

# **SO\_GERICHTE VSBES.2022.3 vom 31. August 2021**

SO Obergericht, 2021-08-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VSBES.2022.3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2022.3)

FR: SO\_GERICHTE VSBES.2022.3 du 31 août 2021

IT: SO\_GERICHTE VSBES.2022.3 del 31 agosto 2021

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn (fortan: Beschwerdegegnerin) bewilligte der Arbeitgeberin A.\_\_\_\_ GmbH (fortan: Beschwerdeführerin) am 27. April 2020 resp. 21. Januar 2021 für die Zeit vom 19. März bis 18. September 2020 sowie vom 21. Januar bis 20. April 2021 Kurzarbeit (Akten der Beschwerdegegnerin / AWA-Nr. 4 + 6).

1.2 Am 29. Juli 2021 erliess die Beschwerdegegnerin eine als «Wiedererwägung» betitelte Verfügung, worin sie die mit den Verfügungen vom 27. April 2020 und 21. Januar 2021 erteilten Kurzarbeitsbewilligungen aufhob und dies in den Erwägungen als «Revision» bezeichnete (AWA-Nr. 1). Die dagegen gerichtete Einsprache (AWA-Nr. 10) wies die Beschwerdegegnerin mit Entscheid vom 31. August 2021 ab (Aktenseite / A.S. 1 ff.).

1.3 Die Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn (fortan: ALK) forderte von der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 3. November 2021 die von März bis Mai 2020 sowie im Januar und Februar 2021 zu viel ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung im Gesamtbetrag von CHF 22'407.80 zurück (ALK S. 6 ff.). Daraufhin ging bei der ALK ein Schreiben der B.\_\_\_\_ Treuhand (fortan: Treuhand) vom 24. November 2021 mit dem Betreff «A.\_\_\_\_ GmbH» ein, das folgende Ausführungen enthielt (ALK S. 4):

Wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 3. November 2021 und müssen Ihnen mitteilen, dass wir Ihr Schreiben vom 31. August 2021 nie gesehen haben. Könnten Sie uns dies nochmals zustellen [ ]

Die ALK liess der Treuhand in der Folge mit E-Mail vom 26. November 2021 den Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 31. August 2021 sowie deren Verfügung vom 29. Juli 2021 zukommen (ALK S. 2).

1.4 Die Treuhand gelangte mit einem undatierten Schreiben (Postaufgabe: 23. Dezember 2021, fortan: «Eingabe vom 23. Dezember 2021») an die Beschwerdegegnerin (A.S. 4):

Wir beziehen uns auf die diverse[n] Korrespondenzen bzw. Ihre diversen Entscheide und sind mit Ihrer Darlegung nicht einverstanden.

Gemäss Beilage sehen Sie die Abnahme des Umsatzes, welcher sicher nicht als Geschäftsrisiko bezeichnet werden kann. Aus diesem Grund ist Ihr Entscheid nicht begründet und aufzuheben.

Die Beschwerdegegnerin leitet diese Eingabe am 3. Januar 2022 zusammen mit dem Einspracheentscheid vom 31. August 2021 an das Versicherungsgericht des Kantons Solothurn (fortan: Versicherungsgericht) weiter (A.S. 5).

## **E. 2**

2.1 Arbeitnehmende, 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)

### **E. 2.2**

2.2.1 Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Arbeitnehmende, deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung / AVIV, SR 837.02). Der Arbeitszeitausfall ist nur dann kontrollierbar, wenn eine fortlaufende tägliche Arbeitszeiterfassung erfolgt. Dafür braucht es ein Zeiterfassungssystem wie z.B. Stempelkarten oder Stundenrapporte, aus dem hervorgeht, wann ein Arbeitnehmer die Arbeit effektiv aufnimmt und wann er sie wieder beendet. Dies gilt auch für kleine Betriebe (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich 2019, S. 260 + 261).

2.2.2 Die Prüfung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist nicht Sache der Kantonalen Amtsstelle (d.h. der Beschwerdegegnerin) oder der Arbeitslosenkasse (AVIG-Praxis KAE B35), sondern erfolgt stichprobenweise durch die Ausgleichsstelle und die von ihr beauftragten Treuhandstellen (Art. 110 Abs. 4 AVIV, AVIG-Praxis KAE B36). Stellt sich nachträglich heraus, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls mangels einer geeigneten betrieblichen Arbeitszeitkontrolle verneint werden muss, wird die zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung zurückgefordert (AVIG-Praxis KAE B36).

2.2.3 Sowohl die bundesrätliche Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033) als auch das Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie vom 25. September 2020 (Covid-19-Gesetz, SR 818.102) enthielten resp. enthalten abweichende Bestimmungen zur Kurzarbeit. Keine davon betrifft jedoch die Arbeitszeiterfassung, womit die entsprechende Regelung im AVIG und in der AVIV massgeblich bleibt.

