

# **SO\_GERICHTE VSBES.2020.2 vom 20. Dezember 2019**

SO Obergericht, 2019-12-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VSBES.2020.2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2020.2)

FR: SO\_GERICHTE VSBES.2020.2 du 20 décembre 2019

IT: SO\_GERICHTE VSBES.2020.2 del 20 dicembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Der Versicherte A.\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) machte bei der Syna Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) per 1. Januar 2018 einen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung geltend (vgl. Akten der Syna Arbeitslosenkasse [Syna S.] 189 ff., 195 f.). Nach Prüfung der Anspruchsberechtigung eröffnete die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer eine Rahmenfrist für den Bezug von Arbeitslosenentschädigung vom 1. Januar 2018 bis am 31. Dezember 2019 und entrichtete ihm Taggelder der Arbeitslosenversicherung (siehe bspw. die Abrechnungen von Januar bis Juni 2018, Syna S. 134, 137, 140, 143, 146, 151).

1.2 Per 8. Oktober 2018 trat der Beschwerdeführer einen durch die B.\_\_\_\_ AG vermittelten temporären Arbeitseinsatz bei der C.\_\_\_\_ AG in [...] an (vgl. Einsatzvertrag vom 5. Oktober 2018 [Syna S. 113]). Das dabei erzielte Einkommen rechnete die Beschwerdegegnerin in der Folge als Zwischenverdienst an und gewährte dem Beschwerdeführer entsprechende Kompensationszahlungen (vgl. Syna S. 53 ■ 112).

1.3 Nach einer Revision des Dossiers des Beschwerdeführers durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verneinte die Beschwerdegegnerin mit Verfügung vom 18. Oktober 2019 (Syna S. 30 ff.) die Anspruchsberechtigung rückwirkend ab 8. Oktober 2018 wegen Aufnahme einer finanziell zumutbaren Arbeit und forderte zu viel bezahlte Leistungen für die Kontrollperioden Oktober bis Dezember 2018, Februar bis März 2019 und Mai bis Juni 2019 in Höhe von insgesamt CHF 8'592.50 zurück. Die dagegen erhobene Einsprache vom 28. Oktober 2019 (Syna S. 28) wies die Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 20. Dezember 2019 (Syna S. 5 ff.; Aktenseiten [A.S.] 1 ff.) ab. Gleichzeitig hielt sie in ihrem Entscheid fest, das ebenfalls am 28. Oktober 2019 eingereichte Erlassgesuch (Syna S. 26) könne erst geprüft werden, nachdem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden worden sei (Syna S. 6; A.S. 2).

### **E. 2**

2.1 Mit Zuschrift vom 27. Dezember 2019 (A.S. 5) erhebt der Beschwerdeführer beim Versicherungsgericht des Kantons Solothurn (nachfolgend: Versicherungsgericht) Beschwerde und beantragt sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 20. Dezember 2019 bzw. den Erlass der Rückforderung.

2.2 Die Beschwerdegegnerin verzichtet mit Schreiben vom 13. Januar 2020 (A.S. 9) auf eine Beschwerdeantwort.

3. Mit prozessleitender Verfügung vom 8. Juli 2020 (A.S. 11) wird der Beschwerdegegnerin Frist gesetzt, dem Gericht sämtliche Korrespondenz mit dem SECO betreffend den Beschwerdeführer, insbesondere auch im Zusammenhang mit der in den

Akten erwähnten Revision vom Oktober 2019, einzureichen. Am 20. Juli 2020 reicht die Beschwerdegegnerin weitere Unterlagen zu den Akten (vgl. A.S. 13).

#### E. 4

4.1 Der versicherte Verdienst des Beschwerdeführers beträgt in den vorliegend relevanten Kontrollperioden ab Oktober 2018 CHF 5'755.00 (vgl. Berechnungstabelle, Syna S. 157 ff.), woraus sich bei einem Taggeldansatz von 70 % und 21.7 Arbeitstagen ein Taggeld von CHF 185.65 ergibt (siehe bspw. die Abrechnung für Oktober 2018, Syna S. 107).

4.2 Gemäss Einsatzvertrag vom 5. Oktober 2018 (Syna S. 113) konnte der Beschwerdeführer per 8. Oktober 2018, vermittelt durch die B.\_\_\_\_ AG, einen temporären Arbeitseinsatz bei der C.\_\_\_\_ AG in [...] antreten. Zur Arbeitszeit wurde darin Folgendes festgehalten:

«Durchschnittlich 40 Std. pro Woche. Sie bestätigen mit Ihrer Unterschrift auf dem Rapport, dass Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit allein auf Ihren Wunsch resultieren und erklären ausdrücklich, dass nur diese geleisteten Arbeitsstunden entlohnt werden.»

