

# **SO\_GERICHTE VSBES.2020.224 vom 24. Dezember 2021**

SO Obergericht, 2021-12-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VSBES.2020.224\\_d20211224](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2020.224_d20211224)

FR: SO\_GERICHTE VSBES.2020.224 du 24 décembre 2021

IT: SO\_GERICHTE VSBES.2020.224 del 24 dicembre 2021

## **Regeste**

Kurzarbeitsentschädigung / Rückforderung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die Arbeitgeberin A.\_\_\_\_ (fortan: Beschwerdeführerin), Inhaberin der Einzelfirma C.\_\_\_\_, [...], reichte am 23. März 2020 beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn unter Hinweis auf die Corona-Pandemie für den Gesamtbetrieb eine Voranmeldung von Kurzarbeit ein (Akten der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn [fortan: Beschwerdegegnerin] / ALK-Nr. 2). Sie erklärte dabei, von den fünf Arbeitnehmerinnen sei eine unbefristet angestellt, die übrigen auf Abruf. Das Amt für Wirtschaft und Arbeit verfügte daraufhin am 1. April 2020, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne in der Zeit vom 25. März bis 24. September 2020 Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet werden (ALK-Nr. 3), was in der Folge auch so geschah. Die Beschwerdegegnerin richtete der Beschwerdeführerin Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von CHF 2'176.65 für März 2020, CHF 4'056.00 für April 2020, CHF 3'862.90 für Mai 2020 und CHF 1'711.40 für Juni 2020, total CHF 11'805.06, aus (vgl. die unbestrittenen Zahlen in ALK-Nr. 1 S. 2).

1.2 Mit Verfügung vom 8. September 2020 (ALK-Nr. 1) forderte die Beschwerdegegnerin von der ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung einen Teilbetrag von CHF 10'322.75 zurück. Zur Begründung wurde erklärt, in Wirklichkeit bestehe nur Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung von CHF 1'484.50 für die beiden Arbeitnehmerinnen D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_. Der Rest der ausbezahlten CHF 11'806.05 sei zu Unrecht ausgerichtet worden. Deshalb sei die Differenz von CHF 10'322.75 zurückzuerstatten. Die dagegen gerichtete Einsprache (ALK-Nr. 22) wies die Beschwerdegegnerin mit Entscheid vom 26. Oktober 2020 ab (Aktenseite / A.S. 1 ff.).

### **E. 2**

2.1 Am 20. November 2020 lässt die Beschwerdeführerin beim Versicherungsgericht des Kantons Solothurn (fortan: Versicherungsgericht) Beschwerde erheben und folgende Rechtsbegehren stellen (A.S. 5 ff.):

2.3 Der Präsident des Versicherungsgerichts verfügt am 10. Februar 2021, dass eine Parteibefragung der Beschwerdeführerin und eine Zeugenbefragung von F.\_\_\_\_ durchgeführt werde (A.S. 29 f.). Die übrigen Beweisanträge der Beschwerdeführerin werden abgewiesen.

2.4 Am 2. Juni 2021 findet vor dem Präsidenten des Versicherungsgerichts eine öffentliche Verhandlung statt, an welcher die Beschwerdeführerin und die Zeugin befragt

werden und die Parteien ihre Rechtsbegehren bekräftigen (s. Protokoll, A.S. 37 ff.). Der Vertreter der Beschwerdeführerin reicht zudem eine Kostennote ein (A.S. 34 f.). Diese geht am 18. Juni 2021 zur Kenntnisnahme an die Beschwerdegegnerin (A.S. 42), welche sich in der Folge nicht dazu äussert.

3. Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird im Folgenden, soweit erforderlich, eingegangen. Im Übrigen wird auf die Akten verwiesen.

## II.

2.1 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIG, SR 837.0), wenn (kumulativ)

Die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung soll insbesondere die Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigungen und Entlassungen, verhindern und gleichzeitig die Arbeitsplätze erhalten, was nicht nur im Interesse der Arbeitnehmenden, sondern auch der Arbeitgeber liegt (BGE 120 V 521 E. 3b S. 526; s.a. AVIG-Praxis KAE A2).

### E. 2.2

2.2.1 Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG).

### E. 2.3

2.3.1 Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). Dies kann namentlich bei einer Arbeit auf Abruf ohne eine vertraglich zugesicherte Zahl von Arbeitsstunden der Fall sein (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich 2019, S. 256). Ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung setzt in dieser Konstellation, analog zum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. b und Art. 11 Abs. 1 AVIG, voraus, dass während längerer Zeit ein mehr oder weniger konstantes Arbeitsvolumen bestand (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genf 2014, Art. 31 N 34).

