

VBE.2023.165 / If / nl

Art. 76

Urteil vom 18. August 2023

Besetzung Oberrichter Kathriner, Präsident
 Oberrichterin Gössi
 Oberrichter Roth
 Gerichtsschreiberin Fricker

Beschwerde **A. _____**
führerin vertreten durch Jana Renker, B.A. Soc.Sc. UZH, c/o Renker Bünzli &
 Partner, Bahnhofstrasse 15, Postfach, 5600 Lenzburg

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

Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend AVIG
 (Einspracheentscheid vom 24. Februar 2023)

Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Die Beschwerdeführerin ist eine im Bereich Lüftungsmontage tätige Aktengesellschaft. Jeweils auf entsprechende Voranmeldung hin wurde mit Verfügungen vom 10. Juli 2020 (ersetzte Verfügung vom 30. März 2020), 21. August 2020, 23. November 2020 und 5. März 2021 kein Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 20. März 2020 bis am 28. Februar 2021 und vom 5. März bis am 4. Juni 2021 erhoben.

1.2.

Nach weiteren Abklärungen und der Gewährung des rechtlichen Gehörs hob der Beschwerdegegner die Verfügungen vom 10. Juli, 21. August und 23. November 2020 sowie vom 5. März 2021 mit Verfügung vom 27. September 2022 wiedererwägungsweise auf und erhob nunmehr Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 20. März 2020 bis am 4. Juni 2021. Die dagegen erhobene Einsprache wies er mit Einspracheentscheid vom 24. Februar 2023 ab.

2.

2.1.

Gegen den Einspracheentscheid vom 24. Februar 2023 erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 27. März 2023 fristgerecht Beschwerde und stellte nachfolgende Rechtsbegehren:

- "1. Der Einspracheentscheid vom 24.02.2023 sei aufzuheben.
2. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 20.03.2020-28.02.2021 sei zu bestätigen.
3. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Amtsstelle zurückzuweisen, um einen teilweisen Einspruch abzuklären und neu zu verfügen, da nur ein Teil des Arbeitsausfalles vermeidbar gewesen wäre.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

2.2.

Mit Vernehmlassung vom 19. April 2023 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde.

Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Der Beschwerdegegner hielt in seinem Einspracheentscheid vom 24. Februar 2023 (Vernehmlassungsbeilage [VB] 104) im Wesentlichen fest, die Beschwerdeführerin habe keine Anstrengungen unternommen, Temporärpersonal abzubauen und mit Festangestellten zu ersetzen. Überwiegend wahrscheinlich hätte zumindest ein Teil des Temporärpersonals mit Festangestellten ersetzt werden können. Damit sei die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen und die Arbeitsausfälle könnten nicht als unvermeidbar bezeichnet werden. Daher sei, in wiedererwägungsweiser Aufhebung der Verfügungen vom 10. Juli 2020, 21. August 2020, 23. November 2020 und 5. März 2021, gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 20. März 2020 bis am 4. Juni 2021 zu Recht Einspruch erhoben worden (VB 107). Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, sie habe ihre Schadenminderungspflicht nicht verletzt. Einerseits sei ein Austausch von Temporärmitarbeitenden durch festangestellte Mitarbeiter nicht mit geeigneten und tragbaren Massnahmen möglich gewesen. Andererseits habe sie wenn immer möglich Temporärmitarbeiter abgebaut und die Festangestellten bei Öffnung der Einschränkungen so schnell wie möglich wiedereingesetzt. Damit sei der Arbeitsausfall nicht vermeidbar gewesen (vgl. Beschwerde S. 7 ff.).

1.2.

Damit ist streitig und nachfolgend zu prüfen, ob der Beschwerdegegner zu Recht mit Einspracheentscheid vom 24. Februar 2023 (VB 104) im Rahmen des Voranmeldungsverfahrens gemäss Art. 36 AVIG in Wiedererwägung seiner Verfügungen vom 10. Juli 2020 (VB 262), 21. August 2020 (VB 254), 23. November 2020 (VB 243) und 5. März 2021 (VB 226) Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 20. März 2020 bis am 28. Februar 2021 und vom 5. März bis am 4. Juni 2021 erhoben hat. Im Zentrum steht dabei die Frage, ob die Weiterbeschäftigung von Temporärmitarbeitenden durch die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Schadenminderungspflicht dargestellt hat und folglich nicht von einem anrechenbaren Arbeitsausfall ausgegangen werden kann.