Der Stundenlohn belaufe sich auf CHF 21.47 bzw. einschliesslich Ferienentschädigung von 8.33 % (CHF 1.85) und Feiertagsentschädigung von 3.2 % (CHF 0.69) sowie Anteil 13. Monatslohn von 8.33 % (CHF 2.00) auf total CHF 26.00. Der Einsatzbetrieb unterstehe dem Gesamtarbeitsvertrag (GAV) Personalverleih.

4.3 Gestützt auf die von der B.\_\_\_\_ AG ausgefüllten Formulare «Bescheinigung über Zwischenverdienst» (Syna S. 57 f., 65 f., 71 f., 77 f., 83 f., 87 f., 94 f., 100 f., 105 f., 111 f.) und die monatlichen Angaben des Beschwerdeführers (Syna S. 55 f., 63 f., 69 f., 75 f., 81 f., 89 f., 92 f., 98 f., 103 f., 108 f.) berechnete die Beschwerdegegnerin für die Kontrollperioden ab Oktober 2018 jeweils den Zwischenverdienst (AHV-pflichtiger Bruttolohn abzüglich / zuzüglich Ferienentschädigung; vgl. Syna S. 54) und die Anzahl entschädigungsberechtigter Taggelder. Nach Abzug der Beiträge an die Sozialversicherungen gewährte die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer folgende Leistungen (in CHF; vgl. Abrechnungen, Syna S. 53, 59, 67, 74, 79, 85, 91, 96, 102, 107):

Kontrollperiode	Bruttolohn	Zwischenverdienst	# Taggelder	Auszahlung
Oktober 2018	3'874.83	3'599.80	9.4	1'663.10
November 2018	4'282.81	3'978.80	7.0	1'176.40
Dezember 2018	2'882.85	3'461.90	7.9	1'332.65
Januar 2019	4'804.80	4'443.10	0.0	0.00
Februar 2019	3'213.62	3'369.20	7.3	1'250.10
März 2019	4'147.56	3'853.15	6.5	1'113.10
April 2019	4'404.82	4'092.15	0.0	0.00
Mai 2019	3'673.88	3'604.00	9.4	1'609.65
Juni 2019	3'537.46	3'286.35	7.6	1'301.50
Juli 2019	4'640.22	4'631.10	0.0	0.00

Von Oktober 2018 bis Juli 2019 entrichtete die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer somit Leistungen im Gesamtbetrag von CHF 9'446.50, einschliesslich die bis zur Aufnahme des Arbeitseinsatzes bei der C.\_\_\_\_ AG am 8. Oktober 2018 gewährte Arbeitslosenentschädigung (brutto CHF 928.25 [= fünf kontrollfreie Bezugstage x Taggeld von CHF 185.65] bzw. netto CHF 854.00; vgl. Syna S. 41). Die Kompensationszahlungen an den Beschwerdeführer für den fraglichen Zeitraum betragen demnach (netto) CHF 8'592.50 (= CHF 9'446.50 ■ CHF 854.00).

4.4 Mit Revisionsbericht vom 30. August 2019 beanstandete das SECO diese Kompensationszahlungen an den Beschwerdeführer. Im Einzelarbeitsvertrag sei eine durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden vereinbart und festgehalten worden, dass Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit allein auf Wunsch des Arbeitnehmers resultierten. Die Kasse habe das infolge Ferien, Feiertagen und sonstigen Absenzen tiefer ausgefallene Einkommen als Zwischenverdienst berücksichtigt. Der Stundenlohn des Beschwerdeführers habe CHF 23.26 (Grundlohn + Anteil 13. Monatslohn) betragen, was bei einer vereinbarten wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden ein Tageseinkommen von CHF 186.08 (= CHF 23.26 x 8 Std.) ergebe und somit höher als das Taggeld von CHF 185.65 zu liegen komme. Somit sei die von der B.\_\_\_\_ AG vermittelte und länger als eine Kontrollperiode dauernde Stelle bei der C.\_\_\_\_ AG finanziell zumutbar und die Verdienste könnten nicht als Zwischenverdienst angerechnet werden. Es sei nicht Sache der Arbeitslosenversicherung, Verdienstauffälle infolge Betriebs- oder individuellen Ferien innerhalb eines finanziell zumutbaren Arbeitsverhältnisses zu decken. Abgesehen davon habe der Beschwerdeführer den Lohn für die Dauer der Ferien in Form der Ferienentschädigung ■ zumindest teilweise ■ vor und nach den Ferien erhalten. Mit Revisionsverfügung vom 9. Oktober 2019 bestätigte das SECO den beanstandeten Bruttobetrag von CHF 9'301.10 (vgl. die am 20. Juli 2020 nachgereichten Unterlagen der Beschwerdegegnerin).

