden. "Mit [BGE 123 V 70](#) sollte nur jenen Versicherten der Einbezug der lohnprozentualen Entschädigung in den versicherten Verdienst versagt werden, die überhaupt nicht frei nehmen, sondern ohne freie Tage ein volles Arbeitspensum erfüllen" (E. 6c). Im Falle der Abgeltung des Ferienanspruchs mittels Lohnzuschlages kann die Ferienentschädigung deshalb gemäss geltender Rechtsprechung nur als versicherter Verdienst derjenigen Monate angerechnet werden, in denen Ferien, zusammenhängend oder an einzelnen Tagen, tatsächlich bezogen werden ([BGE 144 V 195](#) E. 4.6.2; [125 V 42](#) E. 5b).

**5.4.2.** Was die Ermittlung der Beitragszeit betrifft, erkannte das Eidg. Versicherungsgericht mit [BGE 130 V 492](#), dass in Änderung der bis dahin geltenden Rechtsprechung ([BGE 112 V 220](#) E. 2d) die Abgeltung des Ferienanspruches in Form eines Zuschlages zum Stunden- oder Monatslohn nicht zu einer Erhöhung der anrechenbaren Beitragszeit entsprechend der auf Tage umgerechneten Ferienentschädigung führt. Art. 11 Abs. 3 AVIV, wonach die den Beitragszeiten gleichgesetzten Zeiten (Art. 13 Abs. 2 AVIG) und Zeiten, für die der Versicherte einen Ferienlohn bezogen hat, in gleicher Weise zählen, regle den Fall, wo die versicherte Person während der Dauer des Arbeitsverhältnisses tatsächlich Ferien bezogen habe. Ob während dieser arbeitsfreien Zeit der Lohn weiterhin ausbezahlt worden sei oder die Abgeltung in Form eines Zuschlages zum (Grund-) Lohn erfolgte, sei ohne Belang. Es könne sich insofern nach der Logik des Gesetzes unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Versicherten nicht anders verhalten als beim versicherten Verdienst. Fehle es am Merkmal des realen Bezugs von Ferien, könne Art. 11 Abs. 3 AVIV somit nicht, zumindest nicht unmittelbar, zur Anwendung gelangen. Durch Auszahlung einer Entschädigung für effektiv nicht bezogene Ferien könne grundsätzlich keine Beitragszeit entstehen (E. 4.3.1).

**5.4.3.** Hieraus erhellt, dass rechtsprechungsgemäss sowohl hinsichtlich der Bemessung des versicherten Verdienstes als der Ermittlung der Beitragszeit im Lichte des Gleichbehandlungsgebots nicht zwischen Lohnbezug während der Ferien oder Feiertage und

eigentlichem Ferien- oder Feiertagszuschlag unterschieden wird. Gleichzeitig ist ein realer Bezug der freien Tage Voraussetzung für die Berücksichtigung der Ferien- und Feiertagsentschädigung beim versicherten Verdienst oder bei der Beitragszeit. Diese Grundsätze der Gleichbehandlung von Lohnbezug während der Ferien oder Feiertage und eigentlichem Ferien- oder Feiertagszuschlag bei der Bemessungsweise von versichertem Verdienst und Beitragszeit in dem Sinne, dass sich die Art und Weise des Lohnbezugs hinsichtlich Ferien und Feiertage nicht auf das ziffernmässige Ergebnis auswirken soll, sind auch bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung nicht ausser Acht zu lassen.

## 6.

**6.1.** In Nachachtung des Gleichbehandlungsgebots muss das in E. 5.4 Dargelegte daher auch für Art. 34 Abs. 2 AVIG gelten. Diejenigen Versicherten, die während des Ferienbezugs ordentlichen Lohn für nicht geleistete Arbeit erhalten (vgl. Art. 7 Abs. 1 lit. o AHVV), sollen gleichgestellt sein mit Versicherten, denen - ob im Monats- oder im Stundenlohn angestellt - eine Ferienentschädigung zukommt. Dieser Grundsatz ist auch im Summarverfahren zu beachten. Zu betonen ist, dass die Beschwerdeführerin im Normalverfahren zur Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung eine Methode praktiziert, die in Berücksichtigung der Intention von Art. 34 Abs. 2 AVIG dem Gleichbehandlungsgebot Nachachtung verschafft. Diese Berechnungsweise im Normalverfahren nunmehr durch die Einführung des Summarverfahrens im Rahmen der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in Frage zu stellen, rechtfertigt sich nicht. Es verletzt vielmehr das Gesetzmässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV), wenn die Beschwerdeführerin im Zuge der Einführung des summarischen Abrechnungssystems bezüglich Kurzarbeitsentschädigung gestützt auf eine Verwaltungsweisung (vgl. vorstehende E. 3.1.3) Leistungseinschränkungen vornimmt, die weder Art. 34 Abs. 2 AVIG vorgibt noch durch die mit Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung eingeführte Abrechnungsweise ihre rechtliche Grundlage haben. Die Zulässigkeit dieser materiellen Ungleichbehandlung von nach Art. 34 Abs. 2 AVIG vorgesehenen Lohnbestandteilen lässt sich demnach, entgegen der Auffassung von Beschwerdeführerin und SECO, nicht aus Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ableiten. Diese Bestimmung normiert wohl die Anwendung eines summarischen Verfahrens mit pauschaler Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung ohne individuelle Berücksichtigung des Arbeits- und Verdienstauffalls der einzelnen von Kurzarbeit betroffenen Personen (vgl. vorstehende E. 4). Hieraus ergibt sich aber nicht, dass, im Sinne des Gleichbehandlungsgebots, die Ferien und Feiertage der im Monatslohn Angestellten nicht mehr in die Abrechnung einfließen dürfen. Wie die Ferien und Feiertage der Monatslöhner im Rahmen des summarischen Verfahrens bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung zu beachten sind, liess die Vorinstanz, unter Hinweis auf eine notwendige vertiefte Analyse durch die Verwaltung, explizit offen. Als denkbar erachtete sie beispielsweise eine pauschale Berücksichtigung der Ferien und Feiertage beim prozentualen wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall. Dem vorinstanzlichen Urteil lässt sich nicht entnehmen, dass zwingend eine fiktive Entschädigung bei der Bemessung des Anspruchs hinzuzurechnen sei, wovon Arbeitslosenkasse und SECO fälschlicherweise auszugehen scheinen.

**6.2.** Die von der Vorinstanz angeordnete Korrektur der Berechnungsweise der Kurzarbeitsentschädigung verletzt daher kein Bundesrecht. Für die zum Normalverfahren abweichende, vollständige Nichtberücksichtigung der Ferien und Feiertage bei Monatslöhnern, indem im summarischen Verfahren die Brutto-Sollstunden pro Jahr (ohne Abzug des Ferien- und Feiertagsanspruchs von der Jahresarbeitszeit) Berechnungsgrundlage

bilden, besteht keine hinreichende Regelung auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe. Die Vorinstanz wies demnach die Sache zu Recht an die Arbeitslosenkasse zurück, damit diese in zumindest pauschalisierter Form für alle Kurzarbeitsberechtigten die Ferien- und Feiertage berücksichtigt. Damit hat es beim vorinstanzlichen Urteil sein Bewenden.

7.

Die unterliegende Arbeitslosenkasse trägt die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1) und hat der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 2 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2800.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Luzern und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 17. November 2021

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Polla