



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 14. März 2024 (715 23 95 / 63)

Arbeitslosenversicherung

Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung, da der geltend gemachte Arbeitsausfall zum normalen Betriebsrisiko zu zählen und nicht auf die Corona-Pandemie zurückzuführen ist.

Besetzung Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichterin Susanne Afheldt,
Kantonsrichter Daniel Noll, Gerichtsschreiberin Christina Markiewicz

Parteien **A._____**, Beschwerdeführerin, vertreten durch Marco Albrecht, Advokat,
Hauptstrasse 54, 4132 Muttenz

gegen

KIGA Baselland, Ergänzende Massnahmen ALV, Güterstrasse 107,
4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Kurzarbeitsentschädigung (Corona)

A. Die A._____ bezweckt unter anderem die Planung und Ausführung von Bauarbeiten jeglicher Art sowie den Handel mit Liegenschaften. Für die Zeit ab 8. Januar 2021 reichte sie am 29. Dezember 2020 für drei Angestellte eine Voranmeldung für Kurzarbeit beim Kantonalen Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit Baselland (KIGA) ein mit der Begründung, dass aufgrund der aktuellen Lage keine "auswärtige Arbeit vorhanden" und das eigene Bauprojekt noch nicht bewilligt worden sei. Sie habe sehr darauf gehofft, die Baubewilligung vor den Feiertagen zu erhalten. Das

KIGA bewilligte daraufhin die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung mit Verfügung vom 19. Januar 2021 für den Zeitraum 8. Januar 2021 bis 7. April 2021. Mit Voranmeldung vom 18. März 2021 beantragte die A.____ des Weiteren die Bewilligung von Kurzarbeit für die Zeit ab 8. April 2021 mit im Wesentlichen derselben Begründung wie bereits in der Voranmeldung vom 29. Dezember 2020, nunmehr aber für zwei Angestellte. Auch dieses Gesuch bewilligte das KIGA mit Verfügung vom 22. März 2021 für den Zeitraum 8. April 2021 bis 7. Oktober 2021, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland (Arbeitslosenkasse) richtete in der Folge für die Abrechnungsperioden Januar 2021 bis Juni 2021 Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 62'772.55 aus.

Aufgrund der Weisung 2021/13 des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) vom 30. Juni 2021, wonach Abrechnungen mit einem Arbeitsausfall von über 50 % für eine Abrechnungsperiode ab Juni 2021 vom Betrieb gegenüber der Arbeitslosenkasse jeweils begründet und mit plausiblen betrieblichen Unterlagen untermauert werden müssen und nicht plausibilisierte Abrechnungen über dem Schwellenwert der kantonalen Amtsstelle zur Prüfung zu unterbreiten sind, überwies die Arbeitslosenkasse das Dossier der A.____ am 4. Oktober 2021 zur weiteren Überprüfung an das KIGA. Mit Verfügung vom 23. November 2021 hob das KIGA die Verfügungen vom 19. Januar 2021 und vom 22. März 2021 wiedererwägungsweise auf und erhob Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Dauer vom 8. Januar 2021 bis 7. Oktober 2021. Es hielt fest, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall auf Verzögerungen im Baubewilligungsverfahren für ein Neubauprojekt zurückzuführen sei. Im Baugewerbe seien Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf sowie Terminverschiebungen auf Wunsch von Auftraggebern oder aus anderen Gründen, die das mit der Ausführung der Arbeiten beauftragte Unternehmen nicht zu verantworten habe, üblich. Der darauf zurückzuführende Arbeitsausfall sei betriebsüblich und deshalb nicht anrechenbar. Gleiches gelte bei einer angespannten, rezessiven Wirtschaftslage. Der Arbeitsausfall ab 8. Januar 2021 sei somit nicht als ausserordentlich oder aussergewöhnlich zu bezeichnen, sondern dem normalen Betriebsrisiko zuzuordnen beziehungsweise sei branchen-, betriebs- und berufsüblich und daher nicht anrechenbar. Gestützt darauf forderte die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 29. November 2021 die für die Abrechnungsperioden Januar 2021 bis Juni 2021 ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 62'772.55 von der A.____ zurück und lehnte mit weiterer Verfügung vom 29. November 2021 einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperiode ab Juli 2021 infolge fehlender Bewilligung des KIGA ab.

