

VBE.2024.146 / Im / bs

Art. 161

Urteil vom 3. Dezember 2024

Besetzung	Oberrichterin Peterhans, Vizepräsidentin Oberrichter Roth Oberrichterin Gössi Gerichtsschreiberin i.V. Mary
-----------	--

Beschwerde- führerin	A. _____ AG
-------------------------	--------------------

Beschwerde- gegnerin	Unia Arbeitslosenkasse , Kompetenzzentrum D-CH West, Monbijoustrasse 61, Postfach, 3001 Bern
-------------------------	--

Gegenstand	Beschwerdeverfahren betreffend AVIG (Einspracheentscheid vom 1. Februar 2024)
------------	--

Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:

1.

Die Beschwerdeführerin reichte dem kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Departements Volkswirtschaft und Inneres (DVI) am 17. März 2020 eine Voranmeldung von Kurzarbeit ein und gab an, es seien voraussichtlich neun Arbeitnehmende von 100 % Arbeitsausfall für die Zeit vom 16. März 2020 bis 15. Juni 2020 betroffen. Mit Verfügung vom 13. Juli 2020 erhob die kantonale Amtsstelle Arbeitslosenversicherung (KAST) des AWA keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung und legte den frühestmöglichen Beginn des (bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen bestehenden) Anspruchs auf den 20. März 2020 sowie das Ende auf den 31. August 2020 fest. Jeweils auf entsprechendes Gesuch hin wurde der Beschwerdeführerin anschliessend zudem für den Zeitraum vom 10. Oktober 2020 bis am 31. Dezember 2020, vom 1. Januar bis am 31. März 2021 und vom 1. April bis am 30. Juni 2021 sowie vom 1. Januar bis am 30. Juni 2022 Kurzarbeitsentschädigung gewährt.

Mit Verfügung vom 12. Dezember 2023 forderte die Beschwerdegegnerin zu Unrecht ausbezahlte Leistungen für die Monate März bis Juni 2020 bezogen auf zwei Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin (B._____ und C._____) in der Höhe von Fr. 42'198.23 zurück, verrechnete von ihrer Rückforderung einen Anteil von Fr. 7'523.74 mit einer Nachzahlung von Kurzarbeitsentschädigung auf Lohnanteile für Ferien- und Feiertagsansprüche weiterer Abrechnungsperioden und verpflichtete die Beschwerdeführerin zur Rückerstattung des verbleibenden Betrags von Fr. 34'674.49. Die dagegen erhobene Einsprache wies die Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 1. Februar 2024 ab.

2.

2.1.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 1. März 2024 fristgerecht Beschwerde und stellte folgende Rechtsbegehren:

"Die Kurzarbeitsentschädigungen der beiden Mitarbeiter B._____ sowie C._____ für die Monate März bis Juni 2020 seien rechtmässig ausgerichtet worden. In der Folge sei auf die diesbezügliche Rückforderungen der geleisteten Kurzarbeitsentschädigungen seitens der UNIA Arbeitslosenkasse zu verzichten. Der Einspracheentscheid der UNIA Arbeitslosenkasse dat. 01. Februar 2024 sei in der Folge aufzuheben."

2.2.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Vernehmlassung vom 18. März 2024 die Abweisung der Beschwerde sowie die Bestätigung des Einspracheentscheids vom 1. Februar 2024.

Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Streitig und zu prüfen ist die rückwirkende Korrektur der Kurzarbeitsentschädigungsabrechnungen betreffend die Monate März bis Juni 2020 und in diesem Zusammenhang die Frage, ob die Beschwerdegegnerin die ursprünglich formlos zugesprochenen Leistungen in der Höhe von Fr. 42'198.23 zu Recht mit Einspracheentscheid vom 1. Februar 2024 (Vernehmlassungsbeilage [VB] 239) zurückgefordert hat.

2.

2.1.

2.1.1.

Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (lit. a), der Arbeitsausfall anrechenbar ist (lit. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (lit. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 121 V 371 E. 2a S. 373 f.).

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist. Ein Arbeitsausfall ist unter anderem gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG nicht anrechenbar, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen wie Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten sowie andere übliche und wiederkehrende Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören.

2.1.2.

Mit der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (gemäss deren Art. 9 rückwirkend in Kraft getreten auf den 1. März 2020; nachfolgend: COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung) nahm der Bundesrat im Rahmen der Bekämpfungsmassnahmen im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV in mehreren Etappen verschiedene Anpassungen betreffend den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vor.

Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (eingefügt durch Ziff. I 1 der Verordnung vom 8. April 2020 über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeits-

losenversicherung, gültig gewesen vom 9. April bis 31. August 2020) bestimmt, dass in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. a und 33 Abs. 1 lit. b AVIG Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 %), ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, sofern sie seit mehr als sechs Monaten in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet.

