

VBE.2022.93 / sb / BR

Art. 122

**Urteil vom 16. November 2022**

Besetzung

Oberrichter Roth, Präsident  
Oberrichterin Schircks Denzler  
Oberrichterin Fischer  
Gerichtsschreiber Berner

Beschwerde-  
führerin

A. \_\_\_\_\_  
vertreten durch Dr. iur. Stephan Fröhlich, Rechtsanwalt,  
Mellingerstrasse 2a, Postfach, 5402 Baden

Beschwerde-  
gegnerin

**Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau,**  
Bahnhofstrasse 78, 5001 Aarau

Gegenstand

Beschwerdeverfahren betreffend AVIG  
(Einspracheentscheid vom 31. Januar 2022)

---

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

### **1.**

#### **1.1.**

Die Rechtsvorgängerin der Beschwerdeführerin reichte der Beschwerdegegnerin am 16. März 2020 eine Voranmeldung von Kurzarbeit ein und gab an, es seien ab dem 16. März 2020 bei einem zu erwartenden prozentualen Arbeitsausfall von 100 % pro Monat/Abrechnungsperiode 36 Arbeitnehmende von Kurzarbeit betroffen. Mit Verfügung vom 10. Juli 2020 erhob die kantonale Amtsstelle Arbeitslosenversicherung (KAST) des Amtes für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Departements Volkswirtschaft und Inneres (DVI) keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung und legte den frühestmöglichen Beginn des (bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen bestehenden) Anspruchs auf den 19. März 2020 sowie das Ende auf den 31. August 2020 fest. Mit einer weiteren am 15. Dezember 2020 eingereichten Voranmeldung von Kurzarbeit gab die Beschwerdeführerin an, es seien für die Periode vom 15. Dezember 2020 bis 31. März 2021 bei einem zu erwartenden prozentualen Arbeitsausfall von 95 % pro Monat/Abrechnungsperiode 50 Arbeitnehmende von Kurzarbeit betroffen. Mit Verfügung vom 30. Januar 2021 erhob die KAST teilweise Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung und legte den frühestmöglichen Beginn des (bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen bestehenden) Anspruchs auf den 25. Dezember 2020 sowie das Ende auf den 24. März 2021 und den maximalen Anspruchsumfang auf einen prozentualen Arbeitsausfall von 80 % für 36 betroffene Arbeitnehmende fest. Mit der Verfügung vom 30. Januar 2021 ersetzender Verfügung vom 4. Juni 2021 schloss die KAST zudem ergänzend zwei Arbeitnehmende vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aus. Schliesslich gab die Beschwerdeführerin mit einer weiteren Voranmeldung von Kurzarbeit vom 12. März 2021 an, es seien ab dem 25. März 2021 bei einem zu erwartenden prozentualen Arbeitsausfall von 100 % pro Monat/Abrechnungsperiode insgesamt 27 Arbeitnehmende von Kurzarbeit betroffen. Mit Verfügung vom 29. März 2021 erhob die KAST teilweise Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung und legte den frühestmöglichen Beginn des (bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen bestehenden) Anspruchs auf den 25. März 2021 sowie das Ende auf den 24. September 2021 und den maximalen Anspruchsumfang auf einen prozentualen Arbeitsausfall von 80 % für 27 Arbeitnehmende fest. Mit der Verfügung vom 29. März 2021 ersetzender weiterer Verfügung vom 4. Juni 2021 schloss die KAST zudem ergänzend zwei Arbeitnehmende vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aus und reduzierte den maximalen Anspruchsumfang auf 70 % für maximal 27 betroffene Arbeitnehmende.

#### **1.2.**

Mit Verfügung vom 22. September 2021 lehnte die Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für "alle Mitarbeitenden auf

Provisionsbasis (Provisionsvorschuss)" für die Monate März bis Juni 2020 sowie Januar bis Juni 2021, für einen Gesellschafter und einen Lernenden für März 2020 und ab Juni 2020 sowie für ein Mitglied des Verwaltungsrats ab Januar 2021 ab und verpflichtete die Beschwerdeführerin zur Rückerstattung von für die Monate März bis Juni 2020 sowie Januar und Februar 2021 zu viel ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigungen von total Fr. 653'472.25 beziehungsweise nach (bereits erfolgter) Verrechnung mit Nachzahlungen von total Fr. 52'697.20 für die Monate März bis Juni 2021 von noch Fr. 600'775.05. Eine dagegen am 22. Oktober 2021 erhobene Einsprache hiess die Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 31. Januar 2022 teilweise gut, "indem" das betroffene Mitglied des Verwaltungsrats "bis 8. April 2021 zum Bezug" von Kurzarbeitsentschädigung berechtigt sei; im Übrigen wurde die Einsprache abgewiesen.

