

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00213**

## **vom 2. Februar 2023**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-02-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2022.00213](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00213)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00213 du 2 février 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00213 del 2 febbraio 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

7. März 2020 reichte Y.\_\_\_\_ als einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der X.\_\_\_\_ GmbH (vgl. Urk. 8/28) beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Voranmeldung für Kurzarbeitsentschädigung für den Gesamtbetrieb für die voraussichtliche Dauer vom 17. März bis 17. Juni 2020 ein (Urk. 8/30/364-366). Mit Verfügung vom 23. März 2020 erhob das AWA teilweise Einspruch und bewilligte die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vom 20. März bis 19. Juni 2020, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (Urk. 8/54).

Unter demselben Vorbehalt bewilligte das AWA mit Verfügung vom 14. August 2020 die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung vom 1. September bis 30. November 2020 (Urk. 8/50). Insgesamt wurde der X.\_\_\_\_ GmbH in den Monaten März bis November 2020 Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von total Fr. 103'277.25 ausbezahlt (Urk. 8/30/142).

#### **E. 1.1**

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben nach Art. 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) unter gewissen Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Vorausgesetzt wird unter anderem, dass der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch die Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d).

#### **E. 1.2**

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin oder 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. Nach der Rechtsprechung (BGE 123 V 234 E. 7a mit Hinweis) ist der Ausschluss der in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG genannten Personen vom Entschädigungsanspruch absolut zu verstehen. Hinter dieser Regelung steht der Gedanke der Verhütung von Missbräuchen (Selbstausschluss von für die Kurzarbeitsentschädigung notwendigen Bescheinigungen, Gefälligkeitsbescheinigungen, Unkontrollierbarkeit des tatsächlichen Arbeitsausfalls, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung von Kurzarbeit und Ähnliches, vor allem bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes; (BGE 123 V 234 E. 7b/ bb mit Hinweis; Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, Bern und

Stuttgart 1987, N 43 zu Art. 31 AVIG).

Die Frage, ob Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie in dieser Eigenschaft massgeblich Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen nehmen können, ist aufgrund der internen betrieblichen Struktur zu beantworten. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die massgebliche Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst (zwingend) ergibt. Dies gilt insbesondere für die Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR]) sowie für die (mitarbeitenden) Verwaltungsräte einer AG, denen das Gesetz in Art. 716 716b OR verschiedene, nicht übertrag- und entziehbare, die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmende oder massgeblich beeinflussende Aufgaben zuweist (BGE 145 V 200 E. 4.2-E.4.5 mit Hinweisen).

### **E. 1.3**

Der Bundesrat

erliess am 20. März 2020 gestützt auf Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) die Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19; Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; AS 2020 877) und führte unter anderem Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit ein: In der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, welche auf den 17. März 2020 in Kraft gesetzt wurde (Art. 9 Abs. 1) mit einer Geltungsdauer (mit Ausnahme von Art. 8) von sechs Monaten ab Inkrafttreten (Art. 9 Abs. 2), wurde in Art. 2 vorgesehen, dass die in Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG aufgeführten Personen in Abweichung zur gesetzlichen Regelung Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben. Die Geltungsdauer dieser Massnahme wurde am 9. April 2020 neu auf einen Zeitraum vom 1. März 2020 bis am 31. August 2020 festgesetzt (Verordnung des Bundesrates über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1201]). In der am 20. Mai 2020 vom Bundesrat erlassenen Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (AS 2020 1777) wurde Art. 2 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung per 1. Juni 2020 wieder aufgehoben. 14

Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Die Rückerstattung unrechtmässig gewährter Leistungen, die in gutem Glauben empfangen wurden, wird gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV) bei Vorliegen einer grossen Härte ganz oder teilweise erlassen. Die Voraussetzungen des guten Glaubens und der grossen Härte müssen kumulativ erfüllt sein (Urteil des Bundesgerichts 8C\_100/2020 vom 15. April 2020 E. 2.1 mit Hinweis).

