

**VBE.2021.477 / If / fi**

Art. 2

**Urteil vom 4. Januar 2022**

Besetzung

Oberrichter Kathriner, Präsident  
Oberrichterin Schircks Denzler  
Oberrichterin Vasvary  
Gerichtsschreiberin Fricker

Beschwerde-  
führerin

A. \_\_\_\_\_  
vertreten durch Dr. Hans-Ulrich Zürcher, Rechtsanwalt, Helvetiastrasse 7,  
3005 Bern

Beschwerde-  
gegner

***AWA - Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Aargau***, Rain 53,  
5000 Aarau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend AVIG  
(Einspracheentscheid vom 28. Januar 2021)

---

## **Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Die Beschwerdeführerin reichte dem Beschwerdegegner am 3. April 2020 eine Voranmeldung von Kurzarbeit "aufgrund von behördlichen Massnahmen infolge Pandemie Covid-19" ein und gab an, es seien für die voraussichtliche Dauer vom 16. März 2020 "bis auf weiteres" bei einem zu erwartenden prozentualen Arbeitsausfall von 55 % pro Monat/Abrechnungsperiode 144 Arbeitnehmende von Kurzarbeit betroffen. Mit Verfügung vom 4. Mai 2020 erhob der Beschwerdegegner keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung und legte den frühestmöglichen Beginn des (bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen bestehenden) Anspruchs auf den 3. April 2020 sowie das Ende auf den 2. Oktober 2020 fest. Diese Verfügung wurde durch eine spätere Verfügung vom 16. Juli 2020 "ersetzt" und der Beschwerdegegner setzte das Anspruchsende neu auf den 31. August 2020 fest (Zeitpunkt der Aufhebung diverser Bestimmungen der "COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung"). Am 31. Oktober 2020 kam der Beschwerdegegner wiedererwägungsweise auf die Verfügung vom 16. Juli 2020 zurück, "annulierte" diese und erhob nunmehr Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung. Die von der Beschwerdeführerin hiergegen am 1. Dezember 2020 erhobene Einsprache wies er mit Einspracheentscheid vom 28. Januar 2021 ab.

### **2.**

#### **2.1.**

Das hiesige Versicherungsgericht wies die gegen den Einspracheentscheid vom 28. Januar 2021 erhobene Beschwerde vom 26. Februar 2021 mit Urteil VBE.2021.120 vom 12. Mai 2021 ab, da der Arbeitsausfall nicht unvermeidbar und daher nicht anrechenbar sei.

#### **2.2.**

Die von der Beschwerdeführerin gegen den Entscheid vom 12. Mai 2021 erhobene Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hiess das Bundesgericht mit Urteil 8C\_474/2021 vom 19. Oktober 2021 teilweise gut, hob das Urteil des Versicherungsgerichts vom 12. Mai 2021 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an das Versicherungsgericht zurück.

#### **2.3.**

Das Versicherungsgericht erfasste dieses Verfahren unter der Verfahrensnummer VBE.2021.477.

---

## **Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

Das Bundesgericht gelangte in E. 5.3 des Urteils 8C\_474/2021 vom 19. Oktober 2021 zu folgendem Schluss: Es sei davon auszugehen, dass der Entscheid über das Fernbleiben von der Arbeit in Nachachtung einer Weisung des Departementsvorstehers getroffen worden sei, weshalb die damalige Beurteilung des Beschwerdegegners, wonach der geltend gemachte Arbeitsausfall auf eine behördliche Massnahme im Sinne von Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AVIV zurückzuführen sei, vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage, wie sie sich im Zeitpunkt der rechtskräftigen Verfügung vom 16. Juli 2020 darbot, als vertretbar erscheine. Das Bundesgericht wies das Versicherungsgericht an, es bleibe die Frage der zweifellosen Unrichtigkeit der Verfügung vom 16. Juli 2020 unter dem Gesichtspunkt zu prüfen, ob es sich bei den von der Kurzarbeit Betroffenen um Mitarbeitende einer Erbringerin einer öffentlichen Leistung handle, welche einem unmittelbaren und konkreten Kündungsrisiko ausgesetzt seien (vgl. E. 5.5 des erwähnten Urteils).

### **2.**

#### **2.1.**

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 UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, 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; Urteile des Bundesgerichts 8C\_680/2014 vom 16. März 2015 E. 3.1; 9C\_845/2009 vom 10. Februar 2010 E. 3.2 mit Hinweis unter anderem auf BGE 125 V 383 E. 6a S. 393). 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 (Urteil des Bundesgerichts 9C\_845/2009 vom 10. Februar 2010 E. 3.2 mit Hinweis unter anderem auf BGE 103 V 126 E. 2a S. 128). 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).

## **2.2.**

### **2.2.1.**

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.).

### **2.2.2.**

Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits dem Versicherten einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung, zu verhindern. Der Verhütungsgedanke ist dabei sowohl von sozialen und wirtschaftlichen Überlegungen getragen als auch davon, die finanzielle Belastung der Arbeitslosenversicherung, wie sie ihr durch Ganzarbeitslose entsteht, möglichst gering zu halten. Andererseits dient die Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung von Arbeitsplätzen im Interesse sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 371 E 3a S. 375).