## **2.**

### **2.1.**

Mit fristgerechter Beschwerde vom 4. März 2022 beantragte die Beschwerdeführerin zusammengefasst und im Wesentlichen die Zusprache von Kurzarbeitsentschädigung auch für ihre Mitarbeitenden "mit Provisionsvorschuss" für die Monate März bis Juni 2020 und Februar bis Juni 2021.

### **2.2.**

Mit Vernehmlassung vom 7. April 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde.

### **2.3.**

Mit Beschluss vom 16. September 2022 wurde der Beschwerdeführerin die mögliche Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin zur weiteren sachverhaltlichen Abklärung und anschliessenden neuerlichen Entscheidung in Aussicht gestellt und ihr Gelegenheit gegeben, sich dazu zu äussern oder allenfalls die Beschwerde zurückzuziehen. Die Beschwerdeführerin hielt mit Eingabe vom 15. November 2022 innert erstreckter Frist an ihrer Beschwerde fest.

---

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

### **1.**

Die Beschwerdegegnerin geht in ihrem Einspracheentscheid vom 31. Januar 2022 (Vernehmlassungsbeilage [VB] 290 ff.) im Wesentlichen davon aus, für auf Provisionsbasis ("Provisionsvorschuss") tätige Mitarbeitende der Beschwerdeführerin bestehe insbesondere mangels eines anrechenbaren Arbeitsausfalls kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Ferner seien ein Gesellschafter und ein Lernender sowie ein Mitglied des Verwaltungsrats für gewisse Perioden von einem Anspruch auf Kurzarbeitsent-

schädigung ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber zusammengefasst und im Wesentlichen geltend, der Arbeitsausfall ihrer auf Provisionsbasis ("Provisionsvorschuss") tätigen Mitarbeitenden sei bestimmbar, weshalb für diese ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe.

Damit ist streitig und nachfolgend zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin mit Einspracheentscheid vom 31. Januar 2022 zutreffend festgesetzt 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 unter anderem für die Versicherung beitragspflichtig sind (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.).

#### **2.1.2.**

Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist sowie je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG). Die Rechtsprechung hat den Begriff des wirtschaftlichen Grundes gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG im Einklang mit dem Schrifttum und in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung weit ausgelegt und es insbesondere abgelehnt, wirtschaftliche von strukturellen Gründen abzugrenzen. Wirtschaftliche Gründe liegen vor, wenn Faktoren angesprochen sind, die entweder direkt durch den Markt beeinflusst werden oder sich auf die Stellung eines Produktes auf dem Markt auswirken. Darunter können auch behördliche Massnahmen wie bei Preiserhöhungen eines Produktes zufolge Wegfalls von Subventionen verstanden werden (BGE 128 V 305 E. 3a S. 307; Urteil des Bundesgerichts 8C\_503/2021 vom 18. November 2021 E. 3.2.2 mit Hinweisen).

#### **2.1.3.**

An diesen Anspruchsvoraussetzungen haben die zahlreichen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) eingeführten Massnahmen nichts geändert.

## **2.2.**

### **2.2.1.**

Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin anscheinend am 14. September 2021 eine (soweit ersichtlich nicht aktenkundige) weitere Voranmeldung von Kurzarbeit eingereicht hatte (Arbeitsausfall von voraussichtlich 70 % für die Zeit vom 25. September 2021 bis 24. März 2022; 12 betroffene Arbeitnehmende) und die KAST in der Folge mit Verfügung vom 29. Oktober 2021 gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch einlegte (VB 540 ff.). Zur Begründung hielt sie unter anderem fest, bereits seit März 2020 habe die Beschwerdeführerin "mit Unterbrüchen total 10 Monate Kurzarbeitsentschädigung bezogen"; dabei werde die Voranmeldung "wiederkehrend mit dem Einbruch der Umsatzzahlen infolge Covid-19" begründet. Die "Covid-19 Lage" habe sich aber seit März 2020 massiv verbessert (VB 540).

An dieser Verfügung hielt sie mit Einspracheentscheid vom 19. Januar 2022 fest (VB 401 ff.). Dessen Begründung ist unter anderem Folgendes zu entnehmen: Die Beschwerdeführerin habe die Arbeitsausfälle durchgehend mit den Auswirkungen von Covid-19 und den fehlenden Beratungsgesprächen begründet. Sie verlange, dass die Umsätze der Geschäftsmo-nate während der Pandemie mit den Umsätzen vor der Pandemie verglichen würden. Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen sei ein Umsatz von Fr. 4'764'766.00 im Jahr 2018, von Fr. 7'513'532.00 im Jahr 2019 und von Fr. 12'750'486.00 im Jahr 2020 ersichtlich. Ein "Vergleich der Umsatzzahlen während dem ersten Jahr der Pandemie" zeige nun, dass die Umsätze "massiv über denjenigen der beiden Vorjahre (vor Pandemie)" lägen. Die Argumentation, es hätten keine Beratertätigkeiten durchgeführt werden können und die Umsätze seien deshalb eingebrochen, vermöchte bereits im Jahr 2020 nicht zu überzeugen und "spiegel[t]e[...] sich nicht in den Umsätzen" (vgl. VB 402 f.).