Der gute Glaube als Erlaubnisvoraussetzung ist nicht schon mit der Unkenntnis des Rechtsmangels gegeben. 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 aus geblendet werden darf. Das Verhalten, das den guten Glauben ausschliesst, braucht nicht in einer Melde- oder Anzeigepflichtverletzung zu bestehen. Auch ein anderes Verhalten, beispielsweise die Unterlassung, sich bei der Verwaltung zu erkundigen, fällt in Betracht (Urteil des Bundesgerichts 8C\_102/2020 vom 1. Mai 2020 E. 4.1 mit Hinweisen).

Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann und ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (BGE 122 V 221 E. 3 mit Hinweisen).

## **E. 2**

S. 4).

### **E. 2.1**

Der Beschwerdegegner erwog im angefochtenen Einspracheentscheid vom 22. Juni 2022 zusammengefasst, dass der Bundesrat habe die vom AVIG abweichende Regelung betreffend Kurzarbeitsentschädigung für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung am 20. Mai 2020 per 31. Mai 2020 wieder aufgehoben. Die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen beziehungsweise deren Änderungen seien wie alle Gesetzestexte auf der Internetseite des Bundes öffentlich zugänglich. Auch auf der Webseite des Staatssekretariates für Wirtschaft (SECO) seien die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung und die Änderungen in diesem Zusammenhang jederzeit abrufbar gewesen. Die Bundesratsbeschlüsse seien ausserdem multimedial kommuniziert worden. Schliesslich sei der Pauschalbetrag von Fr.

3'320.-- (Fr. 4'150.-- \* 0.8) pro Person auch auf den bei der Arbeitslosenkasse eingereichten Abrechnungsformularen aufgeführt gewesen, weshalb maximal mit einer Entschädigung in dieser Höhe habe gerechnet werden dürfen. Bei zumutbarer Aufmerksamkeit habe ohne Weiteres erkannt werden können, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung für die Zeit ab dem 17. März bis 31. Mai 2020 nur einen reduzierten Anspruch und ab dem 1. Juni 2020 keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mehr hatten (Urk.

### **E. 2.2**

Demgegenüber berief sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift vom 22. August 2022 im Wesentlichen auf die Vermutung des guten Glaubens, welche auch für das öffentliche Recht gelte. Darüber hinaus könne keine Rede davon sein, dass sie nicht die gebotene Aufmerksamkeit für die Gesetzesänderungen an den Tag gelegt habe. Es dürfte gerichtsnotorisch sein, dass trotz grosser Bemühungen die Rechtslage im Zusammenhang mit den verschiedenen Corona-Verordnungen bei Weitem nicht übersichtlich gewesen sei, zumal gewisse Bestimmungen auch rückwirkend in Kraft getreten seien (Urk. 1 S. 4 f.).

Hinzu komme, dass sich Y.\_\_\_\_ als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin sehr wohl über die Rechtslage informiert habe. So habe er sich am 5. Mai 2020 per E-Mail an die

Arbeitslosenkasse gewandt, um die Frage der Anspruchsberechtigung seiner von ihm getrenntlebenden Ehegattin Z. \_\_\_ zu klären. Nachdem eine Rückmeldung ausgeblieben sei, habe er im Mai 2020 mit einem Mitarbeiter der Arbeitslosenkasse telefoniert, was eine Zeugin bestätigen könne. Es sei ihm mitgeteilt worden, dass Z. \_\_\_ als «normale» Arbeitnehmerin einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe, wobei eine schriftliche Bestätigung der Auskunft verweigert worden sei. Die Kurzarbeitsentschädigung für Z. \_\_\_ sei nur aufgrund dieser telefonischen Auskunft für die Monate Juni bis November 2020 beantragt worden. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners könne unter diesen Umständen nicht von einem fahrlässigen Handeln der Beschwerdeführerin gesprochen werden; sie habe die Leistungen gutgläubig empfangen (Urk. 1 S. 6-9). Im Übrigen liege insbesondere mit Blick auf die Erfolgsrechnung 20/2021 ein Härtefall vor (Urk. 1 S. 9 f.).

### E. 3

lit. c AVIG vorsah (vgl. vorstehende E. 1.3). Mit anderen Worten wäre die Beschwerdeführerin in Anwendung des gebotenen Mindestmasses an Aufmerksamkeit nicht davon befreit gewesen, weiterhin die Entwicklung der Pandemie sowie der von den Behörden getroffenen Massnahmen aktiv zu verfolgen.