Die gegen die Verfügung vom 23. November 2021 erhobene Einsprache vom 10. Januar 2022 wies das KIGA mit Entscheid vom 23. Februar 2023 ab. Die Einsprachen vom 12. Januar 2022 gegen die Verfügungen vom 29. November 2021 sistierte die Arbeitslosenkasse mit Zwischenentscheid vom 18. Januar 2022 bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids in der vorliegenden Angelegenheit.

B. Gegen den Einspracheentscheid vom 23. Februar 2023 erhob die A.____, vertreten durch Advokat Marco Albrecht, Beschwerde ans Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht. Sie beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids.

C. Mit Vernehmlassung vom 13. April 2023 beantragte das KIGA die Abweisung der Beschwerde.

D. Mit Replik vom 14. Juni 2023 und Duplik vom 20. Juni 2023 hielten die Parteien an ihren Anträgen und Begründungen fest.

E. An der heutigen Parteiverhandlung nehmen B.____, Inhaber und Geschäftsführer der A.____, sein Rechtsvertreter Advokat Marco Albrecht, C.____ und D.____ als Vertreter und Vertreterin des KIGA, und E.____ als Zeuge teil. Auf die Ausführungen der Beteiligten wird in den Erwägungen eingegangen.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1. Gemäss Art. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 i. V. m. Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 ist ein Gericht als letzte kantonale Instanz für die Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich der Sozialversicherung sachlich zuständig. Örtlich zuständig ist bei Streitigkeiten betreffend Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 100 Abs. 3 AVIG i. V. m. Art. 119 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 die Rekursinstanz am Ort des betroffenen Betriebes. Dieser liegt vorliegend im Kanton Basel-Landschaft. Nach § 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Beschwerden gegen Einspracheentscheide der Versicherungsträger gemäss Art. 56 ATSG. Damit ist es auch sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde vom 23. Februar 2023 ist demnach einzutreten.

2. Mit Verfügungen vom 19. Januar 2021 und 22. März 2021 bewilligte die Vorinstanz die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum 8. Januar 2021 bis 7. Oktober 2021. Diese Verfügungen zog die Vorinstanz mit Verfügung vom 23. November 2021 in Wiedererwägung und erhob Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung mit der Begründung, dass der anrechenbare Arbeitsausfall nicht Folge der Pandemie sei, sondern dem normalen Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin zuzuschreiben sei, weshalb kein Anspruch auf Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bestanden habe beziehungsweise bestehe. Es ist zu prüfen, wie es sich damit verhält.

3.1 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 Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts (BGE 148 V 195 E. 5.3). Darunter fällt insbesondere auch eine ur-

spränglich unvollständige Sachverhaltsabklärung aufgrund einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c ATSG). So ist beispielsweise eine Verfügung qualifiziert unrichtig, wenn die notwendigen (fachärztlichen) Abklärungen überhaupt nicht oder nicht mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt wurden, oder wenn eine Leistung aufgrund falscher Rechtsregeln beziehungsweise ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen zugesprochen wurde. Die Frage nach der zweifellosen Unrichtigkeit beurteilt sich nach der Rechtslage im Zeitpunkt des Verfügungserlasses, einschliesslich der damaligen Rechtspraxis (BGE 138 V 147 E. 2.1).

3.2 Die Wiedererwägung setzt voraus, dass die Berichtigung der zweifellos unrichtigen Verfügung von erheblicher Bedeutung ist. Massgebend für die Beantwortung dieser Frage sind nach der Rechtsprechung die gesamten Umstände des Einzelfalls, zu denen auch die Zeitspanne gehört, die seit der zu Unrecht erfolgten Bewilligung verstrichen ist. Eine allgemeingültige betragliche Grenze lässt sich allerdings nicht festlegen, wobei die Erheblichkeit aufgrund der Höhe der strittigen Leistungsausrichtung im Umfang von Fr. 62'772.55 vorliegend ausser Frage steht (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 53 N. 65 ff.).

4. Zu prüfen ist, ob die Bewilligungen vom 19. Januar 2021 und 22. März 2021 zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum 8. Januar 2021 bis 7. Oktober 2021 zweifellos unrichtig waren, insbesondere, ob der geltend gemachte Arbeitsausfall zum normalen Betriebsrisiko zu zählen ist.