Öffentlich-rechtliche Arbeitgeber tragen in der Regel kein Betriebsrisiko, weil sie die ihnen vom Gesetz übertragenen Aufgaben unabhängig von der wirtschaftlichen Lage wahrzunehmen haben und finanzielle Engpässe, Mehraufwendungen oder Verluste aus öffentlichen Mitteln gedeckt werden. In diesen Fällen besteht auch bei einem nicht kostendeckenden Betrieb keine konkrete Gefahr, dass Arbeitsplätze verloren gehen, womit ein Anspruch auf Kurzarbeit entfällt. Dies gilt nicht nur für öffentlich-rechtliche Arbeitgeber an sich (z.B. in Bezug auf Kantons- oder Gemeindeangestellte), sondern auch für privatisierte Einrichtungen, die im Auftrag eines Gemeinwesens Dienstleistungen erbringen. Allerdings kann in Anbetracht der vielfältigen Formen staatlichen Handelns nicht zum vornherein ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall die Voraussetzungen für die Gewährung der Kurzarbeit erfüllt sein könnten. Bei privatisierten Einrichtungen ist entscheidend, ob das Gemeinwesen auf Grund der getroffenen Vereinbarungen verpflichtet ist, die gesamten Kosten der Einrichtung sicherzustellen (BGE 121 V 362 E. 3a S. 368; AVIG-Praxis KAE D36 f. [in der ab 1. Januar

2021 geltenden Fassung]). Ein unmittelbares, konkretes Arbeitsplatzabbaurisiko besteht, sofern im Falle eines Nachfragerückgangs resp. einer angeordneten Angebotsreduktion seitens des Auftraggebers keine Garantie bzw. Zusicherung für die vollständige Deckung der Betriebskosten besteht und die betroffenen Betriebe zwecks Senkung der Betriebskosten die Möglichkeit haben, Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen. Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (vgl. Weisung des SECO vom 22. Juli 2020, Weisung 2020/10 S. 10 f.).

### **3.**

#### **3.1.**

##### **3.1.1.**

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich gemäss Handelsregistereintrag um eine Stiftung nach Schweizer Recht mit Sitz in Q. Sie bezweckt im Wesentlichen die soziale und arbeitsmässige Eingliederung von Menschen mit insbesondere geistiger Behinderung, wozu sie Einrichtungen wie Werkstätten und Wohnhäuser erstellt und betreibt, in denen Menschen mit Behinderung arbeiten, sich beschäftigen und wohnen können. Zudem bietet sie Freizeitaktivitäten an und ermöglicht Schwer- sowie Schwerstbehinderten Beschäftigung mit allen dafür notwendigen Mitteln und Massnahmen.

##### **3.1.2.**

Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Voranmeldung von Kurzarbeit für die Betriebsabteilung "Arbeiten" für die Zeit ab dem 16. März 2020 bei 144 von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden (Personalbestand der Betriebsabteilung insgesamt: 269) einen prozentualen Arbeitsausfall von 55 % pro Monat/Abrechnungsperiode erwartete (Vernehmlassungsbeilage im Verfahren VBE.2021.120 [VB] 84). Der "Bereich Arbeiten" umfasst gemäss Organigramm vom 1. Februar 2020 mit "Produktion Atelier", "Produktion Industrie" und "Verkauf" drei Abteilungen (VB 86). Als Begründung für den voraussichtlichen Arbeitsausfall gab die Beschwerdeführerin in ihrer Voranmeldung an, "gemäss Brief von Regierungsrat A. Hürzeler vom 13.3.2020 sollen die Klienten/innen der Erwachseneneneinrichtungen möglichst zu Hause bleiben und die Arbeit soll möglichst ausgesetzt werden. Entsprechend wurde die Arbeit der Geschützten Arbeitsplätze weitgehend reduziert" (VB 84). Im Schreiben vom 30. April 2020 führte die Beschwerdeführerin aus, die Stiftung werde zu rund 50 % durch Kantonsbeiträge finanziert, zu 25 % durch "Beiträge der Betreuten" und zu ca. 19 % durch Erträge ihrer Werkstätten und Dienstleistungseinheiten. Es bestehe keine Defizitgarantie (VB 81 f.). Mit E-Mail vom 14. Oktober 2020 bestätigte sie abermals, "dass es um unsere Mitarbeitenden an einem geschützten Arbeitsplatz" gehe, welche "über einen normalen Arbeitsvertrag" verfügten und "einfach in einem geschützten Arbeitsplatz eingesetzt" seien; sie bezahlten "normal AHV/IV und ALV". Der Lohn der Mitarbeitenden werde durch keine staatliche Verlustgarantie oder Ähnliches gedeckt

(VB 52). In ihrer Einsprache vom 1. Dezember 2020 führte die Beschwerdeführerin aus, sie trage ein erhebliches finanzielles Risiko und stehe mit ihren Produkten und Dienstleistungen, die sie erbringe und herstelle im "freien Wettbewerb"; die Beiträge des Kantons deckten vor allem die Kosten für die Unterkunft und die Betreuung der Bewohner sowie die Kosten für die Tagesstätten. Der AHV-pflichtige Lohn werde vielmehr aus dem durch die Mitarbeitenden an geschützten Arbeitsplätzen erwirtschafteten Umsatz bezahlt. Sie hätten schon mehrfach Kündigungen an ihre Mitarbeitenden ausgesprochen, wenn diese nicht gearbeitet hätten oder die Leistung nicht erbracht hätten. Zudem könnten nur rentable Leistungen aufrechterhalten werden. Sie hätten beispielsweise ihre Schreinerei schliessen und Kündigungen aussprechen müssen (VB 24 f.).