2.3.2 Bei der Arbeit auf Abruf besteht keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang. Deshalb erleidet die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstausschlag nach Art. 11 Abs. 1 AVIG, denn ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit kann nur entstehen, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war. Von diesem Grundsatz kann jedoch abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war. In diesem Fall ist die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten. Nach der Rechtsprechung kann der Beobachtungszeitraum dabei umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken, und er muss länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 107 V 59 E. 1 S. 61 f.; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Auflage 2016, S. 2310

Rz. 151 f.). Damit von einer Normalarbeitszeit im erwähnten Sinne ausgegangen werden kann, dürfen die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20 % nach oben oder unten ausmachen (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 47 ff.; Rubin, a.a.O., Art. 11 N 22 f.; BGE 107 V 59 E. 1 S. 61 f.; Urteil des Bundesgerichts 8C\_625/2013 vom 23. Januar 2014 E. 2.2). Hat das Arbeitsverhältnis weniger als zwölf Monate gedauert, so ist die maximal zulässige Beschäftigungsschwankung proportional anzupassen (20 %: 12 x Anzahl Monate), wobei jedoch auf ein Arbeitsverhältnis von weniger als sechs Monaten nicht abgestellt werden kann (AVIG-Praxis ALE B96). Bei langjährigen Arbeitsverhältnissen kann von den Arbeitsstunden pro Jahr und den Abweichungen vom Jahresdurchschnitt ausgegangen werden (Urteil des Bundesgerichts 8C\_261/2020 vom 25. Juni 2020 E. 3.3 mit Hinweisen).

2.3.3 Gemäss Art. 8f Abs. 1 der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19; Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033), in Kraft gewesen vom 9. April 2020 bis 31. August 2020, haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 %), ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, sofern sie seit mindestens sechs Monaten unbefristet in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet. Die zuständige Behörde bestimmt den Arbeitsausfall auf der Basis der letzten sechs oder zwölf Monate und rechnet den für die jeweilige Arbeitnehmerin oder den jeweiligen Arbeitnehmer günstigsten Arbeitsausfall an (Abs. 2 der genannten Bestimmung). Die verlangte Mindestanstellungsdauer von sechs Monaten knüpft offenkundig an die soeben wiedergegebene Verwaltungsweisung an, wonach auf ein kürzeres Arbeitsverhältnis nicht abgestellt werden kann.

2.4 Laut den zitierten Regelungen kann demnach bei Arbeit auf Abruf nur dann ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehen, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate gedauert hat. Bei einem kürzeren Arbeitsverhältnis besteht dagegen nur ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn es sich nicht um Arbeit auf Abruf handelt.

### **E. 3**

3.1 Die Beschwerdeführerin betreibt eine Bar. Bis zu einem am 19. Dezember 2019 erlittenen Myokardinfarkt verrichtete sie den grössten Teil der Arbeit selbst. Daneben absolvierten D.\_\_\_\_ (mindestens seit Februar 2019) und E.\_\_\_\_ (ab Mai 2019) stundenweise Einsätze, welche einem relativ niedrigen Erwerbsspensum entsprachen (vgl. AWA-Nr. 33). Diese beiden Mitarbeiterinnen waren demnach Anfang 2020 bereits seit mehr als sechs Monaten bei der Beschwerdeführerin angestellt, so dass gestützt auf Art. 8f Abs. 1 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gegeben ist, auch wenn es sich um Arbeit auf Abruf handelt (vgl. E. II. 2.3.3 am Ende hiervor). Der Anspruch für diese beiden Mitarbeiterinnen ist denn auch unbestritten.

3.2 Die strittige Rückforderung betrifft die Arbeitnehmerinnen F.\_\_\_\_, G.\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_. Sie wurden erst im Januar 2020 angestellt, nachdem die Beschwerdeführerin am 19. Dezember 2019 den Myokardinfarkt erlitten hatte. Falls es sich um Arbeitsverhältnisse auf Abruf handelt, wie die Beschwerdegegnerin vorbringt, hätte diesen drei Arbeitnehmerinnen während des folgenden halben Jahres (und damit für den gesamten hier interessierenden Anspruchszeitraum bis Ende Juni 2020) keine Kurzarbeitsentschädigung

zugestanden (vgl. E. II. 2.4 hiervor). Die Beschwerdeführerin wendet ein, es habe sich jeweils nicht um Arbeit auf Abruf, sondern um Anstellungen mit einer festen Stundenanzahl gehandelt.