4.1 Nach Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können. Voraussetzung für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles ist, dass er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe – in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung – sehr weit aus und versteht darunter sowohl strukturelle als auch konjunkturelle Gründe und nicht nur den Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen (BGE 128 V 305 E. 3a; Urteile des Bundesgerichts vom 20. Dezember 2017, 8C_549/2017, E. 3.2 und vom 2. November 2006, C 279/05, E. 1, je mit Hinweisen).

4.2 Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a, 119 V 357 E. 1a, je mit Hinweisen). Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen, andere übliche Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr. 5 S. 58 E. 2.1).

4.3 Gemäss Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt der Bundesrat für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Er kann abweichende längere Karenzfristen vorsehen und bestimmen, dass der Arbeitsausfall nur bei vollständiger Einstellung oder erheblicher Einschränkung des Betriebes anrechenbar ist. Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, sind anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 32 Abs. 3 AVIG).

5.1 Beabsichtigt ein Arbeitgeber, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, so muss er diese der kantonalen Amtsstelle mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Die Voranmeldung ist zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert (Art. 36 Abs. 1 AVIG). In der Voranmeldung muss der Arbeitgeber unter anderem Ausmass und voraussichtliche Dauer der Kurzarbeit angeben (Art. 36 Abs. 2 lit. b AVIG) sowie die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und anhand der durch den Bundesrat bestimmten Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach den Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 lit. a AVIG erfüllt sind. Die kantonale Amtsstelle kann weitere zur Prüfung nötige Unterlagen einverlangen (Art. 36 Abs. 3 AVIG). Sie prüft sodann, ob die Anspruchsvoraussetzungen glaubhaft gemacht worden sind und die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründet ist. Hält sie eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (Art. 36 Abs. 4 Satz 1 AVIG).

5.2 Art. 17a und 17b des Bundesgesetzes über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 25. September 2020 sahen für die Kurzarbeitsentschädigung gewisse Abweichungen vom AVIG vor. Zudem wurde der Bundesrat in Art. 17 Covid-19-Gesetz ermächtigt, in gewissen – näher genannten – Bereichen abweichende Bestimmungen zu erlassen. Von dieser Befugnis machte er mit dem Erlass der Verordnungen über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung) Gebrauch. Am 19. März 2021 beschloss die Bundesversammlung, Art. 17b Abs. 1 Covid-19-Gesetz abzuändern und legte in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG fest, dass keine Voranmeldefrist für Kurzarbeit einzuhalten ist (in Kraft [rückwirkend] vom 1. September 2020 bis zum 31. Dezember 2021; danach verlängert bis 31. Dezember 2022). Sodann war die Voranmeldung zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als sechs Monate dauerte.

5.3 Wie in der Botschaft vom 12. August 2020 zum Covid-19-Gesetz (BBI 2020 2068 S. 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wird, besteht Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs beziehungsweise der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, sondern im Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen (BGE 147 V 359 E. 4.6.3). Nach den laufend aktualisierten Weisungen des SECO "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" kann eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere nicht als

