

# SO\_GERICHTE VSBES.2022.48 vom 11. Februar 2022

SO Obergericht, 2022-02-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_VSBES.2022.48](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VSBES.2022.48)

FR: SO\_GERICHTE VSBES.2022.48 du 11 février 2022

IT: SO\_GERICHTE VSBES.2022.48 del 11 febbraio 2022

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Die Öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn (fortan: ALK) forderte von der Arbeitgeberin A.\_\_\_\_ (fortan: Beschwerdeführerin) mit Verfügung vom 26. April 2021 für die Abrechnungsperiode März 2020 bis Februar 2021 Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von CHF 97'088.20 zurück (Akten der ALK BUR-Nr. 74629981 / ALK I S. 98 ff.). Dies wurde im Einspracheentscheid vom 18. Juni 2021 bestätigt (ALK I S. 78 ff.), der unanfechtbar in Rechtskraft erwuchs. Die Rückforderung reduzierte sich in der Folge durch Verrechnung mit der Corona-Erwerbssersatzentschädigung, welche die Ausgleichskasse des Kantons Solothurn zugesprochen hatte, auf CHF 78'450.55.

1.2 Das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Solothurn (fortan: Beschwerdegegnerin) wies das Gesuch der Beschwerdeführerin vom 6. August 2021, die Rückforderung sei zu erlassen (Akten der Beschwerdegegnerin Erlass / AWA-E S. 49), mit Verfügung vom 10. Dezember 2021 ab, da es am guten Glauben fehle (AWA-E S. 41 ff.). Die dagegen gerichtete Einsprache (AWA-E S. 29 ff.) wurde mit Entscheid vom 11. Februar 2022 abgewiesen (Aktenseite / A.S. 1 ff.).

### E. 2

2.1 Gemäss Art. 95 Abs. 1 Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0) richtet sich die Rückforderung von Leistungen der Arbeitslosenversicherung ■ abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen ■ nach Art. 25 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1). Laut dieser Bestimmung muss die versicherte Person unrechtmässig bezogene Leistungen nicht zurückerstatten, wenn sie sie gutgläubig empfangen hat und eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG). Ein solcher Erlass der Rückforderung ist sowohl bei natürlichen als auch juristischen Personen wie der Beschwerdeführerin möglich (Johanna Dormann in: Ghislaine Frésard-Fellay / Barbara Klett / Susanne Leuzinger [Hrsg.], Basler Kommentar zum ATSG, Basel 2020, Art. 25 N 68).

2.2 Der gute Glaube ist zu vermuten (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 usw.) 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. An der Gutgläubigkeit kann es somit auch fehlen, wenn die versicherte Person all ihren Meldepflichten nachgekommen ist und die unrechtmässige Leistung einzig auf einem Fehler der Verwaltung beruht. Entscheidend ist, ob der Leistungsbezüger bei der gebotenen Aufmerksamkeit den Fehler hätte erkennen und melden müssen (a.a.O., N 73). Die Melde- und Auskunftspflichten bestimmen sich in der Arbeitslosenversicherung nach dem ATSG (Boris Rubin, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, Genf / Zürich / Basel 2014, Art. 30 N 76): Die versicherte Person muss die zur Abklärung des Anspruchs und zur Festsetzung der Versicherungsleistungen erforderlichen Auskünfte erteilen (Art. 28 Abs. 2 ATSG). Die Formulare der Arbeitslosenversicherung sind vollständig und wahrheitsgetreu auszufüllen (Art. 29 Abs. 2 ATSG). Der Bezüger hat zudem jede für die Leistung wesentliche Änderung zu melden (Art. 31 Abs. 1 ATSG).

### **E. 3.1**

3.1.1 Die Beschwerdeführerin, welche einen Gastronomiebetrieb führte, reichte der Beschwerdegegnerin am 18. März 2020 eine Voranmeldung für Kurzarbeit ein (Akten der Beschwerdegegnerin BUR-Nr. 77809952 / AWA I S. 3 f.). Dieser Voranmeldung lag folgendes Organigramm bei (AWA I S. 6):

D.\_\_\_\_ beaufsichtigte die Küche und war daneben im Betrieb als Allrounderin tätig (AWA-E S. 57). Im Handelsregister war vom 6. März 2020 bis 13. August 2021 C.\_\_\_\_ und anschliessend D.\_\_\_\_ als alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift eingetragen (AWA-ES. 7).

