

**VBE.2022.291 / If / ce**

## Art. 36

**Urteil vom 20. März 2023**

Besetzung	Oberrichter Roth, Präsident Oberrichterin Fischer Oberrichterin Merkofer Gerichtsschreiberin Fricker
-----------	---

Beschwerde-  
führerin A. \_\_\_\_\_

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

Gegenstand	Beschwerdeverfahren betreffend AVIG (Einspracheentscheid vom 22. Juli 2022)
------------	--

---

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

### **1.**

Die Beschwerdeführerin führt als Inhaberin des Einzelunternehmens B. das Restaurant C. in Q. Nachdem ihr – jeweils auf entsprechendes Gesuch hin – mit verschiedenen Verfügungen für die Zeit vom 19. März 2020 bis 31. Januar 2022 Kurzarbeit für die in ihrem Restaurant beschäftigten Arbeitnehmenden bewilligt worden war, reichte sie dem Beschwerdegegner am 18. Januar 2022 eine Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Februar bis am 31. Juli 2022 bei einem zu erwartenden prozentualen Arbeitsausfall von 80 % pro Monat/Abrechnungsperiode für einen betroffenen Arbeitnehmenden ein. Mit Verfügung vom 18. Januar 2022 erhob der Beschwerdegegner keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung und legte den Beginn des – bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen bestehenden – entsprechenden Anspruchs auf den 1. Februar 2022 und dessen Ende auf den 31. Juli 2022 fest.

Nach weiteren Abklärungen und der Gewährung des rechtlichen Gehörs hob der Beschwerdegegner die Verfügung vom 18. Januar 2022 mit Verfügung vom 24. Juni 2022 auf, erhob neu teilweise Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung, legte das Anspruchsende neu auf den 31. März 2022 fest und verneinte einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. April 2022. Die dagegen erhobene Einsprache wies er mit Einspracheentscheid vom 22. Juli 2022 ab.

### **2.**

#### **2.1.**

Gegen den Einspracheentscheid vom 22. Juli 2022 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 19. August 2022 fristgerecht Beschwerde und beantragte sinngemäss dessen Aufhebung.

#### **2.2.**

Mit Vernehmlassung vom 5. September 2022 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde.

---

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

### **1.**

#### **1.1.**

Der Beschwerdegegner hielt in seinem Einspracheentscheid vom 22. Juli 2022 (Vernehmlassungsbeilage [VB] 8) im Wesentlichen fest, der Bundesrat habe mit Entscheid vom 16. Februar 2022 die schweizweiten Massnahmen gegen die Corona-Pandemie grösstenteils aufgehoben. Schwankungen der Auftragslage seien in Dienstleistungsbetrieben in der Regel üblich und würden keinen anrechenbaren Arbeitsausfall begründen. "[M]it dem

Wegfall der Corona-Massnahmen und der Dauer der Pandemie" seien die Schwankungen beim Unternehmen der Beschwerdeführerin indes nicht mehr auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen; der geltend gemachte Arbeitsausfall liege im branchen-, berufs- oder betriebsüblichen Bereich. Daher sei, in Aufhebung der Verfügung vom 18. Januar 2022, gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. April 2022 zu Recht Einspruch erhoben worden (VB 9 f.). Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber sinngemäss geltend, ihr Restaurant, das in einem Industriegebiet liege, habe auch nach Aufhebung der vom Bundesrat angeordneten Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus aufgrund der Folgen der Pandemie bzw. des Umstands, dass die Arbeitnehmenden verschiedener Unternehmen in der Umgebung ihre Arbeit nach wie vor im Homeoffice und nicht vor Ort leisteten, noch erhebliche finanzielle Einbussen zu gewärtigen. Die Voraussetzungen für die Zusprache von Kurzarbeitsentschädigung seien daher auch für die Zeit vom 1. April bis 31. Juli 2022 erfüllt, insbesondere liege ein anrechenbarer Arbeitsausfall vor.

## **1.2.**

Damit ist streitig und nachfolgend zu prüfen, ob der Beschwerdegegner zu Recht mit Einspracheentscheid vom 22. Juli 2022 (VB 8) im Rahmen des Voranmeldungsverfahrens gemäss Art. 36 AVIG in Wiedererwägung seiner Verfügung vom 18. Januar 2022 (VB 37) Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. April 2022 erhoben hat.