2.

2.1.

2.1.1.

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).

2.1.2.

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. Die Arbeitgeber müssen allerdings glaubhaft darlegen, inwiefern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind. Durch die Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie sind ebenfalls als aussergewöhnliche Umstände zu betrachten, so dass Arbeitsausfälle aufgrund solcher Massnahmen unter die Sonderregelung nach Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_89/2023 vom 2. Mai 2023 E. 2.3).

2.2.

2.2.1.

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).

2.2.2.

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 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). Anders verhält es sich, wenn der Wiedererwägungsgrund im Bereich materieller Anspruchsvoraussetzungen liegt, deren Beurteilung in Bezug auf gewisse Schritte und Elemente notwendigerweise Ermessenszüge aufweist. Erscheint die Beurteilung solcher Anspruchsvoraussetzungen (einschliesslich ihrer Teilaspekte) vor dem Hintergrund der Sach- und Rechtslage, wie sie sich im Zeitpunkt der rechtskräftigen Leistungszusprechung darbot, als vertretbar, scheidet die Annahme zweifelloser Unrichtigkeit aus (Urteil des Bundesgerichts 9C_525/2019 vom 20. November 2019 E. 4.1; UELI KIESER, a.a.O., N. 60 zu Art. 53 ATSG).

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).

3.

3.1.

Der Beschwerdegegner begründete die wiedererwägungsweise Aufhebung der Verfügungen vom 10. Juli 2020 (VB 262), 21. August 2020 (VB 254), 23. November 2020 (VB 243) und 5. März 2021 (VB 226) damit, dass die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen sei, da sie keine Anstrengungen unternommen habe, Temporärpersonal abzubauen und mit Festangestellten zu ersetzen. Da überwie-

gend wahrscheinlich zumindest ein Teil des Temporärpersonals mit Festangestellten hätte ersetzt werden können, könnten die Arbeitsausfälle nicht als unvermeidbar bezeichnet werden (VB 107). Diese Begründung des Beschwerdegegners greift jedoch zu kurz:

Vorab ist festzuhalten, dass der Umstand alleine, dass ein Gesuch stellendes Unternehmen auch temporär angestellte Mitarbeitende hat, noch nicht zu einer grundsätzlichen Verneinung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung führt. In Art. 33 Abs. 1 lit. e ist lediglich festgehalten, dass ein Arbeitsausfall unter anderem nicht anrechenbar ist, wenn er Personen betrifft, die im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen. Dies hat die Beschwerdeführerin jedoch auch nicht geltend gemacht.