4.5 In ihrer Rückforderungsverfügung vom 18. Oktober 2019 (Syna S. 30 ff.) führte die Beschwerdegegnerin aus, im Einsatzvertrag vom 5. Oktober 2018 sei eine durchschnittliche Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche vereinbart worden. Zudem sei festgehalten worden, dass Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit allein auf Wunsch des Beschwerdeführers resultierten. Demnach habe der Beschwerdeführer die Zusicherung einer Vollzeitbeschäftigung gehabt. Eine Abweichung der Mindeststunden resultiere gemäss Vertrag einzig auf Wunsch des Versicherten. Ein daraus resultierender Verdienstaufschlag könne von der Arbeitslosenkasse nicht gedeckt werden. Vom Stundenlohn monatlich als Zwischenverdienst angerechnet würden brutto CHF 24.16 (Stundenlohn CHF 21.47 + Feiertagsentschädigung CHF 0.69 + Anteil 13. Monatslohn CHF 2.00). Bei einer vereinbarten Arbeitszeit von wöchentlich 40 Stunden betrage die tägliche acht Stunden. Daraus ergebe sich ein anrechenbares Tageseinkommen von CHF 193.28, welches folglich das dem Beschwerdeführer zustehende Taggeld (Kippgrösse) von CHF 185.65 übersteige. Der Beschwerdeführer habe somit per 8. Oktober 2018 eine finanziell zumutbare und mindestens eine ganze Kontrollperiode dauernde Arbeit aufgenommen, weshalb er nicht als arbeitslos gelte und die Anspruchsvoraussetzungen nicht mehr erfülle. Die Abrechnungen der Kontrollperioden Oktober 2018 bis Juli 2019 seien daher zu Unrecht erfolgt. Die rückwirkende Korrektur der zu Unrecht ausbezahlten Taggelder in den genannten Monaten ergebe einen Rückforderungsbetrag von netto CHF 8'592.50 (vgl. auch die korrigierten Taggeldabrechnungen, Syna S. 35 ■ 44). Mit Einspracheentscheid vom 20.

Dezember 2019 (A.S. 1 ff.) bestätigte die Beschwerdegegnerin die Rückforderungsverfügung vom 18. Oktober 2019.

#### **E. 4.6**

4.6.1 Mit Verfügung vom 15. September 2020 (A.S. 17 f.) unterbreitete das Gericht der B.\_\_\_\_ AG (unter Beilage der entsprechenden Aktenstücke) folgende Fragen:

1. Auf den von Ihnen unterzeichneten Formularen «Bescheinigung über Zwischenverdienst» wurde jeweils angekreuzt, dass mit dem Beschwerdeführer A.\_\_\_\_ anlässlich seines Temporäreinsatzes bei der Firma C.\_\_\_\_ AG, [...], ab 8. Oktober 2018 keine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart worden sei. Ist dies zutreffend oder wurde eine wöchentliche Arbeitszeit vereinbart (in welcher Höhe)?
2. Weiter wurde auf den vorstehend genannten Formularen angegeben, dass dem Beschwerdeführer A.\_\_\_\_ in den bescheinigten Monaten jeweils nicht mehr Arbeitsstunden angeboten worden seien. Ist dies zutreffend oder wurden dem Beschwerdeführer jeweils mehr Arbeitsstunden angeboten (wie viele)?
3. Wie sind die Angaben auf dem Einsatzvertrag vom 5. Oktober 2018 zu verstehen bzw. einzuordnen, wonach die Arbeitszeit «durchschnittlich 40 Std. pro Woche» betrage und Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit allein auf Wunsch des Beschwerdeführers A.\_\_\_\_ resultierten? Dies insbesondere im Zusammenhang mit den interessierenden Feststellungen in den Zwischenverdienstformularen gemäss Ziffer 1 und 2 hievor.