### **3.2.**

Die Beschwerdeführerin bringt auch beschwerdeweise insbesondere vor, dass die Löhne der Arbeitnehmenden mit Beeinträchtigung nicht durch Kantonsbeiträge finanziert würden, sondern mit den Einnahmen, welche durch die Arbeit dieser Mitarbeitenden generiert würden. Wenn die Erträge in der Abteilung "Arbeiten" infolge Arbeitsausfall entfallen würden, könne sie die Löhne der entsprechenden Mitarbeitenden nicht länger finanzieren und müsse deshalb bereits nach kurzer Zeit Kündigungen aussprechen, falls die gefährdeten Stellen nicht durch Kurzarbeitsentschädigung erhalten werden könnten. Sie sei nicht in der Lage, wirtschaftlich untragbare Arbeitsplätze zu erhalten, sondern müsse diese nötigenfalls abbauen oder Arbeitnehmenden, die nicht mehr zur Arbeiten erscheinen würden, nach dem Prinzip "ohne Arbeit keinen Lohn" keinen Lohn mehr ausbezahlen. So habe sie ihre frühere Schreinerei schliessen müssen, weil diese unrentabel geworden sei und habe dabei auch Kündigungen aussprechen müssen (vgl. Beschwerde S. 9 f.).

### **3.3.**

Da ausweislich der Akten allfällige Defizite der Beschwerdeführerin nicht von der öffentlichen Hand übernommen werden, trifft es entgegen der Argumentation des Beschwerdegegners nicht zu, dass die Beschwerdeführerin selbst kein Betriebsrisiko zu tragen hätte. Die Beschwerdeführerin hat zudem nachvollziehbar dargetan, dass sie zwecks Senkung der Betriebskosten die Möglichkeit hätte (und dies bereits vorgekommen sei), Arbeitnehmende unmittelbar zu entlassen. Es kann damit nicht davon ausgegangen werden, dass kein unmittelbares und konkretes Kündigungsrisiko bestanden hätte (vgl. E. 2.2. hiervor). Die Verfügung vom 16. Juli 2020 (VB 75) erweist sich daher aufgrund der Aktenlage auch diesbezüglich nicht geradezu unvertretbar und damit nicht als im Ergebnis zweifellos unrichtig im wiedererwägungsrechtlichen Sinne. Es ist damit kein Wiedererwägungsgrund im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG gegeben (vgl. E. 2.1. hiervor). Das mit Beschwerde vom 26. Februar 2021 gestellte Rechtsbegehren 1 ist folglich gutzuheissen.

### **3.4.**

Die Beschwerdeführerin beantragte mit Rechtsbegehren 2, den grundsätzlichen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung im geltend gemachten Umfang "volumfänglich anzuerkennen" (Beschwerde S. 2).

Im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren sind grundsätzlich nur diejenigen Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen, zu welchen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung bzw. eines Entscheids – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung bzw. der Entscheid den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand. Umgekehrt fehlt es an einem Anfechtungsgegenstand und somit an einer Sachurteilsvoraussetzung, wenn keine Verfügung bzw. kein Entscheid ergangen ist (vgl. statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 8C\_394/2021 vom 6. Juli 2021 E. 1.1 mit Hinweisen).

Mit angefochtenem Einspracheentscheid vom 28. Januar 2021 wurde die Verfügung vom 31. Oktober 2020 betreffend "Voranmeldung von Kurzarbeit" bestätigt, wonach zum einen die Verfügung vom 16. Juli 2020 in Wiedererwägung gezogen und "annulliert", zum anderen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erhoben worden war (VB 46). Der mit Rechtsbegehren 2 geltend gemachte Anspruch geht damit über den Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens hinaus, weshalb darauf nicht einzutreten ist.

## **4.**

### **4.1.**

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 28. Januar 2021 aufzuheben. Im Übrigen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **4.2.**

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG).

### **4.3.**

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

---

## **Das Versicherungsgericht erkennt:**

### **1.**

#### **1.1.**

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 28. Januar 2021 aufgehoben.

**1.2.**

Im Übrigen wird auf die Beschwerde nicht eingetreten.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

**3.**

Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin die Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 2'000.00 zu bezahlen.

---

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter; 2-fach)

den Beschwerdegegner

das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco)

---

**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, 4. Januar 2022

**Versicherungsgericht des Kantons Aargau**

1. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathriner

Fricker