#### E. 4

4.1 Für F.\_\_\_\_ liegt, im Gegensatz zu den anderen Mitarbeiterinnen, ein schriftlicher Arbeitsvertrag vom 4. März 2020 per 1. Januar 2020 vor (s. unter AWA-Nr. 16), basierend auf einem Muster gemäss dem Landesgesamtarbeitsvertrag des Gastgewerbes (L-GAV Gastgewerbe). Die Regelung der Arbeitszeit findet sich in der vorgedruckten Ziffer 9 des Vertrags. Danach werden Dauer und Lage der Einsätze in gegenseitigem Einverständnis festgelegt; es handelt sich um unregelmässige stundenweise Einsätze im Stundenlohn, nicht um Einsätze von Teilzeitmitarbeitern. Dieser Vertragstext spricht gegen einen garantierten Beschäftigungsumfang. Der Einwand der Beschwerdeführerin, man habe eine feste Stundenanzahl gewollt, aber es habe nur dieses eine Vertragsmuster gegeben, ist unzutreffend, denn auf der Website für den Landesgesamtarbeitsvertrag unter l-gav.ch findet sich auch ein Muster für Teilzeitmitarbeiter im Monatslohn (einmal abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin das von ihr verwendete Muster handschriftlich hätte anpassen können). Der Text des Vertrags spricht für Arbeit auf Abruf.

4.2 Zu den vereinbarten und tatsächlich geleisteten Stunden enthalten die Akten insbesondere die folgenden Angaben:

4.2.1 In der Einsprache vom 16. September 2020 (AWA-Nr. 22) und in der Beschwerdeschrift (A.S. 10) liess die Beschwerdeführerin geltend machen, sie habe ab 1. Januar 2020 Teilzeitangestellte mit fixen Arbeitszeiten beschäftigt. F.\_\_\_\_, die Angestellte mit dem grössten Pensum, sei mit einem schriftlichen Arbeitsvertrag angestellt worden. Als Vorlage habe der Arbeitsvertrag des L-GAV des Schweizer Gastgewerbes gedient. Auch wenn in Ziffer 9 «Arbeitszeit» von unregelmässigen, stundenweisen Einsätzen die Rede sei, sei der Vertrag mit der Absicht eines festen Arbeitspensums vereinbart worden. Mit den anderen Mitarbeiterinnen G.\_\_\_\_, H.\_\_\_\_, E.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ seien mündliche Vereinbarungen zur Leistung von regelmässigen Stundeneinsätzen getroffen worden. Die Einsatzpläne für einen Referenzmonat (im Januar sei zufolge Betriebsferien nur zwei Wochen gearbeitet worden) hätten wie folgt ausgesehen:

Dienstag	16:00	bis	1:00	G.____
Mittwoch	16:00	bis	1:00	F.____
Donnerstag	16:00	bis	1:00	F.____
Freitag	16:00	bis	4:00	F.____
Freitag	21:00	bis	4:00	D.____
Samstag	16:00	bis	4:00	F.____
Samstag	21:00	bis	4:00	H.____
Putzarbeiten				H.____

Diese Beschreibung des Einsatzplans findet sich auch in der Beschwerdeschrift (A.S. 10).

4.2.2 Die Akten enthalten weiter eine Aufstellung der geleisteten Stunden (AWA-Nr. 27 S. 76). Daraus ergeben sich für die Zeit vor dem 16. März 2020 (Datum, ab dem Kurzarbeitsentschädigung beantragt wurde, vgl. AWA-Nr. 2) die folgenden Stundenzahlen:

4.2.3 Es springt ins Auge, dass die geleisteten Stunden von F.\_\_\_\_ bei weitem nicht dem Einsatzplan entsprechen. Bei einem Arbeitsantritt Anfang 2020 und einem Pensum (wie aus dem Einsatzplan abzuleiten) von 42 Stunden pro Woche müsste die geleistete Stundenzahl in allen drei Monaten deutlich höher ausfallen.

4.3 An der Verhandlung vom 2. Juni 2021 wurden die Beschwerdeführerin als Partei und F.\_\_\_\_ als Zeugin befragt.

4.3.1 Die Beschwerdeführerin sagte aus (A.S. 38 f.), der Barbetrieb habe Dienstag, Mittwoch und Donnerstag von 16 Uhr bis 0:30 Uhr, am Wochenende (Freitag und Samstag) von 16 Uhr bis 4 Uhr geöffnet, am Sonntag und Montag sei er geschlossen. Am 19. Dezember 2019 sei sie wegen eines Herzinfarkts ins Spital eingeliefert worden. Ihre Kinder sowie E.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_, die schon bei ihr gewesen seien, hätten sich um Hilfe bemüht, um die Bar wieder zu öffnen und es ihr zu ermöglichen, sich zurückzulehnen. Mit den Frauen, die sich gemeldet hätten, sei dann abgemacht worden, wer was tue. Es habe immer jemand anwesend sein müssen, die Frauen hätten das untereinander abgemacht. Ab Januar 2020 habe es einen festen Plan gegeben. Die Zeugin F.\_\_\_\_ sei die einzige gewesen, die einen Arbeitsvertrag gebraucht habe, weil sie beim Sozialamt gewesen sei. Nach sechs oder sieben Wochen habe man dann wegen Corona wieder schliessen müssen.