4.6.2 Mit Schreiben vom 22. September 2020 (A.S. 19 f.) nahm die B.\_\_\_\_ AG zu den vorstehenden Fragen Stellung. Betreffend Wochenarbeitszeit (Frage 1) führte sie aus, der Temporäreinsatz des Beschwerdeführers bei der Firma C.\_\_\_\_ AG in [...] sei dem GAV Personalverleih unterstellt gewesen. Dieser sehe unter Art. 12 Abs. 1 eine wöchentliche Arbeitszeit von 42 Stunden vor. Da es in der Produktion zu zeitlichen Schwankungen kommen könne, sei mit Herrn A.\_\_\_\_, wie im Einsatzvertrag vom 5. Oktober 2018 unter der Rubrik «Arbeitszeit» festgehalten, eine durchschnittliche Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche vereinbart worden. In den bescheinigten Monaten, so die Antwort der B.\_\_\_\_ AG zu Frage 2, seien Herrn A.\_\_\_\_ keine zusätzlichen Arbeitsstunden angeboten worden. Der Passus im Vertrag, wonach Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit allein auf Wunsch des Mitarbeiters resultierten (Frage 3), beziehe sich darauf, dass nur angeordnete Überstunden durch den Kunden gemäss GAV Personalverleih entschädigt würden. Im Falle von reduzierter Arbeitszeit, welche im Verschulden des Arbeitsgebers gründe, werde die Arbeit in Verzug entgolten. Überstundenarbeit ohne Anweisung, wie sie vielfach von Temporärmitarbeitern praktiziert werde, könne und werde daher nicht mit einem Zuschlag gemäss GAV Personalverleih entschädigt. Die Parteien liessen sich zur Stellungnahme der B.\_\_\_\_ AG nicht vernehmen (vgl. A.S. 26).

#### **E. 5**

5.1 Gemäss den vorstehend dargelegten Akten geht die Beschwerdegegnerin ■ nach der Revision durch das SECO ■ somit von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden bzw. umgerechnet von einer täglichen Arbeitszeit von acht Stunden aus (vgl. E. II. 4.5 hievor). Unter Berücksichtigung des Grundlohnes (CHF 21.47), der Feiertagsentschädigung (CHF 0.69) und des Anteils 13. Monatslohn (CHF 2.00), jedoch ohne die erst im Zeitpunkt des effektiven Ferienbezugs anzurechnende Ferienentschädigung (CHF 1.85; vgl.

E. II. 3.2), ergibt sich ■ bei dieser Betrachtungsweise ■ ein (Brutto-)Tageseinkommen von CHF 193.28 (= CHF 24.16 x 8 Std.), welches das (Brutto-)Taggeld von CHF 185.65 übersteigt und folglich die Annahme eines Zwischenverdienstes ausschliesst (vgl. E. II. 3.1 und 3.3). Zum gleichen Ergebnis kommt man auch mit der Berechnungsweise des SECO (vgl. E. II. 4.4 hievor), das unter Anrechnung lediglich des Grundlohnes und des Anteils des 13. Monatslohns auf einen Tagesverdienst von CHF 186.08 (recte: CHF 187.76 = [CHF 21.47 + CHF 2.00] x 8 Std.) kommt, der ebenfalls höher als das Arbeitslosentaggeld von CHF 185.65 ausfällt.

5.2 Aus den von der B. \_\_\_ AG ausgefüllten Bescheinigungen (vgl. E. II. 4.3 hievor) sowie der mit Eingabe vom 22. September 2020 eingereichten «Stunden- und Absenzenkontrolle 2019» des Beschwerdeführers (A.S. 22; vgl. E. I. 4.2) gehen allerdings täglich und monatlich schwankende Arbeitszeiten hervor. Gemäss Einsatzvertrag vom 5. Oktober 2018 (vgl. E. II. 4.2 hievor) hat die Verleiherin mit dem Beschwerdeführer denn auch eine Arbeitszeit von «durchschnittlich 40 Std. pro Woche» vereinbart, womit sich lediglich eine «durchschnittliche tägliche Arbeitszeit» von acht Stunden und entsprechend ein «durchschnittliches Tageseinkommen» (von CHF 193.28 oder CHF 187.76) ergeben. Gleichzeitig kann den Bescheinigungsformularen sowie der durch das Gericht eingeholten und unbestritten gebliebenen Stellungnahme der B. \_\_\_ AG vom 22. September 2020 (A.S. 19 f.; vgl. E. II. 4.6 hievor) entnommen werden, dass dem Beschwerdeführer pro Kontrollperiode jeweils keine zusätzlichen Stunden angeboten worden sind. Soweit die Beschwerdegegnerin also unter Verweis auf den Einsatzvertrag vorbringt, eine Abweichung der «Mindeststunden» resultiere einzig auf Wunsch des Beschwerdeführers, kann dem nicht gefolgt werden. Gemäss Erläuterungen der Personalverleiherin sei die Formulierung im Einsatzvertrag, wonach Abweichungen von der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit allein auf Wunsch des Mitarbeiters resultierten (vgl. E. II. 4.2 hievor), dem Umstand geschuldet, dass Temporärmitarbeitende vielfach Überstundenarbeit ohne Anweisung leisteten. Die erwähnte Klausel soll diesbezüglich offenbar sicherstellen, «dass nur angeordnete Überstunden [ ] gemäss GAV Personalverleih [mit einem Zuschlag] entschädigt werden» (vgl. E. II. 4.6.2 hievor).