Darüber hinaus bringt die Beschwerdeführerin vor, im Mai 2020 habe Y. \_\_\_ telefonisch mit der Arbeitslosenkasse Kontakt aufgenommen, nachdem er keine Rückmeldung auf seine E-Mail erhalten habe. Ein Mitarbeiter der Arbeitslosenkasse habe ihm gegenüber bestätigt, dass die von ihm getrenntlebende, im Betrieb mitarbeitende Ehegattin als «normale» Arbeitnehmerin einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe. Dies könne durch eine Mitarbeiterin des Unternehmens bezeugt werden (Urk. 1 S. 6 f.). Zunächst ist festzuhalten, dass ein Anruf des Geschäftsführers in den Akten des Beschwerdegegners nicht vermerkt wurde. Gemäss bundesgerichtlicher Praxis ist eine nicht schriftlich belegte telefonische Auskunft zum Beweis von vornherein kaum geeignet (BGE 143 V 341 E. 5.3.1). Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin weder den Namen des Mitarbeiters der Arbeitslosenkasse, welcher die (falsche) Auskunft erteilt haben soll, nannte, noch das genaue Datum des angeblichen Anrufs bezeichnete. Was Letzteres betrifft, liegen vielmehr widersprüchliche Angaben vor. Gemäss Beschwerdeschrift soll das Telefonat im Mai 2020 stattgefunden haben, während im Verwaltungsverfahren

unter anderem im Erlassgesuch

noch von Juni 2020 die Rede war (Urk. 8/1 S. 2 und S. 4; vgl. ferner

Urk. 8/30/129). Nicht nachvollziehbar ist des Weiteren, weshalb erstmals in der Beschwerdeschrift eine Zeugen aussage zum Beweis offeriert wurde, obwohl sich die Beschwerdeführerin bereits im Erlassgesuch sowie im vorangegangenen Verfahren betreffend Bestand der Rückforderung auf die telefonische Auskunft berufen hatte.

Unter weiterer Berücksichtigung des Umstands, dass die angebliche Erkundigung des Geschäftsführers bereits vor über zwei Jahren

stattgefunden haben soll, sind von der beantragten Befragung der Mitarbeiterin des Unternehmens keine neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb darauf in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten ist (BGE 144 V 361 E. 6.5, 136 I 229 E. 5.3). Die behauptete Erteilung einer telefonischen Auskunft durch einen Mitarbeiter der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich ist folglich nicht mit überwiegender

Wahrscheinlichkeit belegt. Eine nicht belegte telefonische Auskunft würde im Übrigen auch nicht für eine erfolgreiche Berufung auf den Vertrauensschutz genügen (BGE 143 V 341 E. 5.3.1; Urteil des Bundesgerichts 9C\_847/2017 vom 31. Mai 2018 E. 5.1).

### **E. 3.1**

Bestand und Höhe der Rückforderung wurden mit Verfügung der Arbeitslosen kasse des Kantons Zürich vom 26. März 2021 (Urk. 8/30/140-143) beziehungsweise mit Einspracheentscheid vom 16. September 2021 (Urk. 8/30/33-39) bereits rechtskräftig beurteilt. Dementsprechend steht fest, dass der Beschwerdeführerin von März bis November 2020 gesamthaft Fr. 58'741.60 zu viel an Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt wurden, weshalb diesbezüglich grundsätzlich eine Pflicht zur Rückerstattung besteht. Soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Erlasse erfahren (erneut) den Bestand der Forderung in Frage zu stellen beabsichtigt, indem sie insbesondere auf eine ihres Erachtens diskriminierende bundesgerichtliche Praxis betreffend die Anspruchsberechtigung von im Betrieb mitarbeitenden Ehegatten hinweist (Urk. 1 S. 5 Ziff. 19 und S. 9 Ziff. 35), hätte dieser Einwand im Rückforderungsverfahren vorgebracht werden müssen. Insofern ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **E. 3.2.1**

