

VBE.2023.90 / nb / fi

Art. 60

Urteil vom 6. Juli 2023

Besetzung	Oberrichterin Gössi, Präsidentin Oberrichterin Peterhans Oberrichterin Fischer Gerichtsschreiber Battaglia
-----------	---

Beschwerde- führerin	A._____ GmbH vertreten durch MLaw Gabriel Hüni, Rechtsanwalt, Stadtturmstrasse 10, Postfach, 5401 Baden
-------------------------	--

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

Gegenstand	Beschwerdeverfahren betreffend AVIG (Einspracheentscheid vom 25. Januar 2023)
------------	--

Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Beschwerdeführerin reichte dem Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) am 22. April 2022 eine Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Mai bis 31. Dezember 2022 für die Betriebsabteilung "Produktdaten End-erfassung" ein und gab an, dass fünf Arbeitnehmende bei einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 80 % von Kurzarbeit betroffen seien. Mit Verfügung vom 2. Mai 2022 erhob das AWA "formal" teilweise Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (KAE) und legte die Anspruchsperiode auf 1. Mai bis 31. Juli 2022 fest. Die Beschwerdegegnerin prüfte die weiteren Anspruchsvoraussetzungen und richtete (u.a. für die Monate Mai und Juni 2022) KAE aus.

1.2.

Nachdem die Beschwerdegegnerin Kenntnis über eine Entsendebestätigung für den Arbeitnehmer B. in die Vereinigten Staaten von Amerika für die Zeit vom 1. Juni 2021 bis 1. Juni 2024 erlangt hatte, berechnete sie den Anspruch auf KAE für die Abrechnungsperiode Mai – Juli 2022 neu ohne diesen Arbeitnehmer und forderte die für diesen Arbeitnehmer für die Monate Mai und Juni 2022 bereits ausgerichtete KAE im Umfang von Fr. 5'539.20 mit Verfügung vom 28. Oktober 2022 von der Beschwerdeführerin zurück (VB 81 ff.). Die dagegen erhobene Einsprache (VB 65 ff.) wies sie mit Einspracheentscheid vom 25. Januar 2023 ab (VB 36 ff.).

2.

2.1.

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. Februar 2023 Beschwerde und stellte folgende Anträge:

" 1. Der Einspracheentscheid vom 25. Januar 2023 sei aufzuheben und es sei die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Kurzarbeitsentschädigungen auch für den Arbeitnehmenden B. für die Monate Mai, Juni und Juli 2022 auszurichten.

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten [sic]."

2.2.

Die Beschwerdegegnerin beantragte mit Vernehmlassung vom 28. Februar 2023 die Abweisung der Beschwerde.

Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Die Beschwerdegegnerin ging in ihrem Einspracheentscheid vom 25. Januar 2023 im Wesentlichen davon aus, der Arbeitnehmer B. habe seine Arbeitsleistung für die Beschwerdeführerin im Ausland erbracht, weshalb dieser gemäss Rz. B32 der vom Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) verfassten Weisung AVIG KAE (AVIG-Praxis KAE) mangels ausreichender Kontrollierbarkeit seiner Arbeitszeit keinen Anspruch auf KAE habe. Die erbrachten Leistungen für die Monate Mai und Juni 2022 seien demnach zu Unrecht ausbezahlt worden und folglich zurückzufordern (Vernehmlassungsbeilage [VB] 36 ff.). Die Beschwerdeführerin bringt dagegen zusammenfassend vor, die entsprechende Rz. der AVIG-Praxis KAE sei gesetzeswidrig.

Streitig und zu prüfen ist demnach, ob die Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 25. Januar 2023 die für den Arbeitnehmer B. ausgerichtete KAE der Monate Mai und Juni 2022 im Umfang von Fr. 5'539.20 (VB 85) zu Recht von der Beschwerdeführerin zurückgefordert und für den Monat Juli 2022 einen entsprechenden Anspruch verneint hat.

2.

2.1.

Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, 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 (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).

2.2.

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG).

3.

3.1.

Die vorliegend streitige Rz. B32 der AVIG-Praxis KAE lautet:

"Nicht ausreichend kontrollierbar ist die Arbeitszeit von Personen, die vorwiegend im Ausland für einen in der Schweiz domizilierten Betrieb tätig sind."

3.2.

Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber 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 (BGE 132 V 121 E. 4.4 S. 125). Auf dem Wege von Verwaltungsweisungen dürfen indes keine über Gesetz und Verordnung hinausgehenden Einschränkungen eines materiellen Rechtsanspruchs eingeführt werden (BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82; 132 V 121 E. 4.4 S. 125).

3.3.

Rz. B32 der AVIG-Praxis KAE steht unter dem Untertitel "Nicht bestimmbarer Arbeitsausfall und unkontrollierbare Arbeitszeit". Rz. B30 äussert sich in allgemeiner Weise zur Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls, während in Rz. B31 eine Vermutung der fehlenden Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls bei denjenigen Personen statuiert wird, die eine Abrufs-, Gelegenheits- oder Aushilfstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber je nach Arbeitsanfall eingesetzt werden, wobei eine einzelfallweise Prüfung erfolgen müsse. In Rz. B33 wird schliesslich festgehalten, dass Personen, welche ausschliesslich erfolgsabhängig entschädigt werden, mangels Überprüfbarkeit des Arbeitsausfalls keinen Anspruch auf KAE haben. Rz. B32 thematisiert als einzige Bestimmung innerhalb dieses Untertitels die Überprüfbarkeit des Arbeitsausfalls, bevor in Rz. B34 ff. auf das Bestehen einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle als Anspruchsvoraussetzung eingegangen wird.