2.2.

2.2.1.

Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogenen Leistungen zurückzuerstatten. Die Rückforderung von bereits zugesprochenen Leistungen nach Art. 25 ATSG unterliegt unter anderem den Rückkommensvoraussetzungen der prozessualen Revision oder der Wiedererwägung (Art. 53 ATSG; BGE 129 V 110 E. 1.1 S. 110; UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl. 2020, N. 4 f. zu Art. 25 ATSG).

2.2.2.

Gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG (Wiedererwägung) kann die Verwaltung auf eine formell rechtskräftige Verfügung bzw. einen formell rechtskräftigen Einspracheentscheid zugunsten oder zuungunsten der versicherten Person zurückkommen, soweit die Verfügung bzw. der Einspracheentscheid nicht Gegenstand materieller gerichtlicher Beurteilung geworden ist, sie/er zweifellos unrichtig ist und ihre/seine Berichtigung als von erheblicher Bedeutung erscheint. Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung, unter Einschluss unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts (BGE 117 V 8 E. 2c S. 17; vgl. auch KIESER, a.a.O., N. 46 zu Art. 53 ATSG mit Hinweis auf BGE 127 V 10 E. 4b S. 14).

Es wird vorausgesetzt, dass kein vernünftiger Zweifel an der Unrichtigkeit der Verfügung bzw. des Einspracheentscheids möglich, also nur der einzige Schluss der zweifellosen Unrichtigkeit denkbar ist (SVR 2010 IV Nr. 5 S. 10, 8C_1012/2008 E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_680/2014 vom 16. März 2015 E. 3.1). Das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit ist in der Regel erfüllt, wenn die gesetzeswidrige Leistungszusprechung aufgrund falscher oder unzutreffender Rechtsregeln erlassen wurde oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (BGE 141 V 405 E. 5.2 S. 414). Gleiches gilt bei einer ursprünglich unvollständigen Sachverhaltsabklärung aufgrund einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c ATSG; vgl. Urteile des Bundesgerichts 8C_195/2022 vom 9. August 2022 E. 5.2; 8C_277/2020 vom 17. August 2020 E. 4.1; 8C_597/2019 vom 12. Dezember 2019 E. 3.1). Als zweifellos unrichtig kann die betreffende Verfügung indes erst dann gelten, wenn sich nachträglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Sachverhalt erstellen lässt, wonach ein umfangmässig

geringerer oder gar kein Leistungsanspruch resultiert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_816/2013 vom 20. Februar 2014 E. 1.1). Die Frage nach der zweifellosen Unrichtigkeit beurteilt sich nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung bzw. des Einspracheentscheids, einschliesslich der damaligen Rechtspraxis (BGE 140 V 77 E. 3.1 S. 79; 138 V 147 E. 2.1 S. 149; 138 V 324 E. 3.3 S. 328).

3.

3.1.

Im Einspracheentscheid vom 1. Februar 2024 kam die Beschwerdegegnerin zum Schluss, dass die Arbeitnehmer C._____ und B._____ der Beschwerdeführerin, für welche diese Kurzarbeit angemeldet und erhalten hatte, nicht – wie ursprünglich angenommen – in fixen Pensen angestellt worden seien, sondern ihr Pensum unregelmässig und von dem Projekt abhängig gewesen sei, für welches sie angestellt wurden (VB 239 S. 240 f.). Da die Arbeitnehmer vor Beginn der Kurzarbeit nicht mindestens sechs Monate im Betrieb angestellt gewesen seien oder ein fix zugesichertes Pensum gehabt hätten, bestehe kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (VB 239 S. 241).

3.2.

Die Beschwerdeführerin bringt demgegenüber vor, dass sie mit den betroffenen beiden Mitarbeitern für die Dauer eines Projekts in Q._____ von 12 – 24 Monaten Arbeitsverträge über ein 100%iges Pensum abgeschlossen und nicht mit grösseren Arbeitsausfällen gerechnet habe (Beschwerde S. 2).

3.3.

3.3.1.

Arbeit auf Abruf wird aus juristischer Perspektive häufig definiert als Teilzeitarbeit, die im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsvertrages geleistet wird und bei welcher Zeitpunkt und Dauer der einzelnen Arbeitseinsätze unbestimmt sind und jeweils entweder einseitig vom Arbeitgeber oder durch Parteivereinbarung festgelegt werden (HENNEBERGER, SOUSA-POZA, ZIEGLER, Staatssekretariat für Wirtschaft, Seco, Eine empirische Analyse der Arbeit auf Abruf in der Schweiz, S. 10 Ziff. 1.1). Gemäss AVIG-Praxis ALE ist Arbeit auf Abruf in der Regel ein unbefristetes Arbeitsverhältnis, das sich durch unregelmässige Arbeitszeiten auszeichnet. Die arbeitnehmende Person übt dabei die Tätigkeit aus, wenn der Arbeitgeber ihre Dienste verlangt. Die Anzahl entlohnter Arbeitsstunden hängt somit von den Ansprüchen und Bedürfnissen des Arbeitgebers ab (Rz. B95).