Sie glaube, die Bar sei am 19. Januar 2020 wieder geöffnet worden, sei sich aber nicht sicher. Es habe eine Sitzung gegeben. Es sei nicht wie bisher auf Abruf gelaufen. Da sie nun krank gewesen sei, hätten die Frauen nicht mehr sagen können, dass sie nicht kämen, sondern es habe jemand anderes einspringen müssen. Sie habe den Frauen gesagt, sie seien verantwortlich dafür, dass die Bar von 16:00 bis 0:30 respektive 4:00 Uhr offen sei. Das habe alles tipptopp funktioniert. Am Wochenende hätten zwei Frauen anwesend sein müssen. Weil man wegen ihrer Krankheit nicht mehr mit ihr habe rechnen können, habe jemand übernehmen müssen, wenn eine der Frauen z.B. wegen Krankheit oder Pikettdienst verhindert gewesen sei. Dies hätten die Frauen unter sich regeln und die Zeiten gemäss Plan einhalten müssen. Sie bestätige, dass sich G.\_\_\_\_ gemäss Plan um den Dienstag gekümmert habe sowie F.\_\_\_\_ um Mittwoch, Donnerstag, Freitag und Samstag. Am Freitag sei zusätzlich D.\_\_\_\_ erschienen und am Samstag ihre (d.h. der Beschwerdeführerin) Schwiegertochter H.\_\_\_\_. Die eine Frau habe mehr Einsätze gehabt und die andere weniger. Es habe in der Verantwortung der Frauen gelegen, dass jemand da gewesen sei.

Den Arbeitsvertrag für F.\_\_\_\_ habe das Sozialamt gewollt. Dieser sei samt Arbeitsbeginn am 1. Januar 2020 von der Treuhandfirma aufgesetzt worden. Wenn in diesem Vertrag von unregelmässigen Einsätzen und nicht von Teilzeitarbeit die Rede sei, so halte sie fest, dass die Frauen für die Einhaltung der Arbeitszeiten nach dem Plan verantwortlich gewesen seien, aber bei Bedarf auch für andere hätten einspringen müssen. Das habe man auf diese Weise absichern wollen. Auf die Frage, ob es sein könne, dass F.\_\_\_\_ gemäss Einsatzplan im Januar 2020 42 Stunden gearbeitet habe, und wie sich die Diskrepanz zu den effektiv geleisteten 30 Arbeitsstunden gemäss Aufstellung erklären lasse, antwortete sie, F.\_\_\_\_ habe von 16:00 bis 21:00 oder auch 22:00 Uhr gearbeitet, dann habe bis am Morgen eine andere Frau übernommen, am Freitag in der Regel D.\_\_\_\_, am Samstag ihre Tochter oder sonst jemand. F.\_\_\_\_ habe kleine Kinder gehabt und deshalb nicht so lange arbeiten können. Unter der Woche sei eine Frau anwesend gewesen und am Wochenende ab dem späteren Abend zwei, denn die Gäste kämen am Freitag und Samstag später. Für eine Frau allein wäre dies zu viel. Zuerst habe ihre Tochter gratis ausgeholfen, aber als F.\_\_\_\_ gegangen sei, hätten dann auch ihre Tochter und Schwiegertochter einen Lohn bezogen.

Auf die Frage, ob eine Mitarbeiterin von 16:00 bis 21:00 Uhr und dann eine andere von 21:00 bis 4:00 Uhr gearbeitet habe, müsse sie sagen, dass am Wochenende von 21:00 bis 4:00 immer zwei Frauen da gewesen seien, da es viele Gäste gehabt habe. Bei der zweiten Frau habe es sich um H. \_\_\_ und D. \_\_\_ gehandelt. Niemand habe bei ihr zwölf Stunden am Stück gearbeitet. Ihre Tochter und Schwiegertochter seien ab 16:00 Uhr bei ihr im Haus gewesen; je nachdem, wie viel los gewesen sei, sei eine von ihnen um 21:00 oder 21:30 Uhr runtergegangen. Die Voranmeldung mit der Aussage, die Angestellten arbeiteten auf Abruf, habe nicht sie ausgefüllt, sondern die Treuhandfirma. Sie hätten es ausprobiert, dann sei schon bald die Corona-Pandemie gekommen. In der Gastronomie könne man die Zeiten nicht fix einhalten. Wenn man gewusst habe, dass keine Gäste mehr kämen, habe sie auch schon früher geschlossen.

4.3.2 Die Zeugin F. \_\_\_ erklärte (A.S. 40), die Anstellung habe im Januar 2020 begonnen. Man habe den Stundenlohn abgemacht und wann sie arbeiten müsse. Meistens sei das am Mittwoch, Donnerstag, Freitag und Samstag gewesen, von 16:00 Uhr bis zum Feierabend um 23:00 Uhr, manchmal auch bis 1:00 Uhr. Das habe davon abgehangen, wie viele Gäste ■ z.B. Vereine ■ gekommen seien und wie es der Beschwerdeführerin gesundheitlich gegangen sei. Am Wochenende sei um 20:00 Uhr meist eine zweite Person gekommen, dann habe sie nach Hause gehen können. Weitere Angestellte habe es eigentlich keine gegeben. Am Freitag und Samstag so um 20:00 Uhr sei noch jemand gekommen, die anderen Angestellten hätten die anderen Tage übernommen. Am Wochenende habe sie meistens um 21:00 Uhr Feierabend gehabt, ausser wenn viel los gewesen sei. Von 21:00 bis 4:00 Uhr seien dann ein oder zwei andere Mitarbeiterinnen da gewesen.

