

# SO\_GERICHTE VSBES.2024.228 vom 28. Juni 2024

SO Obergericht, 2024-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VSBES.2024.228](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2024.228)

FR: SO\_GERICHTE VSBES.2024.228 du 28 juin 2024

IT: SO\_GERICHTE VSBES.2024.228 del 28 giugno 2024

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Die A.\_\_\_\_ (fortan: Beschwerdeführerin) bezog von März bis Oktober 2020 im Umfang von CHF 258'663.15 Kurzarbeitsentschädigung. In der Folge führte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (fortan: SECO) eine Betriebskontrolle durch und erkannte mit Revisionsverfügung vom 19. Januar 2021, dass die besagte Kurzarbeitsentschädigung unrechtmässig bezogen worden sei und der Betrag von CHF 258'663.15 der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn (fortan: ALK) zurückerstattet werden müsse, da die Beschwerdeführerin keine genügende Arbeitszeitkontrolle geführt habe (Akten der ALK, Sammelbeilage 3 / ALK-3 S. 430 ff.). Die dagegen gerichtete Einsprache wies das SECO mit Entscheid vom 13. April 2021 ab (ALK-3 S. 295 ff.), was das Bundesverwaltungsgericht (Urteil B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 [Akten der ALK, Sammelbeilage

### E. 4

Aufgrund der Nichtaussichtslosigkeit sei vorerst auf die Erhebung eines Kostenvorschusses zu verzichten. 2.2 Der Vizepräsident des Versicherungsgerichts stellt am 5. September 2024 fest, das Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung sei gegenstandslos, da der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukomme und diese im angefochtenen Einspracheentscheid nicht entzogen worden sei. Ausserdem teilt er mit, dass Beschwerdeverfahren in Sachen Arbeitslosenversicherung grundsätzlich kostenlos seien (A.S. 11). 2.3 Die Beschwerdegegnerin beantragt mit Beschwerdeantwort vom 14. Oktober 2024 die Abweisung der Beschwerde ohne Auflage von Gerichtskosten (A.S. 16 ff.). 2.4 Die Beschwerdeführerin ergänzt ihre Rechtsbegehren mit Replik vom 4. November 2024 (A.S. 25 ff.) um die folgende Ziffer 5: Es sei vom Gericht festzustellen, dass das Ausstandsbegehren vom Januar gegen den Chefjuristen, Herr C.\_\_\_\_ vom Amt für Wirtschaft und Arbeit, Solothurn noch hängig sei, da von der zuständigen Aufsichtsbehörde in casu der Regierungsrat des Kanton Solothurn noch kein formeller Zwischenentscheid erging und aus diesem Grund die Verfügung vom 20. März 2024 für nichtig zu erklären sei. 2.5 Die Beschwerdegegnerin hält mit Duplik vom 25. November 2024 an den Anträgen in der Beschwerdeantwort fest (A.S. 33 f.). Die Beschwerdeführerin lässt sich in der Folge nicht mehr vernehmen. II. 1. 1.1 Da die Sachurteilsvoraussetzungen (zulässiges Anfechtungsobjekt, Einhaltung von Frist und Form, örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, Legitimation) erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten. Streitig und zu prüfen ist, ob die Rückforderung der Beschwerdegegnerin gegen die Beschwerdeführerin zu erlassen ist. 1.2 Die Beschwerdeführerin bringt in der Replik neu vor, die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 20. März 2024 sei wegen Befangenheit ihres Verwaltungsjuristen C.\_\_\_\_ nichtig, denn dieser habe vor der Verfügung

entgegen der klaren Rechtslage und damit wider besseres Wissen behauptet, dass die Frist für das Erlassgesuch nicht eingehalten worden sei (A.S. 25 ff.). Dieser Einwand geht jedoch ins Leere, wurden doch sowohl die Verfügung vom 20. März 2024 – worin die Beschwerdegegnerin auf das Erlassgesuch eintrat – als auch der Einspracheentscheid vom 28. Juni 2024 von einer anderen Person als C.\_\_\_\_ verfasst (s. AWA-1 S. 21 + 23 sowie A.S. 1 + 3).

1.3 Weiter rügt die Beschwerdeführerin in formeller Hinsicht, die Beschwerdegegnerin sei nie auf die Argumente in ihren Rechtsschriften eingegangen, was eine «Rechtsverweigerung» darstelle (A.S. 29). Dieser Einwand geht fehl. Die Beschwerdegegnerin war verpflichtet, ihren Einspracheentscheid zu begründen (Art. 52 Abs. 2 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts / ATSG, SR 830.1). Dies hat sie getan, indem sie im Entscheid darlegte, auf welcher rechtlichen und tatsächlichen Grundlage sie einen Erlass ablehnte (s. A.S. 1 ff.). Die Beschwerdeführerin war denn auch in der Lage, diesen Entscheid sachgerecht anzufechten und in der Beschwerdeschrift zu begründen, warum sie die Erlassvoraussetzungen als erfüllt ansieht (s. zum Ganzen BGE 124 V 180 E. 1a S. 181). Eine Missachtung der Begründungspflicht liegt daher nicht vor.