3.1.2 Die Beschwerdegegnerin bewilligte der Beschwerdeführerin am 23. März 2020 für die Zeit vom 21. März bis 17. April 2020 Kurzarbeit (AWA I S. 9 f.). Diese Verfügung wurde am 17. April 2020 durch eine neue Bewilligung vom 17. März bis 16. September 2020 ersetzt (AWA I S. 1 f.). In der Folge verlängerte die Beschwerdegegnerin die Kurzarbeit mehrmals, zuletzt bis 3. Dezember 2021 (Akten der Beschwerdegegnerin BUR-Nr. 74629981 / AWA II S. 1 f. / 6 f. / 14 ff.). In diesem Rahmen erhielten D.\_\_\_\_ sowie deren Ehemann E.\_\_\_\_ Kurzarbeitsentschädigungen ausgerichtet. Als zuständige Sachbearbeiterin der Beschwerdeführerin war in den monatlichen Formularen «Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung» zu Händen der ALK jeweils D.\_\_\_\_ vermerkt (Akten der ALK BUR-Nr. 77809952 / ALK II S. 45 / 55 / 67 / 92 / 104 / 114, sowie ALK I S. 163 / 183 / 210 / 217 / 240 / 247). Ein Personalblatt reichte die Beschwerdeführerin erstmals am 8. Oktober 2020 ein. Darin sowie in den folgenden Blättern wurde eine arbeitgeberähnliche Stellung von D.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ verneint (ALK I S. 249 sowie S. 174 / 185 / 213 / 219).

3.1.3 Am 26. April 2021 forderte die ALK von der Beschwerdeführerin zu viel ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von CH 97'088.20 zurück, woran sie im Einspracheentscheid vom 18. Juni 2021 festhielt (s. E. I. 1.1 hiervor). Sie erwog, arbeitgeberähnlichen Personen stehe ab Juni 2020, d.h. mit dem Ausserkrafttreten der abweichenden Sonderbestimmungen, welche in Zusammenhang mit der Coronapandemie eingeführt worden seien, keine Kurzarbeitsentschädigung mehr zu. Eine

arbeitgeberähnliche Stellung hätten Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten (s. dazu Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG). Dies treffe bei D.\_\_\_\_ als Inhaberin des Wirtepatents zu, weshalb die Kurzarbeitsentschädigung für sie und ihren Ehemann E.\_\_\_\_ unrechtmässig bezogen worden sei (ALK I S. 79 f. und 98 f.).

3.1.4 Nachdem das Erlassgesuch am 10. Dezember 2021 abgewiesen worden war, hielt D.\_\_\_\_ in der Einsprache der Beschwerdeführerin im Wesentlichen dafür (AWA-E S. 29 ff.), der Anmeldung vom 17. März 2020 habe man den Handelsregisterauszug und das Organigramm beigelegt, d.h. es sei nichts verschwiegen worden. Sie sei unschuldig; wenn die Beschwerdegegnerin das Organigramm genauer angeschaut hätte, würde man jetzt nicht diskutieren. Sie habe die Gesellschafterin C.\_\_\_\_ während der Pandemie u.a. administrativ unterstützt. Wenn dies für eine arbeitgeberähnliche Stellung ausreiche, dann würde dies auch für jede Sachbearbeiterin etc. gelten. Nicht einmal die Ausgleichskasse des Kantons Solothurn (fortan: Ausgleichskasse) habe gewusst, dass ein Patentinhaber einem Arbeitgeber gleichzusetzen sei. Die erste Frage an sie habe gelautet, ob sie im Handelsregister eingetragen sei, und wenn nicht, nehme sie keine arbeitgeberähnliche Position ein.

### **E. 3.1.5**

In der Beschwerde und der Replik bekräftigte die Beschwerdeführerin, die Bewilligung für Kurzarbeit sei jeweils erfolgt, obwohl ersichtlich gewesen wäre, dass D.\_\_\_\_ die Patentinhaberin sei (A.S. 6 unten / A.S. 22 oben). Es sei nicht aus böser Absicht gehandelt worden (A.S. 22). D.\_\_\_\_ verfüge über keinen Fähigkeitsausweis als Wirtin, weil dies im Kanton Solothurn früher nicht erforderlich gewesen sei. Sie habe den Rechtsmangel daher nicht kennen können (A.S. 23).

### **E. 3.2**

3.2.1 D.\_\_\_\_, welche vor dem Versicherungsgericht als neue Gesellschafterin und Geschäftsführerin für die Beschwerdeführerin handelt, bringt einmal vor, die ALK habe Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet, obwohl sie von Anfang an hätte erkennen können, dass D.\_\_\_\_ die Patentinhaberin gewesen sei. Es sei daher der Fehler der Beschwerdegegnerin resp. der ALK, wenn zu Unrecht Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt worden sei. Dies ist jedoch für das Erlassverfahren ohne Belang, denn ein Fehlverhalten der Verwaltung vermag eine mangelnde Gutgläubigkeit beim Leistungsempfänger nicht aufzuheben (Urteile des Bundesgerichts 8C\_79/2017 vom 30. Juni 2017 E. 4.2 und 8C\_784/2009 vom 17. März 2010 E. 3.3).