Die 95 Stunden im Februar 2020 stimmten. Sie habe mit der Beschwerdeführerin besprochen, wann sie arbeite, die Beschwerdeführerin habe gesagt, wann sie sie brauche, sie habe dann die Kinderbetreuung organisiert und sei gekommen. Ein Abtausch zwischen den Mitarbeiterinnen sei vorgekommen, aber eher selten. Sie hätten untereinander geschaut, dass jemand da gewesen sei. Vom Arbeitsantritt bis zur Schliessung Mitte März sei sie jede Woche im Einsatz gewesen und dies immer etwa zur gleichen Zeit. In der Woche habe sie am Mittwoch und Donnerstag je sieben Stunden sowie am Freitag und Samstag je fünf Stunden gearbeitet, insgesamt also 24 Stunden. Sie selbst habe nicht geschaut, wie lange sie arbeite, die Beschwerdeführerin habe darauf geachtet, dass die Zeiten stimmten. Abgesehen von der Kurzarbeit seien nur die Stunden entlohnt worden, die sie auch gearbeitet habe.

4.4 Die Würdigung der vorstehend wiedergegebenen Aussagen und der Aktenlage führt zum Ergebnis, dass die Argumente für die Annahme einer Arbeit auf Abruf überwiegen: Der schriftliche Arbeitsvertrag zwischen der Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin und F. \_\_\_ als Arbeitnehmerin, der am 4. März 2020 rückwirkend ab 1. Januar 2020 abgeschlossen wurde, lautet ausdrücklich auf unregelmässige, stundenweise Einsätze «und nicht um Einsätze von Teilzeitmitarbeitern». Die Argumentation, es habe nur dieses eine Vertragsmuster gegeben, ist wie dargelegt nicht überzeugend. Wenn die Beschwerdeführerin in der Parteibefragung aussagte, «die Frauen» seien während der hier interessierenden Zeit für die Einhaltung der Arbeitszeiten nach dem Plan verantwortlich gewesen, hätten aber bei Bedarf auch für andere einspringen müssen und man habe dies auf diese Weise (d.h. mit der genannten Formulierung im Vertrag) absichern wollen, spricht dies ebenfalls nicht für die Annahme, es seien feste Arbeitszeiten mit garantiertem Lohnanspruch vereinbart worden. F. \_\_\_ sagte als Zeugin an der Verhandlung vom 2. Juni 2021 zwar aus, sie habe nach dem Stellenantritt ■ der wohl nicht, wie im schriftlichen