2. 2.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen einer Sozialversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG), was auch in der Arbeitslosenversicherung gilt (Art. 95 Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung / AVIG, SR 837.0). Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn kumulativ eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG). Ein entsprechendes Erlassgesuch kann behandelt werden, sobald die fragliche Rückforderung feststeht (Johanna Dormann in: Ghislaine Frésard-Fellay et al. [Hrsg.], Basler Kommentar zum ATSG, Basel 2020, Art. 25 N 67). Dies ist hier der Fall, nachdem die Rückforderung über CHF 258'663.15 rechtskräftig gerichtlich bestätigt wurde (E. I. 1.1 hiervor). Der gute Glaube ist zu vermuten (Dormann, a.a.O., N 71). Er ist indes nicht schon dann gegeben, wenn der Leistungsbezug in Unkenntnis des Rechtsmangels erfolgte. Der Leistungsempfänger darf sich vielmehr nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht haben. Der gute Glaube entfällt somit einerseits von vornherein, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- oder Auskunftspflichtverletzung zurückzuführen ist. Andererseits kann sich die rückerstattungspflichtige Person auf den guten Glauben berufen, wenn ihr fehlerhaftes Verhalten nur leicht fahrlässig war. Wie in anderen Bereichen beurteilt sich das Mass der erforderlichen Sorgfalt nach einem objektiven Massstab, wobei aber das den Betroffenen in ihrer Subjektivität Mögliche und Zumutbare (Urteilsfähigkeit, Gesundheitszustand, Bildungsgrad etc.) nicht ausgeblendet werden darf. Zu unterscheiden ist somit zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (Dormann, a.a.O., N 73).

2.2 Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Arbeitnehmer, 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 Insolvenzentschädigung / AVIV, SR 837.02). Erforderlich ist ein Zeiterfassungssystem wie Stempelkarten, Stundenrapporte etc., welches die Arbeitszeit jeden Tag erfasst und festhält, wann ein Arbeitnehmer die Arbeit effektiv aufnimmt und wann er sie wieder beendet. Die nachträgliche Zusammenstellung der

Arbeitszeiten am Monatsende erfüllt diese Anforderungen nicht (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Zürich 2019, S. 260 + 261). 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 abweichende Bestimmungen zur Kurzarbeit. Keine davon betraf jedoch die Arbeitszeiterfassung, womit die entsprechende Regelung im AVIG und in der AVIV massgeblich blieb (s. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.3, ALK-4 S. 86).

3. 3.1 Gemäss dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 kann die Beschwerdeführerin für März bis Oktober 2020 lediglich als «Arbeitszeitkontrolle» bezeichnete Listen für jeden Monat und Arbeitnehmenden vorweisen (s. dazu ALK-3 S. 468 ff. / 488 ff. / 498 ff. / 541 ff. / 674 ff. / 726 ff. / 751 ff. / 773 ff. / 795 ff.). Diesen Listen liess sich laut dem Urteil nicht entnehmen, wer sie zu welchem Zeitpunkt und gestützt auf welche Grundlagen erstellt hatte; eine tägliche und zeitgleiche Arbeitszeiterfassung war nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund erachtete das Bundesverwaltungsgericht die fraglichen Listen der Beschwerdeführerin als beweisuntauglich und zudem in sich nicht plausibel (E. 2.6 + 2.7, ALK-4 S. 89). Da es somit an einer materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung fehlte (E. 3, ALK-4 S. 94), wurde die entsprechende Rückforderung bestätigt (E. 6, ALK-4 S. 95). Die Beschwerde dagegen wies das Bundesgericht als offensichtlich unbegründet ab (ALK-4 S. 57 f.).