Der Zusammenhang zwischen dem Aufenthaltsort eines Arbeitnehmers und der Kontrollierbarkeit seiner Arbeitszeit wird weder dargelegt noch ist ein solcher ersichtlich. Das Kriterium der Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit dient im Allgemeinen dem Beleg der effektiv geleisteten Arbeitszeit bzw. der Überprüfbarkeit und Feststellung des Arbeitsausfalls sowie dessen Betriebsüblichkeit oder -unüblichkeit (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 370/1999 vom 19. September 2000 E. 4b), weshalb bspw. eine betriebliche Arbeitszeiterfassung vorliegen muss (vgl. Art. 46b Abs. 1 AVIV), und betrifft folglich vom Aufenthaltsort des Arbeitnehmers gänzlich unterschiedliche Aspekte (vgl. für typische Fragen: BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Auflage 2019, S. 260 ff.). Sofern ein Konnex zwischen dem Arbeitsort und der Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit in der räumlichen Distanz zwischen Arbeitnehmer und dessen Vorgesetzten angenommen werden sollte, ist dem entgegenzuhalten, dass dies ebenso auf Arbeitnehmende im Homeoffice oder im

Aussendienst zutrifft, ohne dass die grundsätzliche Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit dieser Personengruppen in Frage gestellt würde. Zwar ist ein gewisses Missbrauchspotential für den Bezug von KAE für im Ausland erbrachte Arbeitsleistungen erkennbar und es mag auch einem legitimen politischen Willen entsprechen, dem entgegenzuwirken. Dies wäre jedoch Sache des Gesetzgebers, der die zum Bezug von KAE berechtigten Personengruppen und die Anspruchsvoraussetzungen in Art. 31 AVIG abschliessend geregelt hat. Ein Ausschluss von im Ausland für einen Schweizer Betrieb tätigen Personen findet sich in dieser Bestimmung nicht. Einen Zusammenhang zwischen dem Aufenthaltsort und der Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit herzustellen, wirkt konstruiert, weshalb Rz. B32 der AVIG-Praxis KAE nicht einer Präzisierung des gesetzlich vorgesehenen Kriteriums der Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG) dient, sondern (insbesondere auch aufgrund ihrer Absolutheit) vielmehr eine über das Gesetz hinausgehende, mithin unzulässige, Leistungsbeschränkung auf in der Schweiz tätige Arbeitnehmende statuiert. Die Anwendung von Rz. B32 ihrem Wortlaut und ihrer absoluten Formulierung entsprechend müsste denn konsequenterweise auch bedeuten, dass mehrheitlich im Homeoffice für eine Schweizer Unternehmung tätige Grenzgänger vom Anspruch auf KAE ausgeschlossen wären, da auch diese ihre Arbeitsleistung "vorwiegend im Ausland" für einen Schweizer Arbeitgeber erbringen, was etwa gegen Art. 8 Ziff. 4 des Abkommens vom 20. Oktober 1982 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland über Arbeitslosenversicherung (SR 0.837.913.6) verstossen würde. Im Übrigen ist auch darauf hinzuweisen, dass der Bezug von Leistungen der Arbeitslosenversicherung während eines Aufenthaltes im Ausland in systematischer Hinsicht nicht per se ungewöhnlich ist. So ist etwa im Bereich der Arbeitslosenentschädigung das Institut des Leistungsexportes zwecks Arbeitssuche in einem anderen Staat vorgesehen (vgl. die für die Schweiz ebenfalls geltenden Art. 64 der Verordnung [EG] Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit [SR 0.831.109.268.1] und Art. 55 der Verordnung [EG] Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung [EG] Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit [SR 0.831.109.268.11]); und dies obwohl für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung, anders als für denjenigen von KAE, ein Schweizer Wohnsitz gesetzlich vorgesehen wäre (Art. 8 Abs. 1 lit. c AVIG).

4.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich Rz. B32 der AVIG-Praxis KAE als gesetzeswidrig erweist, weshalb sie nicht anzuwenden ist. Die Beschwerdegegnerin begründet die Rückforderung von KAE, die der Beschwerdeführerin für die Monate Mai und Juni 2022 für deren Arbeitnehmer B. ausbezahlt worden ist, bzw. die Verneinung des Anspruchs für die Zeit

von Mai bis Juli 2022 alleine mit dessen Aufenthaltsort im Ausland; eine Unrechtmässigkeit des erfolgten Leistungsbezugs respektive eine Leistungsverweigerung aus anderen Gründen wird nicht geltend gemacht und ist ausweislich der Akten auch nicht erkennbar. Nachdem der Rz. B32 der AVIG-Praxis KAE die Anwendung zu versagen ist, erübrigen sich Weiterungen zu einem Rückkommenstitel (Beschwerde Ziff. 8 f.). Die Rückforderung im Umfang von Fr. 5'539.20 sowie die Verneinung des Anspruchs auf KAE des Arbeitnehmers B. für den Monat Juli 2022 erweisen sich demnach als unrechtmässig, weshalb der angefochtene Einspracheentscheid in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben ist.

5.

5.1.

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

5.2.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz ihrer richterlich festzusetzenden Parteikosten (Art. 61 lit. g ATSG).

Das Versicherungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 25. Januar 2023 aufgehoben.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'000.00 zu bezahlen.

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, 6. Juli 2023

Versicherungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Gössi

Battaglia