normales, von der Arbeitgeberin zu tragendes Betriebsrisiko im Sinn von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIV betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jede Arbeitgeberin davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Während zu Beginn der blosse Hinweis auf die Pandemie als ausreichende Begründung betrachtet wurde (Weisung Nr. 2020/06 vom 9. April 2020, S.5), galt dies im hier interessierenden Zeitpunkt nicht mehr (Weisung Nr. 2020/12 vom 22. Juli 2020, S. 8 und Nr. 2020/15 vom 30. Oktober 2020, S. 8). Die Arbeitgeberin muss glaubhaft darlegen können, dass die in ihrem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind. Sofern eine Firma für die Abrechnungsperioden ab Juni 2020 weiterhin einen Arbeitsausfall von über 85 % geltend macht, muss sie diesen gegenüber der Arbeitslosenkasse begründen und mit plausiblen betrieblichen Unterlagen untermauern (Weisung Nr. 2020/10 vom 22. Juli 2020, S. 10). Mit der schrittweisen Lockerung der Massnahmen entfiel für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, so dass der Betrieb grundsätzlich wieder aufgenommen werden musste, sobald dies erlaubt war (Weisung 2020/10 vom 22. Juli 2020, S. 9). Als Ausnahme sehen die Weisungen unter anderem vor, dass der Anspruch weiterhin gegeben sein kann, wenn ein Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen nur einen Teil der Arbeitnehmenden wieder beschäftigen kann, der anrechenbare Arbeitsausfall auf die wirtschaftlichen Folgen der Pandemie zurückzuführen ist und die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Weisung 2021/16 vom 1. Oktober 2021, S. 12; vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 2021, 8C_555/2021, E. 3.3.1). Ab Juni 2021 muss ein Arbeitsausfall von nunmehr über 50 % begründet und belegt werden. Dauerbezüger sollen insbesondere angehalten werden, zum Nachweis der Plausibilität der geltend gemachten Arbeitsausfälle darzulegen, dass die auf die wirtschaftlichen Gründe zurückzuführenden Arbeitsausfälle weiterhin unvermeidbar sind, noch immer Arbeitsausfälle vorliegen, die auf die Pandemie beziehungsweise auf die damit verbundenen behördlichen Massnahmen zurückzuführen sind und der Arbeitsausfall weiterhin als vorübergehend betrachtet wird und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeitsentschädigung Arbeitsplätze erhalten werden können (Weisung 2021/16 vom 1. Oktober 2021, S. 13).

5.4 Verwaltungsweisungen, wie etwa Wegleitungen oder Kreisschreiben, richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 146 V 224 E. 4.4.2, 141 V 365 E. 2.4 mit Hinweisen). Dabei ist grundsätzlich diejenige Fassung mit zu berücksichtigen, die der Entscheidbehörde im Verfügungszeitpunkt vorgelegen hat (Urteil des Bundesgerichts vom 24. November 2021, 8C_555/2021, E. 4.2).

5.5 Die Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie vom 19. Juni 2020 (ersetzt durch die gleichlautende Verordnung vom 23. Juni 2021

beziehungsweise vom 16. Februar 2022 [in Kraft bis 31. März 2022]) mit den eingeführten Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit enthält für die vorliegend zu beurteilende Problematik keine einschlägigen Bestimmungen. Insbesondere erfuhr die Einspruchsmöglichkeit der kantonalen Amtsstelle gemäss Art. 36 Abs. 4 AVIG dadurch keine Einschränkungen; auch bietet die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung keinen Anlass, von der in den Weisungen postulierten Begründungspflicht abzuweichen (Urteile des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2022, AL.2022.00048, E. 2 und 3 sowie vom 31. August 2022, AL.2022.00145, E. 1.7).

6.1 Strittig ist, ob die Beschwerdeführerin glaubhaft machen (beziehungsweise für die Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung ab Juni 2021 aufgrund der erhöhten Begründungspflicht mit betrieblichen Unterlagen belegen) konnte, dass der von ihr im Zeitraum 8. Januar 2021 bis 7. Oktober 2021 geltend gemachte Arbeitsausfall auf die Pandemie zurückzuführen und unvermeidbar war. Beim Glaubhaftmachen sind die Beweisanforderungen herabgesetzt, indem nicht im Sinne eines vollen Beweises die Überzeugung des Versicherungsträgers begründet zu werden braucht; es reicht bereits aus, dass für den geltend gemachten rechtserheblichen Sachumstand wenigstens gewisse Anhaltspunkte bestehen, auch wenn durchaus noch mit der Möglichkeit zu rechnen ist, bei eingehender Abklärung werde sich die behauptete Sachverhaltsänderung nicht erstellen lassen (KIESER, a.a.O., Art.43 N. 58; Urteil des Bundesgerichts vom 10. August 2016, 9C_367/2016, E. 2.2).