3.3.2.

Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin mit der D._____ Ltd ein Joint Venture Agreement getroffen hat (vgl. VB 263 ff., 285 ff.). Beide Parteien stehen als Joint Venture mit der E._____ Ltd. in einem

Vertragsverhältnis – dieses hat seitens des Joint Ventures insbesondere zum Inhalt, Ressourcen in Zusammenhang mit einem Kraftwerk in Q. _____ zur Verfügung zu stellen ("Provision of Specialised Resourcing for Outage Improvement", vgl. VB 269, 292, 296; nachfolgend: "Projekt").

Die Beschwerdeführerin gab bei den jeweiligen Anträgen von Kurzarbeitsentschädigung an, im April und Mai 2020 seien je vier und im Juni 2020 drei Arbeitnehmende anspruchsberechtigt (VB 366; 371; 390). Den Akten ist zu entnehmen, dass davon unter anderem jeweils C. _____ und B. _____ betroffen sind, welche von der Beschwerdeführerin in Zusammenhang mit dem Projekt in Q. _____ angestellt wurden (VB 289 f.; 364; 365; Beschwerde S. 1 f.). Aus den Arbeitsverträgen (vgl. "Workorder", VB 289 f.) dieser Arbeitnehmer ist ersichtlich, dass sie zu einem Stundenlohn von Fr. 42.00 bzw. € 60.00 angestellt wurden und ein Maximum von zehn Arbeitsstunden pro Tag zu leisten hatten. Gemäss den Arbeitsverträgen wurden die beiden Arbeitnehmer seit dem 9. März 2020 bzw. 16. März 2020 für die Dauer des Projekts angestellt. Ihre "Working Hours" würden dabei von der Notwendigkeit des Projekts abhängen ("Upon Project demands"). Darüber hinaus ist den Arbeitsverträgen nicht zu entnehmen, zu welchem Pensum die beiden Arbeitnehmer angestellt wurden oder ob fixe Arbeitszeiten bestanden. Die Arbeitnehmer sind gemäss ihrem Arbeitsvertrag jedoch angehalten, unter anderem über die täglich geleisteten Stunden Buch zu führen, wobei der Lohn entsprechend dieser "Time Sheets" vergütet werde (VB 289 f.). Die Beschwerdeführerin beantragte für die Arbeitnehmer zudem eine Arbeitserlaubnis für Q. _____ von 90 Tagen ab dem 19. März 2020 bzw. 22. März 2020 (VB 291 ff., 295 ff.).

3.3.3.

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin kann allein ausgehend von der Tatsache, dass nicht explizit ein fixes Pensum vereinbart wurde, nicht abgeleitet werden, es bestehe ein Arbeitsverhältnis auf Abruf (vgl. VB 240 f.). Ein Arbeitsverhältnis auf Abruf zeichnet sich dadurch aus, dass es sich grundsätzlich um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis handelt, oftmals im Teilzeitpensum, während dessen Dauer die Arbeitnehmer im Voraus zeitlich nicht bestimmbare Einsätze immer dann leisten, wenn die Arbeitgeberin ihre Dienste verlangt (vgl. E. 3.3.1). Den Arbeitsverträgen lässt sich an keiner Stelle entnehmen, dass die Arbeitnehmer einzelne Einsätze auf Verlangen der Beschwerdeführerin zu leisten hätten. Anhand der Formulierung "Upon Project demands" in Bezug auf "Working Hours" lässt sich nicht ohne Weiteres erkennen, ob darunter der Zeitpunkt der zu leistenden Arbeit (wie bei einem Arbeitsverhältnis auf Abruf) oder lediglich die Anzahl der zu leistenden Arbeitsstunden zu verstehen ist. Da die geleisteten Arbeitsstunden der Arbeitnehmer von Woche zu Woche variieren konnten, wie sich auch aus einzelnen Übersichten der gearbeiteten Stunden des Arbeitnehmers C. _____ entnehmen lässt (VB 298 f.), erscheint es jedenfalls nachvollziehbar, dass keine fixe Anzahl Arbeitsstunden verein-