2.3 Formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide sind in Revision zu ziehen, wenn nach ihrem Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel aufgefunden werden, deren Beibringung zuvor nicht möglich war (Art. 53 Abs. 1 ATSG). Neue Tatsachen liegen vor, wenn sie sich vor Erlass des zu revidierenden Entscheides verwirklicht haben, aber trotz hinreichender Sorgfalt damals nicht bekannt waren. Die neuen Tatsachen müssen zudem erheblich sein, was dann der Fall ist, wenn sie die tatbestandliche Grundlage des rechtskräftigen Entscheides so zu ändern vermögen, dass bei zutreffender rechtlicher Würdigung ein anderer Entscheid resultiert (BGE 143 V 105 E. 2.3 S. 107 f.). Die neuen Tatsachen oder Beweismittel sind innert 90 Tagen nach deren Entdeckung geltend zu machen, spätestens jedoch innert zehn Jahren nach der Eröffnung des zu revidierenden Entscheides (Art. 67 Abs. 1 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021] i.V.m. Art. 55 Abs. 1 ATSG). Praxisgemäss beginnt die relative 90tägige Revisionsfrist zu laufen, sobald bei der Partei eine sichere Kenntnis über die neue erhebliche Tatsache oder das entscheidende Beweismittel

vorhanden ist. Blosser Vermutungen genügen dagegen nicht (BGE 143 V 105 E. 2.4 S. 108). Ergeben sich aus den neu entdeckten Tatsachen und Beweismitteln (lediglich) gewichtige Indizien für das Vorliegen eines prozessualen Revisionsgrundes, so hat die Verwaltung innert angemessener Frist die erforderlichen Abklärungen durchzuführen. Die relative Revisionsfrist beginnt diesfalls erst zu laufen, sobald es die Unterlagen erlauben, die Erheblichkeit des geltend gemachten Revisionsgrundes zu prüfen (a.a.O. E. 2.4 S. 109).

### **E. 3**

3.1 Weder in den Akten der Beschwerdegegnerin und der ALK noch in den Unterlagen, welche die Beschwerdeführerin resp. die Treuhand im Beschwerdeverfahren beigebracht haben, finden sich Belege, aus denen eine detaillierte und echtzeitliche Erfassung der Arbeitszeiten hervorgeht. Vorhanden sind lediglich einige Lohnabrechnungen (ALK S. 17 / 37 f. / 63 ff. / 69 ff.) sowie nachträgliche Zusammenstellungen der Arbeitszeiten am Monatsende (ALK S. 18 / 22 f. / 51 f. / 56 f. / 75 f. / 85 f. / 98 f.). Beides eignet sich nicht als gesetzeskonforme Zeiterfassung (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 261). Der Einwand, die Beschwerdeführerin habe keine Gelegenheit gehabt, fehlende Unterlagen nachzureichen, trifft nicht zu. Die Beschwerdegegnerin forderte die Beschwerdeführerin nämlich nach der Überweisung durch die ALK am 23. Juni 2021 auf, die gearbeitete Zeit mit geeigneten Mitteln zu belegen (AWA-Nr. 9).

Fehlt es aber im Zeitraum, für den Kurzarbeit bewilligt wurde, an einer zuverlässigen Erfassung der Arbeitszeit, so entfällt schon deshalb ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (E. II. 2.2.1 hiervor). Es erübrigt sich folglich, auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdegegnerin einzugehen. Die Rechtsanwendung von Amtes wegen schliesst die Substitution der Motive ein, d.h. das Gericht darf einen angefochtenen Entscheid mit anderen rechtlichen Überlegungen bestätigen (s. BGE 122 V 34 E. 2b S. 36 f.). Das rechtliche Gehör ist dann zu gewähren, wenn das Gericht beabsichtigt, seinen Entscheid mit Rechtsnormen zu begründen, die im bisherigen Verfahren nicht herangezogen wurden, auf die sich die beteiligten Parteien nicht berufen haben und mit deren Erheblichkeit sie im konkreten Fall nicht rechnen konnten (BGE 131 V 9 E. 5.4.1 S. 26). Im vorliegenden Fall machte die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort auch eine mangelhafte Erfassung der Arbeitszeit im Betrieb der Beschwerdeführerin geltend (A.S. 20). Diese hätte im Anschluss Gelegenheit gehabt, eine Replik abzugeben und sich zu diesem Punkt zu äussern, worauf sie indes verzichtete (E. I. 2.3 hiervor). Die spätere Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 28. Juli 2022 (A.S. 39) sowie die Eingaben der Treuhand vom 13. Mai und 16. August 2022 (A.S. 31 + 41) gehen ebenfalls nicht auf die Zeiterfassung ein, obwohl jeweils die Möglichkeit dazu bestanden hätte. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör ist damit Genüge getan. Das Gericht ist folglich befugt, die ungenügende Zeiterfassung in seinen Erwägungen zu berücksichtigen, ohne die Beschwerdeführerin zuvor noch einmal anhören zu müssen.

3.2 Lässt sich der Arbeitsausfall im Betrieb der Beschwerdeführerin nicht ordnungsgemäss belegen, so erhielt sie zu Unrecht für die Zeit vom 19. März bis 31. August 2020 sowie vom 21. Januar bis 20. April 2021 Kurzarbeit bewilligt. Die Beschwerdegegnerin war berechtigt, auf die beiden rechtskräftigen Verfügungen vom 27. April 2020 und 21. Januar 2021 zurückzukommen und den Anspruch auf Kurzarbeit rückwirkend neu zu beurteilen, sind doch die Voraussetzungen einer prozessualen Revision erfüllt (vgl. E. II. 2.3 hiervor): Die Tatsache, dass eine ordnungsgemässe Erfassung der Arbeitszeit unterblieb, ist offenkundig entscheidrelevant, führt sie doch dazu, dass der