Die Verneinung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung wegen Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalles muss sich auf hinreichend konkrete Gründe stützen und die geeigneten Massnahmen nennen, welche der Arbeitgeber zu ergreifen versäumt und auf diese Weise seine Schadenminderungspflicht verletzt hat (BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 274 mit Verweis auf BGE 111 V 379 E. 2a; AVIG-Praxis KAE [in den hier massgebenden ab 1. Januar 2020 und 1. Januar 2021 geltenden Fassungen] Rz. C4). Die Kurzarbeit ist nicht bereits deshalb vermeidbar, weil der Arbeitgeber ihr durch Personalentlassungen hätte vorbeugen können oder weil die Arbeitnehmenden die Möglichkeit haben, eine andere Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber zu finden (AVIG-Praxis KAE Rz. C5). Der Beschwerdegegner bringt als Massnahme, welche die Beschwerdeführerin zu ergreifen unterlassen hat, lediglich vor, die Beschwerdeführerin hätte Temporärpersonal mit Festangestellten ersetzen müssen (VB 107). Dabei verkennt der Beschwerdegegner jedoch insbesondere, dass die Beschwerdeführerin, als ihr bekannt wurde, dass eine Umstrukturierung aufgrund der längerdauernden Pandemie notwendig sein würde (vgl. AVIG-Praxis KAE Rz. C6), immer weniger Temporärpersonal eingesetzt hatte (vgl. Beschwerde S. 12 f., 13, 15, 17 f.; Beschwerdebeilage [BB] 6). Die Beschwerdeführerin legte zudem dar, dass die Mitarbeitenden, die von Kurzarbeit betroffen gewesen seien, auf den noch laufenden Baustellen keine Zulassung (aufwändige Arbeitssicherheitsschulungen und Zulassungsverfahren, welche vor Arbeitsinsatz auf der Baustelle durchgeführt werden müssten), fehlende Kenntnisse der konkreten Tätigkeit, teilweise einen unzumutbaren Arbeitsweg und / oder sprachliche Barrieren gehabt hätten und daher die noch im Einsatz gewesenen Temporärmitarbeitenden nicht ohne Weiteres hätten ersetzen können. Zudem hätten bei Verzögerungen hohe Konventionalstrafen bezahlt werden müssen, so dass eine komplette Einarbeitung und Auswechslung von Montageteams nicht möglich gewesen sei (vgl. Beschwerde S. 10 f.; VB 209 ff.). Dies erweist sich auch mit Blick darauf, dass die Kurzarbeitsentschädigung neben der Verhinderung des Eintritts von Ganzar-

beitslosigkeit der Erhaltung von Arbeitsplätzen im Interesse sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber dient, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines intakten Produktionsapparates über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BARBARA KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 256 mit Verweis unter anderem auf BGE 120 V 521 E. 3b S. 525), durchaus als nachvollziehbar.

Insgesamt ist damit nicht nur ein einziger Schluss möglich, nämlich derjenige, dass die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen wäre und keine zumutbare Vorkehren zur Abwendung des Arbeitsausfalles getroffen hätte. Somit erweisen sich die fraglichen Entscheide vom 10. Juli 2020 (VB 262), 21. August 2020 (VB 254), 23. November 2020 (VB 243) und 5. März 2021 (VB 226) jedenfalls nicht als zweifellos unrichtig. Es ist damit kein Wiedererwägungsgrund im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG gegeben (vgl. E. 2.2. hiervor). Da auch kein anderer Rückkommenstitel ersichtlich ist, durfte der Beschwerdegegner nicht auf die Verfügungen vom 10. Juli 2020 (VB 262), 21. August 2020 (VB 254), 23. November 2020 (VB 243) und 5. März 2021 (VB 226) zurückkommen und gegen die grundsätzlich (für den Fall der Erfüllung der weiteren entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen) bewilligte Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch erheben.

3.2.

Soweit die Beschwerdeführerin des Weiteren beantragt, der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 20. März 2020 bis 28. Februar 2021 sei zu bestätigen (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 2), ist darauf hinzuweisen, dass im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren grundsätzlich nur diejenigen Rechtsverhältnisse zu überprüfen bzw. zu beurteilen sind, zu welchen die zuständige Verwaltungsbehörde vorgängig verbindlich – in Form einer Verfügung bzw. eines Einspracheentscheids – Stellung genommen hat. Insoweit bestimmt die Verfügung bzw. der Einspracheentscheid 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 24. Februar 2023 (VB 104) wurde die Verfügung vom 27. September 2022 betreffend "Voranmeldung von Kurzarbeit" bestätigt, wonach zum einen die Verfügungen vom 10. Juli 2020 (VB 262), 21. August 2020 (VB 254), 23. November 2020 (VB 243) und 5. März 2021 (VB 226) wiedererwägungsweise aufgehoben worden waren und zum anderen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 20. März 2020 bis am 4. Juni 2021 erhoben worden war (VB 202). Der mit Rechtsbegehren Ziff. 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 24. Februar 2023 aufzuheben. Im Übrigen ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4.2.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. f^{bis} 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 24. Februar 2023 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.

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, 18. August 2023

Versicherungsgericht des Kantons Aargau

1. Kammer

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiberin:

Kathriner

Fricker