bart wurde und diese vom Projekt abhängig waren. Bezüglich der Arbeitsstunden ist überdies einem Besprechungsprotokoll vom 16. März 2020 verschiedener am Projekt beteiligter Personen zu entnehmen, dass der Arbeitnehmer B._____ im Schichtbetrieb arbeiten sollte. Die Schichten würden jeweils sieben bis acht Stunden betragen (VB 303). Es sei zudem mit Arbeitstagen zu rechnen, welche länger als acht Stunden dauern würden (VB 304). Auch dies, sowie der Umstand, dass der Einsatz von C._____ und B._____ in Q._____ erfolgte und die beiden extra für ein Projekt dorthin reisten, weisen nicht darauf hin, dass die Arbeitnehmer jeweils zu einem im Vorherein unklaren Zeitpunkt auf Abruf für die Beschwerdeführerin zu arbeiten hätten, sondern legt eine voraussehbare Planung der Schichten nahe. Diese lediglich unregelmässigen Arbeitszeiten sind nicht mit einem Arbeitsverhältnis auf Abruf gleichzusetzen – andere Anhaltspunkte, welche auf ein Arbeitsverhältnis auf Abruf hinweisen, können nicht erkannt werden. Im Übrigen kann ausschliesslich aufgrund der flexiblen Arbeitszeit nicht bereits grundsätzlich davon ausgegangen werden, die geleistete Arbeitszeit sei nicht ausreichend kontrollierbar (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). So waren die Arbeitnehmer vorliegend verpflichtet, ihre geleisteten Arbeitsstunden zu protokollieren und der Beschwerdeführerin einzureichen, welche diese zu signieren und anschliessend den Lohn auf Stundenbasis zu vergüten hatte (vgl. VB 289 f., 298 f.). Vor diesem Hintergrund erweist es sich nicht als überwiegend wahrscheinlich, dass die Arbeitszeit der Arbeitnehmer nicht ausreichend kontrollierbar war oder zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Arbeitnehmern ein Arbeitsverhältnis auf Abruf im Sinne von Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung bestand. Soweit die Beschwerdegegnerin schliesslich ausführte, dass die Beschwerdeführerin mit dem Arbeitsausfall gerechnet habe, ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin am 17. Februar 2020 bzw. am 12. März 2020 die Arbeitserlaubnis in Q._____ für ihre beiden Arbeitnehmer beantragt hat, die Flüge nach Q._____ bereits gebucht hat und am 16. März 2020 eine Besprechung zur Projektplanung trotz COVID-19 stattfand (vgl. VB 291 ff., 294, 295, ff., 300, 303 ff.). Entsprechend kann nicht ohne Weiteres angenommen werden, die Beschwerdeführerin habe bereits im März 2020 damit gerechnet, das Projekt könne gar nicht – auch nicht mit entsprechenden COVID-19-Massnahmen – fortgesetzt werden. Dass die Beschwerdeführerin zuvor (vorsorglich) eine Voranmeldung für eine Kurzarbeitsentschädigung eingereicht hat, kann ihr nicht entgegengehalten werden. Den Akten kann schliesslich auch nicht entnommen werden, die Beschwerdeführerin habe angegeben, das Projekt werde heruntergefahren oder möglicherweise aufgelöst (vgl. VB 241).

3.4.

Hinsichtlich der Kurzarbeitsentschädigungsabrechnungen für die Monate März bis Juni 2020 erweist sich die ursprüngliche Annahme der Beschwerdegegnerin, die Arbeitnehmer B._____ und C._____ seien in einem regelmässigen Pensum (und nicht auf Abruf) von 100% tätig gewesen, nicht als

zweifelloos unrichtig, da sich nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein Sachverhalt erstellen lässt, wonach ein umfangmässig geringerer oder gar kein Leistungsanspruch resultiert. Entsprechend hat die Beschwerdegegnerin die für März bis Juni 2020 ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen zu Unrecht zurückgefordert resp. mit Nachzahlungen von Kurzarbeitsentschädigung auf Lohnanteile für Ferien- und Feiertagsansprüche weiterer Abrechnungsperioden verrechnet (vgl. VB 211).

4.

4.1.

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 1. Februar 2024 aufzuheben.

4.2.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

4.3.

Ausgangsgemäss hätte die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz ihrer richterlich festzusetzenden Parteikosten (Art. 61 lit. g ATSG). Die obsiegende Beschwerdeführerin ist jedoch nicht vertreten und hat somit keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Da deren Interessenwahrung vorliegend keinen hohen Arbeitsaufwand notwendig gemacht hat, welcher den Rahmen dessen überschreitet, was die einzelne Person üblicher- und zumutbarerweise auf sich zu nehmen hat, besteht auch kein Anspruch auf eine Umtriebsentschädigung (vgl. BGE 129 V 113 E. 4.1 S. 116 und 110 V 134 E. 4d S. 134).

Das Versicherungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 1. Februar 2024 aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen** seit der Zustellung beim **Bundesgericht Beschwerde** eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Aarau, 3. Dezember 2024

Versicherungsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Die Vizepräsidentin:

Die Gerichtsschreiberin i.V.:

Peterhans

Mary