## **2.**

### **2.1.**

#### **2.1.1.**

Gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG (Wiedererwägung) kann die Verwaltung auf eine formell rechtskräftige Verfügung zugunsten oder zuungunsten der versicherten Person zurückkommen, soweit die Verfügung nicht Gegenstand materieller gerichtlicher Beurteilung geworden ist, sie zweifellos unrichtig ist und ihre Berichtigung als von erheblicher Bedeutung erscheint (vgl. BGE 133 V 50 E. 4.1 S. 52 mit Hinweis auf BGE 127 V 466 E. 2c S. 469).

#### **2.1.2.**

Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung, unter Einschluss unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts (BGE 144 I 103 E. 2.2 S. 105 f.; vgl. auch UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl. 2020, N. 46 zu Art. 53 ATSG mit Hinweis auf BGE 127 V 10 E. 4b S. 14). Zweifellos ist die Unrichtigkeit, wenn kein vernünftiger Zweifel daran möglich ist, dass die Verfügung (gemeint ist hierbei immer auch ein allfälliger Einspracheentscheid) unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss – derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung bzw. des Einspracheentscheids – möglich. 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 140 V 77 E. 3.1 S. 79; Urteil des Bundesgerichts 8C\_629/2016 vom 16. Januar 2017 E. 2.1.2). Diese Grundsätze sind auch zu beachten, wenn die zuständige Amtsstelle ein Gesuch um Kurzarbeit (im Grundsatz, d.h. bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen) bewilligt hat und diese Bewilligung später widerrufen will (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_474/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 2.3).

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.**

Ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn unter anderem der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und lit. d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist u.a. anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a S. 374 mit Hinweisen). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG).

### **2.2.2.**

Mit dem normalen Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG sind die "gewöhnlichen" Arbeitsausfälle gemeint, d.h. jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind. Was in diesem Sinne noch als normal gelten soll, darf nach der Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemein gültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall auf Grund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen. Dabei kommt dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit in aller Regel massgebende Bedeutung zu (BGE 138 V 333 E. 4.2.2 S. 337 mit Verweis auf BGE 119 V 498 E. 1 S. 499 f.).

Eine Pandemie kann aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar (vgl. Weisung des SECO vom 17. Dezember 2021, Weisung 2021/22, S. 6; Weisung des SECO vom 1. April 2022, Weisung 2022/06, S. 6).

### **2.3.**

Bei Härtefällen ebenfalls anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen ist, wenn der Arbeitgeber diesen nicht durch geeignete wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AVIV).

## **3.**

### **3.1.**

Zunächst ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner zu Recht auf seine (formell rechtskräftige) Verfügung vom 18. Januar 2022, mit welcher er keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 1. Februar bis am 31. Juli 2022 erhoben hatte (VB 37), zurückgekommen ist (vgl. E. 2.1. hiervor).

### **3.2.**

Im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 18. Januar 2022 (VB 37) stellte sich die Sach- und Rechtslage wie folgt dar:

Ab dem 20. Dezember 2021 galten bis vorerst am 24. Januar 2022 verschärfte Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus. Zu Innenräumen von Restaurants, von Kultur-, Sport- und Freizeitbetrieben sowie zu Veranstaltungen im Innern hatten nur noch geimpfte und genesene Personen Zugang (2G). Als zusätzlicher Schutz musste an diesen Orten eine Maske getragen und es durfte nur im Sitzen gegessen und getrunken werden. Wo die Maske nicht getragen oder wo nicht im Sitzen konsumiert werden konnte, wie in Discos und Bars, waren nur noch geimpfte und genesene Personen zugelassen, die zusätzlich ein negatives Testresultat vorweisen konnten (2G+). Ausserdem galt erneut eine Homeoffice-Pflicht (vgl. Medienmitteilung vom 17. Dezember 2021; <https://www.bag.admin.ch/-/bag/de/home/das-bag/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-86544.html>, letztmals besucht am 14. März 2023; vgl. Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Verordnung besondere Lage, vom 23. Juni 2021, Stand am 20. Dezember 2021).

Am 12. Januar 2022, mithin sechs Tage bevor der Beschwerdegegner die – später wiedererwägungsweise aufgehobene – Verfügung vom 18. Januar 2022 (VB 37) erliess, schlug der Bundesrat angesichts der angespannten Lage in den Spitälern vor, die am 17. Dezember 2021 beschlossenen Massnahmen bis Ende März 2022 zu verlängern, und startete dazu eine Konsultation (vgl. Medienmitteilung vom 12. Januar 2022; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-86772.html>, letztmals besucht am 14. März 2023).