3.2 3.2.1 Die Beschwerdeführerin reichte am 14. März 2020 die unterzeichnete Voranmeldung von Kurzarbeit ein (ALK-3 S. 822 f.). Dieses Formular enthielt am Ende folgenden Hinweis: Bestätigung des Arbeitgebers: Mit meiner Unterschrift bestätige ich die Angaben wahrheitsgetreu gemacht zu haben. Zudem nehme ich zur Kenntnis, dass ich für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) führen muss. Diese beinhaltet die § täglich geleisteten Arbeitsstunden inkl. anfälliger Mehrstunden und § die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie § sämtliche übrigen Absenzen wie z.B. Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärdienstabwesenheiten. Da die Beschwerdeführerin die Kenntnisnahme dieses Hinweises unterschriftlich bestätigt hatte, mussten ihr die Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung bei gebührender Sorgfalt bekannt sein. Dies gilt umso mehr, als auch die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 19. März 2020, worin die Kurzarbeit bewilligt wurde, nochmals die gleichen Angaben enthielt (ALK-3 S. 821), ebenso die zweite Voranmeldung vom 20. August 2020 (Akten der Beschwerdegegnerin, Sammelbeilage 2 / AWA-2 S. 17 f.). Trotz dieser unmissverständlichen Hinweise unterliess es die Beschwerdeführerin jedoch, wie das Bundesverwaltungsgericht und Bundesgericht in ihren rechtskräftigen Urteilen festgestellt haben (E. II. 3.1 hiervor), eine geeignete betriebliche Arbeitszeiterfassung aufzuziehen. Wer aber aufgrund der Informationen, die im Formular zur Voranmeldung und in der anschliessenden Verfügung enthalten sind, hätte merken müssen, dass kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, kann sich nicht auf den guten Glauben berufen, da mehr als eine bloss leichte Nachlässigkeit vorliegt (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 424). Der vorliegende Sachverhalt lässt sich nicht mit den Fällen vergleichen, wo jemand während der Corona-Pandemie die jeweils korrekte Information selbst im Internet beschaffen musste und ein grobfahrlässiges Verhalten deshalb verneint

wurde (Dormann, a.a.O., N 75 in fine mit Hinweis). Selbst wenn der Beschwerdeführerin die genauen Anforderungen unklar gewesen sein sollten, so hätte sie sich bei der Beschwerdegegnerin oder der ALK erkundigen können und müssen, ob ihr Zeiterfassungssystem ausreichend ist. Auch unter diesem Blickwinkel kann die Beschwerdeführerin für den Bezug der Kurzarbeitsentschädigung ab März 2020 nicht als gutgläubig gelten (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 424).

3.2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei nie gerichtlich festgestellt worden, dass sie die Arbeitszeit nicht erfasst habe, sondern nur, dass die vorhandene Arbeitszeiterfassung ungenügend gewesen sei (A.S. 6 und AWA-1 S. 11). Sie argumentiert mit anderen Worten, der Umstand, dass irgendeine Art von Zeiterfassung erfolgt sei, bedeute, dass sie gutgläubig von einem Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgehen dürfen. Dem kann indes nicht gefolgt werden. Mit ihrem Vorbringen anerkennt die Beschwerdeführerin indirekt, dass ihre Zeiterfassung mangelhaft war. Entscheidend ist nun, dass ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entfällt, wenn die Arbeitszeit nicht kontrollierbar ist (E. II. 2.2 hiavor). Der Beschwerdeführerin hätte angesichts der erhaltenen Informationen bewusst sein müssen, dass dies selbstredend auch dann der Fall ist, wenn eine Arbeitszeiterfassung zwar vorliegt, aber nicht den einschlägigen Anforderungen entspricht.

3.2.3 Weiter wendet die Beschwerdeführerin ein, sie habe sich auf die Äusserungen der ALV verlassen dürfen. Diese habe ein «Vorverfahren» durchgeführt und die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigungen genehmigt, was einem «Comfort-Letter» entspreche (A.S. 7). Damit bezieht sich die Beschwerdeführerin auf den Vertrauensschutz, der sich aus Art. 9 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV, SR 101) ableitet. Dem ist einerseits zu entgegnen, dass sich bereits das Bundesverwaltungsgericht (E. 2.10 f., ALK-4 S. 90 ff.) und das Bundesgericht (E. 3.3., ALK-4 S. 58) mit diesem Argument befasst haben und zum Schluss gelangten, dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Vertrauensschutz berufen kann, obwohl über mehrere Monate hinweg vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt worden war; läge ein Fall von Vertrauensschutz vor, so wäre es dem SECO im Übrigen von vornherein verwehrt gewesen, auf die ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigungen zurückzukommen und diese zurückzufordern (Dormann, a.a.O., N 23). Andererseits ist die Frage, ob das Vertrauen in das Verhalten einer Behörde zu schützen ist, von der hier interessierenden Frage zu unterscheiden, ob der gute Glaube als Erlassvoraussetzung vorliegt (Dormann, a.a.O., N 23). Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Vertrauensschutz sind daher auch in dieser Hinsicht unbehelflich. Zudem ist festzuhalten, dass eine fehlende Überprüfung der Arbeitszeiterfassung durch die ALK nichts an der fehlenden Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin ändert (Kupfer Bucher, a.a.O., S. 424 + 425).

3.3 Zusammenfassend scheidet der Erlass der Rückforderung bereits am fehlenden guten Glauben während des Leistungsbezugs, weshalb es sich erübrigt, auf die Voraussetzung einer grossen Härte einzugehen. Die Beschwerde stellt sich damit als unbegründet heraus und ist abzuweisen.

4. In Beschwerdesachen der Arbeitslosenversicherung hat das kantonale Versicherungsgericht (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).