Vertrag festgehalten, am 1. Januar 2020, sondern entsprechend der Aussage der Beschwerdeführerin etwa am 19. Januar 2020 stattfand ■ mit einer gewissen Regelmässigkeit von Mittwoch bis Samstag gearbeitet (in der Regel je sieben Stunden am Mittwoch und Donnerstag sowie je fünf Stunden am Freitag und Samstag). Sie erklärte aber auch, die Beschwerdeführerin habe ihr jeweils gesagt, wann sie kommen solle, und sie habe dann die Kinderbetreuung organisiert. Weiter sei die Einsatzdauer vom Gästeaufkommen abhängig gewesen, und zudem habe die gesundheitliche Verfassung der Beschwerdeführerin eine Rolle gespielt. Die Beschwerdeführerin konnte demnach manchmal, aber nicht regelmässig auch selbst gewisse Zeiten übernehmen, was wiederum zur Folge hatte, dass der Einsatz von F.\_\_\_\_ früher endete. Entlohnt wurde sie, wie sie in der Zeugenbefragung weiter erklärte, ausschliesslich für die geleisteten Stunden. Ein bestimmbarer Arbeitsausfall wäre in dieser Konstellation zu bejahen, wenn davon auszugehen wäre, F.\_\_\_\_ sei ein bestimmtes Mindestpensum (mit entsprechendem Lohnanspruch) rechtsverbindlich zugesichert worden (vgl. E. II. 2.3.1 hiervor). Davon ist aber aus den genannten Gründen nicht auszugehen. Wenn die Beschwerdeführerin im Parteivortrag ausführen liess, in einem Barbetrieb wie dem ihren könne nicht mit festen Arbeitszeiten gerechnet werden, da je nach Kundenandrang mehr oder weniger Angestellte benötigt würden, ist dies zwar plausibel; diesem Aspekt kann aber vertraglich Rechnung getragen werden, indem man ein bestimmtes Pensum definiert und bei Plus- oder Minusstunden einen Ausgleich vorsieht. Aufgrund der Formulierung des schriftlichen Arbeitsvertrags hätte die Zeugin F.\_\_\_\_, wenn ihr die Beschäftigung zu einer der Zeiten, die sie regelmässig absolvierte, aus anderen Gründen (als Corona) verwehrt worden wäre, jedoch keinerlei Handhabe gehabt, einen Lohnanspruch geltend zu machen. Weiter fällt auf, dass in den verschiedenen Abrechnungen, die dem AWA eingereicht wurden, alle fünf Arbeitnehmerinnen als Aushilfen bezeichnet wurden (s. u.a. AWA-Nr. 4). In der Voranmeldung wiederum hatte es geheissen, bei vier von ihnen (ohne namentliche Unterscheidung) handle es sich um Arbeit auf Abruf. Wie der Vertreter der Beschwerdegegnerin im Parteivortrag darlegte, konnte seitens der Beschwerdeführerin auch ein Interesse an einer Aushilfstätigkeit und einer gewissen Flexibilität bestehen, welche es erlaubte, auf die schwierig zu prognostizierende Entwicklung ihres eigenen Gesundheitszustandes zu reagieren. In diese Richtung deutet auch die Aussage der Zeugin, ihr Pensum sei unter anderem davon abhängig gewesen, wie es der Beschwerdeführerin gegangen sei. Angesichts der (bis zum 16. März 2020) erst kurzen Beschäftigungsdauer von knapp zwei Monaten besteht keine hinreichende Grundlage für die Annahme, dass F.\_\_\_\_ im gleichen Ausmass weiterbeschäftigt worden wäre. Ein Beschäftigungsanspruch bestand nicht, womit auch ein bestimmbarer Arbeitsausfall entfällt. Die Beschwerdegegnerin hat daher in Bezug auf diese Mitarbeiterin einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu Recht verneint.

5. Bei H.\_\_\_\_, der Schwiegertochter der Beschwerdeführerin, fehlt es ebenfalls an einer nachgewiesenen Pensenvereinbarung. Nicht anders verhält es sich bei G.\_\_\_\_. Auch ihre Stundenzahlen (vgl. II. 4.2.2 hiervor) lassen sich nicht mit dem geltend gemachten Einsatzplan vereinbaren, weist sie doch im Januar 2020, als der Betrieb nur knapp zwei Wochen (ab dem 19. Januar) offen war, ungefähr gleich viele Stunden auf wie im ganzen Monat Februar und in der ersten Märzhälfte. Auch hier kann deshalb nicht von einer garantierten Stundenzahl gesprochen werden. Somit liegt auch insoweit kein bestimmbarer Arbeitsausfall vor und die Beschwerdegegnerin hat einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auch für diese beiden Mitarbeiterinnen zu Recht verneint.

6. Nach dem Gesagten ist die Beschwerdegegnerin zu Recht zum Ergebnis gelangt, die Auszahlung von Kurzarbeit sei im Umfang von CHF 10'322.75 zu Unrecht erfolgt. Zu prüfen bleibt, ob die entsprechende Rückforderung rechtmässig ist.

6.1 Zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung fordert die Kasse vom Arbeitgeber zurück (Art. 95 Abs. 2 Satz 1 AVIG). Die Rückforderung richtet sich gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG (von hier nicht gegebenen Ausnahmen abgesehen) nach Art. 25 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1).

6.2

6.2.1 Gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Für die Rückforderung ist demnach entscheidend, ob die Leistung unrechtmässig bezogen wurde.

6.2.2 Wenn es an einer rechtskräftigen Leistungszusprache fehlt, erfolgt der Leistungsbezug von Anfang an ohne Rechtsgrund und damit unrechtmässig. Anders verhält es sich, wenn die Leistung gestützt auf eine rechtskräftige Verfügung ausgerichtet wurde. Diesfalls setzt eine Rückforderung voraus, dass zunächst diese Verfügung rückwirkend für den Leistungszeitraum aufgehoben oder abgeändert wird. Als Rechtstitel für eine solche rückwirkende Korrektur stehen insbesondere die prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder die Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) zur Verfügung (vgl. Johanna Dormann in: Ghislaine Frésard-Fellay / Barbara Klett / Susanne Leuzinger [Hrsg.], Basler Kommentar zum ATSG, 2020, Art. 25 N 17 f.). Wenn die Leistung nicht mit Verfügung zugesprochen, sondern formlos ausgerichtet wurde, ist im Zusammenhang mit einer Rückforderung ebenfalls von einer rechtskräftigen Zusprache auszugehen, sobald die Frist zur Erhebung eines Rechtsmittels abgelaufen ist. Anschliessend setzt die Rückforderung auch hier einen Rückkommenstitel (Wiedererwägung oder prozessuale Revision) voraus (BGE 129 V 110; 107 V 191).