5.3 Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die Vereinbarung einer durchschnittlichen Arbeitszeit im Einsatzvertrag einzuordnen ist bzw. ob damit auch eine Zusicherung im Umfang des (durchschnittlichen) Pensums vorliegt. Bejahendenfalls wäre sodann zu prüfen, ob auf die durchschnittliche Arbeitszeit bzw. das daraus errechnete durchschnittliche Tageseinkommen abzustellen ist, was eine Anrechnung als Zwischenverdienst und einen Anspruch auf Kompensationszahlungen (wie vorstehend erläutert) ausschliessen würde, oder ob die (entsprechend der unregelmässigen Verteilung der Stunden) schwankenden Monatslöhne zu berücksichtigen sind, wie es die Beschwerdegegnerin ursprünglich tat und was zur Anrechnung als Zwischenverdienst und Ausrichtung von Kompensationszahlungen in den tiefer entlohten Monaten führte (vgl. E. II. 4.3 hievor).

## **E. 6**

6.1 Gemäss Art. 19 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 lit. d des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11) ist der Verleiher verpflichtet, im Arbeitsvertrag mit dem Arbeitnehmer die Arbeitszeiten schriftlich zu regeln. Die Vereinbarung einer durchschnittlichen Arbeitszeit hat das SECO mit Weisung 2019/1 vom 19. Dezember 2019 («Die Arbeitszeitenregelung im

Arbeitsvertrag und die damit verbundene Lohnzahlungspflicht des Verleihers»; abrufbar unter <<https://www.arbeit.swiss/secoalv/de/home/menue/arbeitsvermittlung/private-arbeitsvermittlung-und-personalverleih.html>> [besucht am 24. November 2020]) grundsätzlich als zulässig eingestuft. Dabei sei die Formulierung «im Durchschnitt 42 Std./Woche» statthaft, nicht hingegen «ungefähr 42 Std./Woche im Durchschnitt», da zu ungenau (vgl. Varianten auf S. 3 der Weisung).

## **E. 6.2**

6.2.1 Kann die Arbeit infolge Verschuldens des Arbeitgebers nicht geleistet werden oder kommt er aus anderen Gründen mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, so bleibt er zur Entrichtung des Lohnes verpflichtet, ohne dass der Arbeitnehmer zur Nachleistung verpflichtet ist (Art. 324 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR; SR 220]). Diese Vorschrift ist zwingender Natur und darf zu Ungunsten des Arbeitnehmers nicht abgeändert werden (vgl. Art. 362 Abs. 1 OR). Ein Verzug liegt beispielsweise vor, wenn ein Arbeitgeber anstelle des vertraglich vereinbarten durchschnittlichen Arbeitspensums von monatlich 70 Stunden nur 52.56 Stunden zuweist (Streiff / von Kaenel / Rudolph, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 ■ 362 OR, 7. Auflage, Zürich 2012, N 2 zu Art. 324 OR mit Hinweis auf ein Urteil aus dem Kanton Zürich). Die Gefahr, dass ein Entleiher von Arbeitskräften keine Arbeit hat oder einen Arbeitnehmer aus anderen Gründen nicht beschäftigen will, gehört zum Betriebsrisiko der Temporärfirma (Streiff / von Kaenel / Rudolph, a.a.O., N 5 zu Art. 324 OR mit Hinweisen auf kantonale Rechtsprechung).

6.2.2 Das SECO führt dazu in seiner Weisung 2019/1 (vgl. E. II. 6.1 hievore) Folgendes aus:

Wenn im Arbeits- bzw. Einsatzvertrag vereinbart wird, dass der Arbeitnehmer 40 Stunden pro Woche einen Einsatz in einem Drittbetrieb leistet, hat er grundsätzlich Anspruch auf 40 Stundenlöhne pro Woche, davon ausgehend, dass Stundenlohn vereinbart wurde. Mit der Unterzeichnung des Einsatzvertrages bietet der Arbeitnehmer nämlich seine Dienste in diesem Umfang an und der Arbeitgeber, der den Vertrag ebenfalls unterzeichnet hat, ist demgegenüber verpflichtet, im Umfang der vereinbarten Arbeitszeiten die Arbeitsleistung anzunehmen. Weicht nun der Stunden- bzw. Arbeitsrapport von den im Einsatzvertrag vereinbarten Stunden nach unten ab, ist der Verleiher verpflichtet, den Arbeitnehmer im Umfang von den im Einsatzvertrag vereinbarten 40 Stunden zu entlohnen und es darf nicht einfach auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abgestellt werden. Das Risiko, dass der Einsatzbetrieb nicht im vereinbarten Umfang Arbeit anbieten kann, geht auf den Verleiher über, weil es dieser ist, der mit dem Arbeitnehmer die arbeitsvertragsrechtliche Beziehung pflegt und gehalten ist, die zwingenden Bestimmungen von Art. 319 ff. OR zu berücksichtigen (SECO-Weisung 2019/1, S. 5).