Zu prüfen ist, ob die Rückforderung zu erlassen ist, wobei die Beschwerdeführerin lediglich um Erlass der Rückerstattung im Betrag von Fr. 51'051.30 ersucht (Urk. 1 S. 2; vgl. auch Urk. 8/1 S. 1 f.), was der von Juni bis November 2020 unrechtmässig bezogenen Kurzarbeitsentschädigung entspricht (vgl. Urk. 8/30/142, 8/30/144 und 8/30/151-162). Der Erlass setzt zunächst den guten Glauben von Y.\_\_\_\_\_

als Geschäftsführer und einziger Gesellschafter der Beschwerdeführerin beim Empfang der Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Juni bis November 2020 voraus.

Es besteht kein Grund zur Annahme, dass er um die Unrechtmässigkeit des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung gewusst oder die Auszahlung der zurückgeforderten Leistungen gar mit böswilliger Absicht oder Arglist erwirkt hätte. Unter diesen Umständen hängt der gute Glaube davon ab, ob eine grobfahrlässige Verletzung der Meldepflicht oder ein anderweitig grobfahrlässiger Leistungsbezug vorliegt. Davon ist auszugehen, wenn nicht das Mindestmass an Aufmerksamkeit aufgewendet wurde, welches von einem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen verlangt werden muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_243/2016 vom 7. Juli 2016 E. 5.1).

### **E. 3.2.2**

Diesbezüglich ist festzuhalten, dass der Bundesrat laufend über die aktuelle Entwicklung der Pandemie sowie die getroffenen und geplanten Massnahmen informierte. An der Medienkonferenz vom 20. Mai 2020 wies Bundesrat Guy Parmelin insbesondere darauf hin, dass dringliche Massnahmen schrittweise abgebaut und unter anderem Kurzarbeitsentschädigungen für arbeitgeberähnliche Personen per Ende Mai 2020 auslaufen würden (Minute 29.21-29.53 der Medienkonferenz, vgl.

[https://www.youtube.com/watch?v=5c0WI7\\_we\\_I](https://www.youtube.com/watch?v=5c0WI7_we_I); zuletzt besucht

am 23. Januar 2023). Auch in der Medienmitteilung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) vom 20. Mai 2020 wurde auf diese Änderung mit den folgenden Worten hingewiesen: «Für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung sowie mitarbeitende Ehegatten oder eingetragene Partner und Partnerinnen entfällt der ausserordentliche

Anspruch auf Kurzarbeit auf Ende Mai. Dies entspricht unge fähr dem Ende der COVID-Massnahmen für Erwerbsausfälle für direkt oder indi rekt betroffene Selbständigerwerbende , die am 16. Mai aufgehoben wurden» (vgl. <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/seco/nsb-news/medienmitteilun gen-2020.msg-id-79205.html>; zuletzt besucht am 23 . Januar 2023 ).

#### **E. 3.2.4**

Gesamthaft kann der Beschwerdeführerin nicht bloss eine leicht fahrlässige Ver letzung der Sorgfaltspflicht vorgeworfen werden. Bei Anwendung der unter den konkreten Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte der Geschäftsführer erkennen müssen, dass kein Anspruch auf die in den Monaten Juni bis November 2020 ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung bestand, soweit diese für ihn und seine im Unternehmen mitarbeitende Ehegattin ausgerichtet wurde. Bereits beim Leistungsempfang hätte er daher mit einer Rückerstattungspflicht rechnen müssen.

#### **E. 3.3**

Die Voraussetzungen des guten Glaubens und der grossen Härte müssten für den Erlass der Rückforderung kumulativ erfüllt sein (Urteil des Bundesgerichts 8C\_100/2020 vom 15. April 2020 E. 2.1 mit Hinweis). Da es nach dem vorstehend Ausgeführten bereits am guten Glauben fehlt, erübrigt sich somit eine Prüfung der zweiten Voraussetzung der grossen Härte.

#### **E. 4**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden ( Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesge setzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. Dezember bis und mit dem 2. Januar ( Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzu stellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismit tel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizu legen, soweit die Partei sie in Händen hat ( Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die VorsitzendeDer Gerichtsschreiber FehrWürsch

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