6.3 Die strittige Kurzarbeitsentschädigung wurde im formlosen Verfahren ausgerichtet. Als die Verfügung vom 8. September 2020 erlassen wurde, war für den gesamten Leistungszeitraum die Rechtsmittelfrist abgelaufen. Die Rückforderung setzt demnach voraus, dass die Voraussetzungen einer Wiedererwägung (eine prozessuale Revision fällt kaum in Betracht) erfüllt sind. Die Wiedererwägung muss jedoch nicht in einem separaten Schritt erfolgen, sondern ist gleichzeitig mit der Rückforderung («uno actu») vorzunehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_738/2014 vom 23. Dezember 2014 E. 3). Dies muss nicht ausdrücklich erfolgen, sondern kann auch (wie hier) sinngemäss stattfinden.

6.4 Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die erhebliche Bedeutung ist bei einer Summe ab CHF 1'000.00 regelmässig zu bejahen (Thomas Flückiger, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 53 N 76). Zweifellose Unrichtigkeit liegt auch dann vor, wenn notwendige Abklärungen unterlassen wurden, so dass der Entscheid, auf dem die Leistungsausrichtung basiert, auf dieser Grundlage nicht hätte gefällt werden dürfen (a.a.O., Art. 53 N 71). Diese Konstellation liegt hier vor, wenn die Beschwerdegegnerin hat es unterlassen, bereits im Zusammenhang mit der Leistungszusprache die Frage nach dem Vorliegen eines bestimmaren Arbeitsausfalls abzuklären. Ein Rückkommenstitel in Form der Wiedererwägung liegt somit vor. Die Rückforderung und der sie bestätigende Einspracheentscheid vom 26. Oktober 2000 sind

auch unter diesem Aspekt korrekt.

7. Die vorstehenden Erwägungen führen zur Abweisung der Beschwerde.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 61 lit. g ATSG).

7.2 In Beschwerdesachen der Arbeitslosenversicherung sind (abgesehen vom hier nicht interessierenden Fall einer mutwilligen oder leichtsinnigen Prozessführung) keine Verfahrenskosten zu erheben, weil dies im AVIG nicht vorgesehen ist (s. Art. 61 lit. fbisATSG).

8. Im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen ist, ob die Rückforderung erlassen werden kann, weil die Leistung gutgläubig bezogen wurde und eine grosse Härte vorliegt (vgl. dazu Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG und Art. 2 ff. Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts / ATSV, SR 830.11).

Demnach wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

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

Der Präsident	Der Gerichtsschreiber
Flückiger	Haldemann

## **E. 5**

Es sei eine öffentliche Gerichtsverhandlung mit Publikums- und Presseanwesenheit nach Art. 6 Ziff. 1 EMRK durchzuführen.

## **E. 6**

Vor Eröffnung des materiellen Entscheids sei dem unterzeichneten Rechtsanwalt Gelegenheit zur Einreichung einer detaillierten Kostennote zur Geltendmachung einer Parteientschädigung zu geben.

### **E. 6.2**

6.2.1 Gemäss Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Für die Rückforderung ist demnach entscheidend, ob die Leistung unrechtmässig bezogen wurde. 6.2.2 Wenn es an einer rechtskräftigen Leistungszusprache fehlt, erfolgt der Leistungsbezug von Anfang an ohne Rechtsgrund und damit

unrechtmässig. Anders verhält es sich, wenn die Leistung gestützt auf eine rechtskräftige Verfügung ausgerichtet wurde. Diesfalls setzt eine Rückforderung voraus, dass zunächst diese Verfügung rückwirkend für den Leistungszeitraum aufgehoben oder abgeändert wird. Als Rechtstitel für eine solche rückwirkende Korrektur stehen insbesondere die prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder die Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) zur Verfügung (vgl. Johanna Dormann in: Ghislaine Frésard-Fellay / Barbara Klett / Susanne Leuzinger [Hrsg.], Basler Kommentar zum ATSG, 2020, Art. 25 N 17 f.). Wenn die Leistung nicht mit Verfügung zugesprochen, sondern formlos ausgerichtet wurde, ist im Zusammenhang mit einer Rückforderung ebenfalls von einer rechtskräftigen Zusprache auszugehen, sobald die Frist zur Erhebung eines Rechtsmittels abgelaufen ist.