In der Praxis kann es toleriert werden, dass die täglichen oder wöchentlichen Arbeitszeiten schwanken, solange im Mittel monatlich oder bei kurzen Einsätzen wöchentlich mindestens die vereinbarte Arbeitszeit geleistet und entschädigt wird. In diesem Sinne kann auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abgestellt werden. Abweichungen der Arbeitszeit von 5 % können im Einzelfall gerechtfertigt sein. [ ] Ebenfalls ist es natürlich zulässig, auf den Stunden- bzw. Arbeitsrapport abzustellen, wenn die Nichtleistung der vereinbarten Arbeitszeit im Verschulden des Arbeitnehmers (unentschuldigtes Fernbleiben oder Verlassen der Arbeitsstelle) liegt (a.a.O., S. 6).

## **E. 7**

7.1 Die Vereinbarung einer durchschnittlichen Arbeitszeit im Rahmen des Personalverleihs ist nach dem unter E. II. 6.1 Gesagten grundsätzlich zulässig. Die konkrete Formulierung gemäss Einsatzvertrag vom 5. Oktober 2018 («durchschnittlich 40 Std. pro Woche»; vgl. E. II. 4.2 hievor) ist ■ auch mit Blick auf die nachvollziehbaren Ausführungen des SECO ■ nicht zu beanstanden. Auch wenn vorliegend nicht ganz klar ist, über welchen Zeitraum dieser Durchschnitt von 40 Wochenstunden berechnet wird (pro Jahr oder über die gesamte Einsatzdauer betrachtet), lässt sich die vereinbarte Arbeitszeit hinreichend genau bestimmen. Die von der B.\_\_\_\_ AG eingereichte Stunden- und Absenzenkontrolle des Beschwerdeführers (A.S. 22) zeigt denn auch (zumindest für das Jahr 2019), dass in den Kalenderwochen mit fünf geleisteten Arbeitstagen ■ also ohne über die Krankentaggeldversicherung abgerechnete Krankheitstage, ohne mittels entsprechender Lohnzuschläge abgegoltene Feier- oder Ferientage sowie ohne unbezahlte Tage ■ grösstenteils ein Pensum von 40 oder mehr Stunden erreicht worden ist. Jedenfalls ändert die Vereinbarung einer durchschnittlichen Arbeitszeit nichts daran, dass dieses (im Durchschnitt zu erreichende) Pensum grundsätzlich als vertraglich zugesichert gilt und die Arbeitgeberin (bzw. hier die Verleiherin) folglich in Verzug gerät, wenn (durch die Entleiherin) (im Durchschnitt) weniger Arbeit zugewiesen wird (vgl. E. II. 6.2 hievor). Die Arbeitgeberin bzw. Temporärfirma bleibt in diesen Fällen zur Ausrichtung des Lohnes verpflichtet, sofern der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung gehörig angeboten hat. Der Beschwerdeführer hat somit ■ (mindestens) über die gesamte Einsatzdauer gesehen ■ grundsätzlich Anspruch auf durchschnittlich 40 Stundenlöhne pro Woche und wäre notfalls auch gehalten, seine Lohnforderung gegenüber der Personalverleiherin durchzusetzen, zumal es nicht Sache der Arbeitslosenversicherung ist, Forderungen der versicherten Person gegenüber der Arbeitgeberin zu erfüllen und damit letztere von ihrer Leistungspflicht zu befreien (vgl. AVIG-Praxis ALE, Rz. C142).