6.2 Die Vorinstanz begründete ihre ablehnende Haltung im Einspracheentscheid vom 23. Februar 2023 einmal in allgemeiner Hinsicht damit, dass eine (pandemiebedingte) allgemeine rezessive Wirtschaftslage in der Branche der Beschwerdeführerin als Ursache für den geltend gemachten Arbeitsausfall ausscheide. Die gesamte Baubranche habe sich im Jahr 2021 vielmehr in einer guten Konjunkturphase befunden und sei, anders als andere Branchen wie zum Beispiel die Gastronomie- oder die Eventbranche, von den behördlichen Massnahmen kaum und wenn, dann höchstens mittelbar betroffen gewesen. Andererseits begründe auch die dargestellte konkrete Situation der Beschwerdeführerin keinen pandemiebedingten Arbeitsausfall. So habe sie in den Voranmeldungen vom 29. Dezember 2020 und 18. März 2021 bezüglich des Neubauprojekts einzig die ausstehende Baubewilligung als Grund für die Kurzarbeit aufgeführt. Inwiefern diese Verzögerung in Zusammenhang mit der Pandemie stehe, werde hingegen nicht dargelegt. Gleiches gelte für den Umstand, dass erst Ende Juni 2021 mit dem Aushub habe begonnen werden können, da die externe Baumeisterfirma davor keine Kapazität gehabt habe. Beim Aushub sei es sodann zu einem Erdbeben gekommen, für dessen Sicherung der Baumeister aufgrund von Lieferverzögerungen kein Material habe bestellen können und ferner auf die Beurteilung eines Geologen habe gewartet werden müssen (E-Mail vom 30. September 2021 an die Arbeitslosenkasse). Für die beiden Bauarbeiter der Beschwerdeführerin habe es demnach erst anfangs August 2021 wieder genügend Arbeit auf der Baustelle gegeben. Soweit die Beschwerdeführerin bei der Baumeisterfirma aufgetretene, pandemiebedingte Lieferverzögerungen beim Material für die Sicherung des Erdbebens geltend mache, habe sie hierfür keinerlei Belege vorgelegt. Gleich verhalte es sich hinsichtlich der geltend gemachten Lieferverzögerungen der Elektrofirma. Der allgemeine Hinweis allein, dass es zu pandemiebedingten Lieferverzögerungen gekommen sei,

begründe noch keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (vgl. E. 8.1 - 10.3 des Einspracheentscheids vom 23. Februar 2023 mit Hinweisen auf den Schriftverkehr und die Rechtsprechung sowie mit Quellennachweisen bezüglich der Konjunkturanalysen). Insgesamt sei daher nicht glaubhaft gemacht worden, dass sich der im Zusammenhang mit dem Neubauprojekt geltend gemachte Arbeitsausfall auf die Pandemie als Ursache zurückführen lasse.

6.3 Der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, dass es der Vorinstanz nicht gelungen sei, nachzuweisen, dass der Arbeitsausfall nicht pandemiebedingt gewesen sei. Vielmehr sei erstellt, dass die Beschwerdeführerin im geltend gemachten Zeitpunkt einen massiven Umsatzrückgang von rund 75 % erlitten habe, womit zumindest glaubhaft gemacht worden sei, dass die im Betrieb zu erwartenden und eingetretenen Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen seien. Zwar treffe es zu, dass in der Voranmeldung auf das Problem der fehlenden Baubewilligung hingewiesen worden sei. Es sei jedoch nicht zu übersehen, dass der eigentliche Grund der Anmeldung der gewesen sei, dass aufgrund der aktuellen Lage keine Arbeit vorhanden gewesen sei. Aber selbst wenn davon ausgegangen werden würde, dass die Vorinstanz ihrer Abklärungspflicht im Zeitpunkt der jeweiligen Bewilligung der Kurzarbeit nur ungenügend nachgekommen sei, weil sie die angegebenen Gründe für den Arbeitsausfall in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nicht weiter überprüft habe, würde die Wiedererwägung und die damit verbundene Rückforderung schliesslich an der Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin scheitern.

6.4 Dem kann nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz wies in ihrer Vernehmlassung vom 13. April 2023 zu Recht darauf hin, dass es nicht ihre Aufgabe sei, nachzuweisen, dass der Arbeitsausfall nicht auf die Pandemie zurückzuführen sei, sondern, dass vielmehr die Beschwerdeführerin glaubhaft machen müsse, dass der Arbeitsausfall pandemiebedingt sei. Dieser Nachweis ist ihr nicht gelungen. In Bezug auf die geltend gemachten ausgebliebenen Aufträge sowie Materiallieferverzögerungen hakte die Vorinstanz mehrmals nach und gab der Beschwerdeführerin Gelegenheit, dies mit Belegen zu untermauern. Die Beschwerdeführerin legte hingegen nicht dar, inwiefern – gegenläufig zur wirtschaftlichen Situation im Baugewerbe im Jahr 2021, die ausführlich im Einspracheentscheid und in der Vernehmlassung dokumentiert worden ist – ein Auftragsrückgang und Verzögerungen in der Materiallieferung zu einem ausserordentlichen Arbeitsausfall geführt haben sollen. Unbestritten ist, dass die tieferen Umsatzzahlen auf einen Arbeitsausfall schliessen lassen. Die Beschwerdeführerin vermochte hingegen nicht glaubhaft darzulegen, dass dieser Ausfall ab 8. Januar 2021 in direktem Zusammenhang mit der Pandemie steht.