Ferner geht aus den Akten hervor, dass die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Voranmeldung von Kurzarbeit vom 16. März 2020 (VB 3497 ff.) für das Jahr 2019 einen Umsatz von "ca." Fr. 7'511'519.63 angegeben (VB 3499) und der Voranmeldung zudem ein Dokument "Zahlen 2018 aus dem Revisionsbericht" beigelegt hatte, welches einen betrieblichen Ertrag von total Fr. 4'769'226.41 auswies (VB 3501). Der weitere Verlauf des Geschäftsgangs ist aufgrund fehlender Angaben zum Umsatz der Jahre 2020 oder gar 2021 nicht aus den Akten ersichtlich, obschon gemäss Einspracheentscheid vom 19. Januar 2022 der Einsprachestelle die Umsatzzahlen von Januar bis August 2021 vorgelegen hätten (VB 403). Damit ist ebenfalls offen, ob und allenfalls wie die Kurzarbeitsentschädigungen jeweils durch die Beschwerdeführerin verbucht wurden.

### **2.2.2.**

Mit einer durch die KAST aufgrund der von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen festgestellten markanten Steigerung des Umsatzes von Fr. 4'764'766.00 im Jahr 2018 beziehungsweise Fr. 7'513'532.00 im Jahr 2019 auf Fr. 12'750'486.00 im (Pandemie-)Jahr 2020 erscheint das Vorliegen wirtschaftlicher Gründe für den von der Beschwerdeführerin für die Jahre 2020 und 2021 geltend gemachten Arbeitsausfall aufgrund der momentanen Aktenlage höchst fraglich. Indes erlauben die Akten nach dem Dargelegten zum jetzigen Zeitpunkt keine abschliessende Beurteilung dieser Umstände und damit des von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung für ihre Arbeitnehmenden.

Die Beschwerdegegnerin wird folglich weitere sachverhaltliche Abklärungen vorzunehmen haben, um alsdann über die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Ansprüche erneut zu entscheiden. Dabei wird sie auch Gelegenheit haben, die Akten zu vervollständigen und diesen unter anderem die Antwort des Staatssekretariats für Wirtschaft auf eine Anfrage der Beschwerdegegnerin vom 28. Juli 2021 (VB 2368 f.) hinzuzufügen. Gleiches gilt beispielsweise auch für die in der Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 22. September 2021 referenzierte "Rückfrage [...] vom 26.03.2021" (vgl. VB 768). In diesem Zusammenhang ist die Beschwerdegegnerin generell auf ihre Aktenführungspflicht gemäss Art. 46 ATSG aufmerksam zu machen und – auch im Hinblick auf allfällige künftige Verfahren – anzuhalten, *chronologisch* geordnete Akten zu führen und diese entsprechend abzulegen, um die Orientierung in den umfangreichen Akten (bereits jetzt über 3'500 Seiten) deutlich zu vereinfachen. Derzeit ist die Chronologie der Akten nicht einmal aus dem "Table of Contents" ersichtlich. Rechtsprechungsgemäss sind für jedes Sozialversicherungsverfahren alle Unterlagen, die massgeblich sein können, vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen (BGE 138 V 218 E. 8.1.2 S. 233); die Unterlagen sind *von Beginn weg in chronologischer Reihenfolge abzulegen* (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_616/2013 vom 28. Januar 2014 E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. A. 2020, Rz. 23 zu Art. 46 ATSG).

### **2.3.**

Nach dem Dargelegten ist der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 31. Januar 2022 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zur weiteren Abklärung im Sinne der Erwägungen und zur neuerlichen Entscheidung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

## **3.**

### **3.1.**

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG).

### 3.2.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz der richterlich festzusetzenden Parteikosten (Art. 61 lit. g ATSG), denn die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zwecks Vornahme ergänzender Abklärungen gilt als anspruchsbegründendes Obsiegen (BGE 132 V 215 E. 6.1 S. 235 mit Hinweisen).

---

### Das Versicherungsgericht erkennt:

#### 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 31. Januar 2022 aufgehoben und die Sache zur weiteren Abklärung im Sinne der Erwägungen und Neuverfügung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

#### 2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

#### 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin die Parteikosten in richterlich festgesetzter Höhe von Fr. 1'600.00 zu bezahlen.

---

Zustellung an:

die Beschwerdeführerin (Vertreter; 2-fach)

die Beschwerdegegnerin

das Staatssekretariat für Wirtschaft

das Amt für Wirtschaft und Arbeit

---

### 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

Vertreter zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 16. November 2022

**Versicherungsgericht des Kantons Aargau**

4. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Roth

Berner