3.2.2 D.\_\_\_\_ macht weiter geltend, ihr hätten die erforderlichen Rechtskenntnisse gefehlt, um die Bedeutung des Patents für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu erkennen, zumal sich die Rechtslage seit der Erteilung dieses Patents geändert habe. Letzteres trifft grundsätzlich zu:

Daraus ergibt sich indes nichts für die Beschwerdeführerin. Zwar wird weder von C.\_\_\_\_, welche im Rückforderungszeitraum Gesellschafterin und Geschäftsführerin war, noch von D.\_\_\_\_, welche sich um die Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung kümmerte, verlangt, die Rechtslage bezüglich arbeitgeberähnlicher Personen im Detail zu kennen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_437/2007 vom 27. Juni 2008 E. 2.4). Beide müssen sich aber den

Vorwurf gefallen lassen, nicht das Mindestmass an Sorgfalt aufgewendet zu haben, welches von einem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen verlangt werden darf. Der Einwand, als D.\_\_\_\_ ihr Patent erhalten habe, sei noch kein Fähigkeitsausweis nebst Kenntnissen über das Sozialversicherungsrecht verlangt worden, ist unbehelflich. Die Patentinhaber/innen waren schon unter dem früheren Wirtschaftsgesetz verpflichtet, ihre Betriebe in voller Eigenverantwortung zu führen. Dabei handelt es sich um eine grundlegende Bestimmung, was sich auch darin zeigt, dass das neue Recht in § 15 Abs. 1 WAG weiterhin die Verantwortlichkeit der Bewilligungsinhaber/innen für die gastwirtschaftliche Tätigkeit vorsieht. Eine solche Verantwortlichkeit bringt indes mit sich, dass alleinige Inhaber/innen des Patents resp. der Bewilligung unabhängig von einem Eintrag im Handelsregister Teil der Betriebsleitung sind, da der Betrieb ohne sie gar nicht geführt werden dürfte, und damit eine arbeitgeberähnliche Position einnehmen (s. dazu Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft 715 16 63 vom 24. November 2016 E. 7.2). Angesichts dessen hätte sich D.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_ als Patentinhaberin resp. Inhaberin eines Betriebs im Gastgewerbe zumindest die Frage aufdrängen müssen, ob eine arbeitgeberähnliche Stellung vorlag, auch wenn die beiden keine vertieften juristischen Kenntnisse besaßen. Dies muss umso mehr gelten, als das Organigramm der Beschwerdeführerin D.\_\_\_\_ nicht etwa als «Küchenaufsicht», «Allrounderin» o.ä. aufführte, sondern als «Patentinhaberin» (AWA I S. 6). Dies zeigt, dass die massgebliche Bedeutung von D.\_\_\_\_ für den Betrieb durchaus erkannt worden war. Somit hätte denn auch Anlass bestanden, sich bei der Beschwerdegegnerin oder der ALK zu erkundigen, ob wirklich Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe, was aber unterblieb. Diese Unterlassung stellt bereits, unabhängig von einer Melde- oder Anzeigepflichtverletzung, ein schuldhaftes Verhalten dar (s. Urteil des Bundesgerichts 8C\_243/2016 vom 7. Juli 2016 E. 4.1 in fine), welches keine leichte Nachlässigkeit mehr darstellt und eine Berufung der Beschwerdeführerin auf den guten Glauben ausschliesst.

3.2.3 Die Beschwerdeführerin hält schliesslich dafür, selbst die Ausgleichskasse habe nicht gewusst, dass aus dem Patent eine arbeitgeberähnliche Stellung resultiere. Soweit damit gesagt werden soll, der Beschwerdeführerin sei eine unrichtige amtliche Auskunft erteilt worden, ist ihr zu entgegnen, dass die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes nicht erfüllt sind (s. dazu BGE 143 V 95 E. 3.6.2 S. 103). Dessen Anwendung kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die Ausgleichskasse nicht dafür zuständig ist, Auskünfte über den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu erteilen, und es auch keine zureichenden Gründe für die Beschwerdeführerin gab, sie als zuständig zu betrachten.

3.3 Zusammenfassend scheidet ein Erlass der Rückforderung bereits an der mangelnden Gutgläubigkeit, so dass auf die Anspruchsvoraussetzung der grossen Härte nicht eingegangen werden muss. Die Beschwerde stellt sich folglich als unbegründet heraus und ist abzuweisen.

5. In Beschwerdesachen der Arbeitslosenversicherung vor dem kantonalen Versicherungsgericht 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).

Demnach wird erkannt:

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

Die Präsidentin

Der Gerichtsschreiber

Weber-Probst

Haldemann

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