7.2 Es bleibt zu prüfen, ob zur Beurteilung der lohnmassigen Zumutbarkeit die monatlichen Schwankungen der Arbeitszeit bzw. der Monatslöhne oder aber die durchschnittliche Arbeitszeit bzw. Entlohnung zu berücksichtigen sind (vgl. E. II. 5.3 hievor). Ein Abstellen auf die monatlich schwankenden Arbeitszeiten und Löhne und nicht auf die (vertraglich zugesicherten; vgl. E. II. 7.1 hievor) Durchschnittswerte führte jedoch zu einer stossenden Ungleichbehandlung, wie gerade der vorliegende Fall illustriert: Wird von einer kontinuierlichen Arbeitszeit von 40 Stunden pro Woche ausgegangen, übersteigt das anzurechnende Tageseinkommen das Arbeitslosentaggeld (Kippgrösse) und es besteht während der gesamten Einsatzdauer kein Anspruch auf Kompensationszahlungen (vgl. E. II. 5.1 hievor). Werden hingegen exakt gleich viele (mit demselben Stundenlohn zu entschädigende) Arbeitsstunden unterschiedlich auf die einzelnen Monate verteilt, führt dies unter Umständen bereits bei relativ geringen Schwankungen zu Kompensationszahlungen für jene Monate mit tieferen Stundenzahlen und Löhnen (wie ursprünglich auch hier von der Beschwerdegegnerin angenommen; vgl. E. II. 4.3 hievor). Und dies, obwohl die versicherte Person über die gesamte Einsatzdauer zusammengerechnet gleich viele Stunden gearbeitet und insgesamt gleich viel verdient hat wie in der ersten Konstellation. Auch aus Gründen der Missbrauchsverhinderung ist eine solche Ungleichbehandlung daher abzulehnen. Schliesslich spricht auch ein Vergleich mit der Zwischenverdienstberechnung beim Jahresarbeitszeitmodell für das Heranziehen der durchschnittlichen Arbeitszeit: Ist bei vereinbarter Jahresarbeitszeit ein gleichbleibender Monatslohn geschuldet, so ist dieser als Zwischenverdienst anzurechnen, unabhängig davon, wieviel in der betreffenden Periode tatsächlich gearbeitet wurde (vgl. AVIG-Praxis

ALE, Rz. C140). Arbeitszeitliche Schwankungen unter dem Jahr sollen folglich bei der Prüfung, ob ein Zwischenverdienst vorliegt, unberücksichtigt bleiben. Was beim Jahresarbeitszeitmodell also über den (gleichbleibenden) Monatslohn bewerkstelligt wird, kann vorliegend nur mit dem Abstellen auf die Durchschnittswerte gewährleistet werden.

7.3 Nach dem Gesagten ist zur Prüfung eines Zwischenverdienstes im Fall des Beschwerdeführers auf die vertraglich vereinbarte durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden abzustellen. Wie vorstehend dargelegt (vgl. E. II. 5.1 f.) ergibt sich bei einer durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit von somit acht Stunden ein durchschnittliches Tageseinkommen von CHF 193.28 (oder ggf. CHF 187.76), das über dem errechneten Arbeitslosentaggeld von CHF 185.65 (Kippgrösse) liegt. Folglich hat der Beschwerdeführer mit Aufnahme der über die B. \_\_\_ AG vermittelten Tätigkeit bei der C. \_\_\_ AG per 8. Oktober 2018 eine finanziell zumutbare und mindestens eine ganze Kontrollperiode dauernde Arbeit aufgenommen, weshalb die Arbeitslosigkeit als beendet gilt und für die Annahme eines Zwischenverdienstes kein Raum bleibt (vgl. E. II. 3.3 hievor). Der Beschwerdeführer hat daher materiell keinen Anspruch auf die von der Beschwerdegegnerin geleisteten Kompensationszahlungen für die Monate Oktober bis Dezember 2018, Februar bis März 2019 und Mai bis Juni 2019 im Umfang von insgesamt CHF 8'592.50 (vgl. E. II. 4.3 hievor). Es handelt sich somit um unrechtmässig bezogene Leistungen, die grundsätzlich zurückerstattet werden müssen (vgl. E. II. 2.1 hievor). Ausserdem sind die Voraussetzungen der Wiedererwägung erfüllt, zumal die ursprüngliche Leistungszusprechung (wie dargelegt) nicht im Einklang mit den Rechtsregeln bzw. den Verwaltungsweisungen des SECO und der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts erfolgte und somit als zweifellos unrichtig im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG gilt (vgl. E. II. 2.2 hievor; zur erheblichen Bedeutung der Berichtigung siehe bereits E. II. 2.3 hievor). Es stellt sich nunmehr die Frage, ob die Rückforderung verwirkt ist.