Anlässlich seiner Sitzung vom 19. Januar 2022 entschied der Bundesrat, die Massnahmen gegen die Ausbreitung des Coronavirus zu verlängern. Die Homeoffice-Pflicht galt neu bis Ende Februar, ebenso die Kontaktquarantäne. Die 2G- und die 2Gplus-Regel für gewisse Innenräume, die ausgeweitete Maskenpflicht innen, die 3G-Regel für Veranstaltungen draussen ab 300 Personen sowie die Einschränkung privater Treffen galten provisorisch bis Ende März 2022, wobei der Bundesrat laufend überprüfen wollte, ob die Entwicklung der Pandemie eine frühere Aufhebung der Massnahmen zulasse (vgl. Medienmitteilung vom 19. Januar 2022; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-86839.html>, letztmals besucht am 14. März 2023; vgl. Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Verordnung besondere Lage, vom 23. Juni 2021, Stand am 25. Januar 2022).

Mit Beschluss vom 16. Februar 2022 hob der Bundesrat, mit Ausnahme der Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen sowie der Isolation positiv getesteter Personen, sämtliche schweizweiten Massnahmen gegen die Coronapandemie per 17. Februar 2022 auf (vgl. Medienmitteilung vom 16. Februar 2022; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-87216.html>, letztmals besucht am 14. März 2023; vgl. Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Verordnung besondere Lage, vom 16. Februar 2022). Am 30. März 2022 beschloss der Bundesrat per 1. April 2022 die Rückkehr in die normale Lage und hob auch die letzten Massnahmen auf (vgl. Medienmitteilung vom 30. März 2022; <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen/bundesrat.msg-id-87801.html>, letztmals besucht am 14. März 2023).

### **3.3.**

Der Beschwerdegegner begründete die wiedererwägungsweise Aufhebung der Verfügung vom 18. Januar 2022 mit der – erst gut vier Wochen nach deren Erlass – mit Beschluss vom 16. Februar 2022 erfolgten Aufhebung der meisten Massnahmen gegen die Coronapandemie, insbesondere der in casu in erster Linie massgeblichen Masken- und Zertifikatspflicht in

Restaurants und der Homeoffice-Empfehlung, per 17. Februar 2022 (VB 9). Am 18. Januar 2022 standen (auch) die fraglichen Massnahmen noch in Kraft, und der Bundesrat hatte wenige Tage zuvor vorgeschlagen, die am 17. Dezember 2021 beschlossenen Massnahmen bis Ende März 2022 zu verlängern (E. 3.2). Vor dem Hintergrund der geschilderten Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung vom 18. Januar 2022, mit welcher der Beschwerdegegner die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung - aufgrund einer prospektiven Beurteilung - für den Zeitraum vom 1. Februar bis am 31. Juli 2022 grundsätzlich bewilligte (VB 37), war der fragliche Entscheid jedenfalls nicht zweifellos unrichtig. Es ist damit kein Wiedererwägungsgrund im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG gegeben. Da auch kein anderer Rückkommenstitel ersichtlich ist, durfte der Beschwerdegegner nicht auf die Verfügung vom 18. Januar 2022 zurückkommen und das Anspruchsende für die (für den Fall der Erfüllung der weiteren entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen) bewilligte Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung statt auf den 31. Juli auf den 31. März 2022 festsetzen (vgl. E. 2.1. hiavor). Damit braucht auf die konkreten Gründe des gemäss der Beschwerdeführerin nach diesem Zeitpunkt trotz der Aufhebung der für ihren Betrieb primär relevanten Massnahmen noch anhaltenden Arbeitsausfalls nicht eingegangen zu werden.

#### **4.**

##### **4.1.**

Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 22. Juli 2022 aufzuheben.

##### **4.2.**

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

##### **4.3.**

Ausgangsgemäss hätte die Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz ihrer richterlich festzusetzenden Parteikosten (Art. 61 lit. g ATSG). Die Beschwerdeführerin ist indessen nicht anwaltlich vertreten und der von ihr betriebene Arbeitsaufwand liegt im Rahmen dessen, was die einzelne Person üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung ihrer persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat. Die Zusprechung einer Parteientschädigung drängt sich deshalb nicht auf (vgl. BGE 129 V 113 E. 4.1 S. 116, 110 V 13 E. 4d S. 134).

---

### **Das Versicherungsgericht erkennt:**

**1.**

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 22. Juli 2022 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, 20. März 2023

### **Versicherungsgericht des Kantons Aargau**

4. Kammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Roth

Fricker