6.5.1 Auch die heutigen Ausführungen an der Parteiverhandlung führen nicht zu einem anderen Ergebnis. B.____, Geschäftsführer und Inhaber der A.____, macht – entgegen seinen Darlegungen in den Voranmeldungen respektive im vorinstanzlichen Verfahren – geltend, dass die Verzögerung in Bezug auf das Neubauprojekt beziehungsweise die erst am 2. Juni 2021 eingegangene Baubewilligung keinen Zusammenhang mit den Anträgen auf Kurzarbeit gehabt habe. Das Jahr 2021 sei ein sehr schwieriges Jahr gewesen und er habe Umsatzeinbussen erlitten; neue Aufträge seien ausgeblieben, vor allem auch aufgrund von Materiallieferschwierigkeiten.

6.5.2 Angesprochen auf das Neubauprojekt führt B.____ an, dass erschwerend dazugekommen sei, dass die Baumeisterfirma, die F.____, im September 2021 in Konkurs gegangen sei. In Absprache mit dem Konkursamt habe er das Material übernehmen und das Arbeitsverhältnis mit E.____, welcher für die F.____ als Polier und Kranführer bis 21. September 2021 tätig gewesen und für die Baustelle verantwortlich gewesen sei, weiterführen können. Dessen Lohn habe er denn auch bereits ab September 2021 ausgerichtet. E.____ berichtet als Zeuge, dass er zuständig gewesen sei für das Personal und das Material respektive das Abladen des Materials, mithin für die Organisation auf der Baustelle. Nach dem Aushub im Juni 2021, welcher die Firma G.____ durchgeführt habe, und der Sicherung der angrenzenden Gemeindestrasse hätten sie mit den üblichen Arbeiten begonnen wie Kanalisation anlegen, Bodenplatten legen und Wände betonieren. Probleme auf der Baustelle hätte es keine gegeben, alles sei normal abgelaufen. Namentlich seien keine unüblichen Lieferverzögerungen zu verzeichnen gewesen. Es käme oft vor, dass das Baumaterial einen oder zwei Tage später geliefert werde, als ursprünglich abgemacht. In Bezug auf die Pandemie seien einzig die SUVA-Kontrollen speziell gewesen und gelegentliche Ausfälle von Arbeitern aufgrund von Coronaerkrankungen.

6.5.3 Zum im vorinstanzlichen Verfahren erwähnten Erdrutsch infolge des Aushubs befragt, führt B.____ nunmehr an, dass es sich nicht um einen Rutsch an sich gehandelt habe. Die Gemeindestrasse habe aber nach dem Aushub gesichert werden müssen, indem auf beiden Seiten der Strasse ein Graben ausgehoben und dieser habe betoniert werden müssen. Zur Festigung seien Profile und Beton benötigt worden; dieses Material hätten sie aber sogleich erhalten, da es um die Sicherung einer Gemeindestrasse gegangen sei. Insofern hat sich die Begründung, dass Materiallieferverzögerungen im Rahmen des Neubauprojekts für den Arbeitsausfall mitverantwortlich gewesen seien, aufgelöst. B.____ macht hingegen geltend, dass er einen Auftrag eines Bekannten nicht erhalten habe, weil das dafür notwendige Material erst im Dezember 2021 hätte geliefert werden können. Um was für einen Auftrag und um welches Baumaterial es sich dabei gehandelt hat, ist nicht bekannt. Nicht nur in diesem konkreten Fall fehlen entsprechende Belege, da B.____ hauptsächlich telefonisch vorgeht, sondern auch allgemein gibt es keine greifbaren Hinweise für Lieferengpässe. Ein pandemiebedingter Arbeitsausfall infolge Lieferverzögerungen ist somit nicht glaubhaft dargelegt.