## **E. 8**

8.1 Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG). Die relative einjährige Frist läuft dabei ab dem Zeitpunkt, in welchem die Verwaltung (nach dem ursprünglichen Fehler) bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen (Urteil des Bundesgerichts 9C\_245/2012 vom 29. Oktober 2012 E. 5.1.2). Wenn aufgrund der Akten keine Gewissheit, aber hinreichender Anlass für ergänzende Abklärungen besteht, müssen diese in der Folge innert nützlicher Frist durchgeführt werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_927/2012 vom 5. Juli 2013 E. 5.2). Hat der Versicherungsträger oder die Durchführungsstelle irrtümlich eine zu hohe Leistung ausgerichtet, ist für die Auslösung der Verwirkungsfrist nicht dieser ursprüngliche Irrtum, sondern erst der Zeitpunkt massgebend, an dem sich die Amtsstelle bei Anwendung der zumutbaren Aufmerksamkeit über ihren Fehler hätte Rechenschaft geben müssen (BGE 146 V 217 E. 2.2 S. 220). Vorausgesetzt ist in diesem Sinn ein «zweiter Anlass» (BGE 139 V 570 E. 3.1 S. 572 f.; Urteile des Bundesgerichts 9C\_328/2015 vom 23. September 2015 E. 2, 9C\_907/2013 vom 29. August 2014 E. 4.2 und 9C\_482/2009 vom 19. Februar 2010 E. 3.3.2 mit Hinweisen).

8.2 Wenn die Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer aufgrund nicht korrekter Zwischenverdienstberechnungen Leistungen von CHF 8'592.50 zu viel entrichtete (vgl. E. II. 4.3 hievor), handelte es sich dabei um den «ersten Fehler», der dazu führte, dass

überhaupt ein unrechtmässiger Leistungsbezug erfolgte. Dieser «erste Fehler» löst jedoch, wie dargelegt, nicht auch bereits die Verwirkungsfrist aus, sondern dazu braucht es einen «zweiten Anlass» (E. II. 8.1 hievor). Im weiteren Verlauf musste die Beschwerdegegnerin erst dann darauf aufmerksam werden, dass sie fälschlicherweise von einem Zwischenverdienst ausgegangen war und daher zu Unrecht Kompensationszahlungen geleistet hat, als sie den Revisionsbericht und die Revisionsverfügung des SECO erhielt, welche vom 30. August 2019 und vom 9. Oktober 2019 datieren (vgl. E. II. 4.4 hievor). Die Rückforderungsverfügung der Beschwerdegegnerin erging sodann am 18. Oktober 2019 (A.S. 30; vgl. E. II. 4.5 hievor) und somit deutlich innerhalb der relativen einjährigen Verwirkungsfrist. Auch die absolute fünfjährige Frist ist ohne Weiteres eingehalten, zumal die Kompensationszahlungen ab Oktober 2018 (erstmal mit Abrechnung vom 13. November 2018, Syna S. 107) erfolgten.

9. Zusammenfassend ergibt sich, dass die dem Beschwerdeführer für die Monate Oktober bis Dezember 2018, Februar bis März 2019 sowie Mai bis Juni 2019 ausgerichteten Kompensationszahlungen im Umfang von total CHF 8'592.50 unrechtmässig im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG waren, weil die den Zahlungen zugrundeliegenden Zwischenverdienstberechnungen unzutreffend ausfielen. Es besteht ein entsprechender Rückkommenstitel (Wiedererwägung) und die Rückforderung von CHF 8'592.50 ist nicht verwirkt. Der angefochtene Einspracheentscheid lässt sich demnach nicht beanstanden. Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

10. Über das Erlassgesuch hat nicht die Beschwerdeinstanz, sondern zunächst die Beschwerdegegnerin bzw. die kantonale Amtsstelle (Art. 95 Abs. 3 AVIG) zu entscheiden. Die Akten sind daher nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils an die Beschwerdegegnerin zu überweisen, damit sie die Prüfung des Erlasses der Rückforderung von CHF 8'592.50 in die Wege leite (vgl. E. II. 1.1 hievor).

11. Bei diesem Verfahrensausgang steht dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zu (vgl. Art. 61 lit. g ATSG). Die Beschwerdegegnerin wiederum hat als mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betraute Organisation ■ abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen ■ keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. etwa BGE 128 V 133 E. 5b, 126 V 150 E. 4a).

12. In Beschwerdesachen der Arbeitslosenversicherung sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
4. Auf das Gesuch um Erlass der Rückforderung wird nicht eingetreten. Die Akten werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Prüfung des Erlassgesuchs an die Beschwerdegegnerin überwiesen.

Rechtsmittel

Gegen diesen Entscheid kann innerhalb 30 Tagenseit der Mitteilung beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Adresse: Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern). Die Frist beginnt am Tag

nach dem Empfang des Urteils zu laufen und wird durch rechtzeitige Aufgabe bei der Post gewahrt. Die Frist ist nicht erstreckbar (vgl. Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes, BGG). Bei Vor- und Zwischenentscheiden (dazu gehört auch die Rückweisung zu weiteren Abklärungen) sind die zusätzlichen Voraussetzungen nach Art. 92 oder 93 BGG zu beachten.

Versicherungsgericht des Kantons Solothurn

Die Vizepräsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Weber-Probst

Wittwer

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.