Anschliessend setzt die Rückforderung auch hier einen Rückkommenstitel (Wiedererwägung oder prozessuale Revision) voraus (BGE 129 V 110; 107 V 191). 6.3 Die strittige Kurzarbeitenschädigung wurde im formlosen Verfahren ausgerichtet. Als die Verfügung vom 8. September 2020 erlassen wurde, war für den gesamten Leistungszeitraum die Rechtsmittelfrist abgelaufen. Die Rückforderung setzt demnach voraus, dass die Voraussetzungen einer Wiedererwägung (eine prozessuale Revision fällt kaum in Betracht) erfüllt sind. Die Wiedererwägung muss jedoch nicht in einem separaten Schritt erfolgen, sondern ist gleichzeitig mit der Rückforderung («uno actu») vorzunehmen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_738/2014 vom 23. Dezember 2014 E. 3). Dies muss nicht ausdrücklich erfolgen, sondern kann auch (wie hier) sinngemäss stattfinden. 6.4 Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die erhebliche Bedeutung ist bei einer Summe ab CHF 1'000.00 regelmässig zu bejahen (Thomas Flückiger, Basler Kommentar, a.a.O., Art. 53 N 76). Zweifellose Unrichtigkeit liegt auch dann vor, wenn notwendige Abklärungen unterlassen wurden, so dass der Entscheid, auf dem die Leistungsausrichtung basiert, auf dieser Grundlage nicht hätte gefällt werden dürfen (a.a.O., Art. 53 N 71). Diese Konstellation liegt hier vor, wenn die Beschwerdegegnerin hat es unterlassen, bereits im Zusammenhang mit der Leistungszusprache die Frage nach dem Vorliegen eines bestimmaren Arbeitsausfalls abzuklären. Ein Rückkommenstitel in Form der Wiedererwägung liegt somit vor. Die Rückforderung und der sie bestätigende Einspracheentscheid vom 26. Oktober 2000 sind auch unter diesem Aspekt korrekt. 7. Die vorstehenden Erwägungen führen zur Abweisung der Beschwerde. 7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Art. 61 lit. g ATSG). 7.2 In Beschwerdesachen der Arbeitslosenversicherung sind (abgesehen vom hier nicht interessierenden Fall einer mutwilligen oder leichtsinnigen Prozessführung) keine Verfahrenskosten zu erheben, weil dies im AVIG nicht vorgesehen ist (s. Art. 61 lit. f bis ATSG). 8. Im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen ist, ob die Rückforderung erlassen werden kann, weil die Leistung gutgläubig bezogen wurde und eine grosse Härte vorliegt (vgl. dazu Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG und Art. 2 ff. Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts / ATSV, SR 830.11).

## **E. 7**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin. 2.2 Die Beschwerdegegnerin stellt mit Beschwerdeantwort vom 19. Januar 2021 folgende Anträge (A.S. 23 ff.): 1. Die Beschwerde vom 20. November 2020 sei vollumfänglich abzuweisen. 2. Gerichtskosten seien keine aufzuerlegen. 3. Es sei keine

Parteientschädigung auszuzahlen. 2.3 Der Präsident des Versicherungsgerichts verfügt am 10. Februar 2021, dass eine Parteibefragung der Beschwerdeführerin und eine Zeugenbefragung von F.\_\_\_\_ durchgeführt werde (A.S. 29 f.). Die übrigen Beweisanträge der Beschwerdeführerin werden abgewiesen. 2.4 Am 2. Juni 2021 findet vor dem Präsidenten des Versicherungsgerichts eine öffentliche Verhandlung statt, an welcher die Beschwerdeführerin und die Zeugin befragt werden und die Parteien ihre Rechtsbegehren bekräftigen (s. Protokoll, A.S. 37 ff.). Der Vertreter der Beschwerdeführerin reicht zudem eine Kostennote ein (A.S. 34 f.). Diese geht am 18. Juni 2021 zur Kenntnisnahme an die Beschwerdegegnerin (A.S. 42), welche sich in der Folge nicht dazu äussert. 3. Auf die Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird im Folgenden, soweit erforderlich, eingegangen. Im Übrigen wird auf die Akten verwiesen. II. 1. 1.1 Die Sachurteilsvoraussetzungen (zulässiges Anfechtungsobjekt, Einhaltung von Frist und Form, örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, Legitimation) sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist einzutreten. Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von CHF 10'322.75 zurückerstatten muss. 1.2 Sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten fallen bis zu einem Streitwert von CHF 30'000.00 in die Präsidialkompetenz (§ 54 bis Abs. 1 lit. a Kantonales Gesetz über die Gerichtsorganisation / GO, BGS 125.12). Diese Grenze wird hier mit einer Rückforderung von CHF 10'322.75 nicht überschritten, womit der Präsident des Versicherungsgerichts zur Beurteilung der Angelegenheit als Einzelrichter zuständig ist. 2. 2.1 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIG, SR 837.0), wenn (kumulativ) · sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht noch nicht erreicht haben (lit. a), · der Arbeitsausfall anrechenbar ist (lit. b), · das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (lit. c), · der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d). Die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung soll insbesondere die Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigungen und Entlassungen, verhindern und gleichzeitig die Arbeitsplätze erhalten, was nicht nur im Interesse der Arbeitnehmenden, sondern auch der Arbeitgeber liegt (BGE 120 V 521 E. 3b S. 526; s.a. AVIG-Praxis KAE A2).

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