6.5.4 Auch der vom Rechtsvertreter eingereichte Artikel vom 20. Mai 2021 "Rohstoffmangel führt zu Verzögerungen am Bau" führt zu keinem anderen Schluss. Darin geht es namentlich um den Rohstoff Holz, dessen Preis sich vervierfacht habe und der Bedarf allein durch das in der Schweiz produzierte Holz nicht gedeckt werden könne. Hingegen werde Zement grösstenteils in der Schweiz mit inländischen Rohstoffen produziert. Vorliegend kann nicht vom Rohstoffmangel Holz, der hier nicht massgebend ist, auf allgemeine Lieferverzögerungen geschlossen werden. Folglich können aus dem Artikel keine neuen und für die Beurteilung der Beschwerde sachdienlichen Hinweise gewonnen werden.

6.5.5 Ferner macht der Inhaber und Geschäftsführer der A.____ als Grund für den Arbeitsausfall einen pandemiebedingten Wegfall von Aufträgen im Jahr 2021 geltend. Diese Behauptung konnte heute an der Parteiverhandlung weder mit konkreten Ausführungen noch mit entsprechenden Unterlagen untermauert werden. B.____ erklärt, dass er intensiv auf telefonischer Basis

nach Aufträgen gefragt habe, aber stets auf Ablehnung gestossen sei. Namentlich habe er versucht, im Innenbereich Renovationsarbeiten – auch in seinen eigenen Mietwohnungen – anzubieten und durchzuführen. Die Mieter und Mieterinnen hätten sich aber aufgrund der Coronasituation dagegen ausgesprochen. Allein auf diese vagen mündlichen Parteiaussagen kann nicht abgestellt werden. Weitere Erkenntnisse zur Auftragslage sind durch die Anhörung der angegebenen Zeugen H.____ und I.____, J.____ AG, und K.____, L.____ AG, nicht zu erwarten. Gemäss B.____ habe er bei beiden Firmen auch telefonisch um Arbeit angefragt, aber ebenfalls zur Antwort erhalten, dass momentan keine Aufträge zu vergeben seien. Für beide Firmen sei er jedoch nur ab und zu tätig gewesen. Die im Verwaltungsverfahren eingereichte Auftragsliste bestätigt diese Aussage. Daraus geht hervor, dass die Beschwerdeführerin seit 2018 keine Arbeiten für die genannten Firmen ausgeführt hat. Bei dieser geringen Auftragsdichte kann somit nicht von einem pandemiebedingten Wegfall zentraler Auftraggeberinnen gesprochen werden. In antizipierter Beweiswürdigung wird deshalb von einer Anhörung der genannten Zeugen abgesehen. Der diesbezügliche Beweisantrag ist demnach abzuweisen.

7. In Würdigung der Gesamtumstände ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Verfügungen vom 18. Januar 2021 und vom 22. März 2021, worin der geltend gemachte Arbeitsausfall aufgrund der Pandemie als ausserordentlich und nicht zum normalen Betriebsrisiko gehörend qualifiziert wurde, nach vertiefter Prüfung als zweifellos unrichtig einstufte und wiedererwägungsweise aufhob. Der Beschwerdeführerin gelang es bereits im Verfügungszeitpunkt nicht, rechtsgenügend darzulegen, dass die in ihrem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie und die diesbezüglichen behördlichen Massnahmen zurückzuführen seien und nicht dem normalen Betriebsrisiko entsprächen (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG). Daran ändern auch die heutigen Parteivorbringen und Zeugenaussagen nichts. Der Einspracheentscheid vom 23. Februar 2023 ist demnach zu schützen und die Beschwerde folglich abzuweisen.

8. Soweit sich die Beschwerdeführerin auf den guten Glauben bezieht, ist dieser im Rahmen eines allfälligen Erlassgesuchs zu prüfen (Art. 4 Abs. 1 ATSV).

9. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Nach Art. 61 lit. f^{bis} ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Das das AVIG keine grundsätzliche Kostenpflicht vorsieht, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben (vgl. auch § 20 Abs. 2 VPO). Gemäss dem Ausgang des Verfahrens wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>