

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00293**

## **vom 28. März 2023**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-03-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2022.00293](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2022.00293)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00293 du 28 mars 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2022.00293 del 28 marzo 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Nachdem die X.\_\_\_\_ AG beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) Kurzarbeit vorangemeldet hatte, bewilligte Letzteres die Ausrichtung von Kurz arbeitsentschädigung für die Zeiträume vom 31. März 2020 bis 29.

September 2020, vom 11. Dezember 2020 bis 24. März 2021 , vom 25. März 2021 bis 24. Juni 2021 sowie vom 1 3. Juli 2021 bis 3 1. Dezember 2021 , sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (Urk. 9/1, 26, 28 , 46 ).

Mit Verfügung vom 9. Juni 2022 forderte die Unia Arbeitslosenkasse die für die Abrechnungsperioden März 2020, April 2020, Dezember 2020, Januar 2021 sowie Februar 2021 zu viel ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 91'687.05 zurück.

Dies mit der Begründung, dass der Monat März 2020 vollumfänglich abgerechnet worden sei, obwohl erst ab dem 31. März 2020 eine Bewilligung für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung bestanden habe. Sodann sei in den Monaten März und April 2020 für zwei Personen in arbeit geberähnlicher Stellung

ein höherer Lohn als der gemäss Sonderregelungen aufgrund der Pandemie massgebende Lohn von Fr. 4'150.-- berücksichtigt worden. Schliesslich sei in den Monaten Dezember 2020, Januar 2021 und Februar 2021 jeweils ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für in einem Temporär- oder Leiharbeitsverhältnis stehende Arbeitnehmende geltend gemacht worden, für welche kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe (Urk. 9/75) . Die von der X.\_\_\_\_ AG am 11. Juli 2022 dagegen erh obene Einsprache (Urk. 9/79 ) wies die Unia Arbeitslosenkasse mit Einspracheentscheid vom 1 0. Oktober 2022 ab (Urk. 9/81 = Urk. 2).

#### **E. 1.1**

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art.

31 Abs. 1 lit. b und d des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [ AVIG ]). Voraussetzung für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles ist, dass er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art.

32 Abs.

1 lit. a AVIG).

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).

### **E. 1.2**

Gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG ist ein Arbeitsausfall auch nicht anrechenbar, soweit er Personen betrifft, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer, einem Lehrverhältnis oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen. Weil der Temporärarbeitnehmer nur so weit und so lange zur Leistung von Arbeit im Einsatzbetrieb verpflichtet ist, als ihm der Einsatzbetrieb Arbeit anbietet, entsteht bei Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein anrechenbarer Arbeitsausfall (BGE 119 V 357 E. 1b). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist auch die Leiharbeit einer Temporärarbeit im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen. Abgesehen davon nämlich, dass Temporärarbeit und Leiharbeit bisweilen ohnehin nur schwer voneinander abzugrenzen sind, ist auch bei der Leiharbeit der Beschäftigte nur so weit und so lange zur Leistung von Arbeit verpflichtet, als ihm der Einsatzbetrieb solche anbietet, weshalb beim Wegfall der Arbeitsgelegenheit kein rechtlich fassbarer Arbeitsausfall entsteht. Der Umstand, dass die Organisation für Temporärarbeit den Arbeitnehmer während Beschäftigungslücken entlohnt, ändert hieran nichts, weil der Arbeitsausfall nicht in ihrem Betrieb, sondern im Einsatzbetrieb entstanden ist. Dazu kommt, dass Temporär- und Verleihearbeitsfirmen in gleicher Weise darauf ausgerichtet sind, sich Konjunkturschwankungen und Änderungen in der Beschäftigungslage zunutze zu machen, und deshalb jederzeit mit Arbeitsausfällen zu rechnen haben. Einsatzlücken der von solchen Firmen beschäftigten Arbeitnehmer sind daher zumindest teilweise auch branchen- oder betriebsüblich im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG. Da im Einzelfall kaum zuverlässig festzustellen wäre, inwie weit die Beschäftigungslücke wirtschaftlich bedingt ist und inwieweit sie sich aus den Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses ergibt, rechtfertigt es sich auch unter diesem Gesichtspunkt, das Leiharbeitsverhältnis grundsätzlich dem Temporärarbeitsverhältnis gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG gleichzustellen (BGE 119 V 362 f. E. 3b).

Dies gestützt auf Art.

### **E. 1.3.1**

Laut Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis Abs. 4 AVIG nach Art. 25 ATSG. Gemäss Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

Der Rückforderungsanspruch erlischt drei Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre seit der Auszahlung der einzelnen Leistung.

(Art. 25 Abs. 2 ATSG in der ab 1. Januar 2021 geltenden Fassung).

### **E. 1.3.2**

Eine Rückforderung rechtsbeständig zugesprochener Leistungen unterliegt den üblichen Rückkommensvoraussetzungen der prozessualen Revision ( Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder der Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung ( Art. 53 Abs. 2 ATSG) unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 142 V 259 E. 3.2, 129 V 110 E. 1.1, je m.w.H. ; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_790/2018 vom 9. April 2019 E. 4.1). 2.

### **E. 2**

Dagegen erhob die X.\_\_\_\_ AG am 11. November 2022 Beschwerde und beantragte, es seien der Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2022 sowie die Verfügung vom 9. Juni 2022 der Beschwerdegegnerin aufzuheben und es sei von der Rückforderung abzusehen, soweit diese den Betrag von Fr. 14'178.85 übersteige (Urk. 1). Mit Beschwerdeantwort vom 3. Januar 2023 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 7), was der Beschwerdeführerin mit Verfügung vom 4. Januar 2023 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 8). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin erwog im angefochtenen Entscheid im Wesentlichen, es sei unbestritten, dass für Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_ , welche als Präsident respektive Mitglied des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin fungieren würden, in den Abrechnungsperioden März und April 2020 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nur im Ausmass eines Pauschalbetrags bestehe (Urk. 2 S. 4 f.) .

In den Abrechnungsperioden Dezember 2020, Januar 2021 sowie Februar 2021 seien sodann jeweils nur drei Arbeitnehmende anspruchsberechtigt. Mit den übrigen Arbeitnehmenden bestünden Temporär- und Leiharbeitsverhältnisse. Im Rahmen der Anspruchsberechtigung auf Kurzarbeitsentschädigung seien Temporärarbeit und Leiharbeit einander gleichgestellt und der Arbeitsausfall von Betrieben, die eine der beiden Arbeitsformen hätten, sei – abgesehen von der Sonderregelung aufgrund der Corona-Pandemie - nicht anrechenbar. Bei beiden Formen werde die Arbeitsleistung (vorwiegend) nicht für den Arbeitgeber, sondern für einen Drittbetrieb erbracht, weshalb mit Arbeitsausfällen zu rechnen sei und diese somit nicht unter den Schutz der Kurzarbeitsentschädigung fielen

(Urk. 2 S. 5).

#### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin machte im Wesentlichen geltend , die Rückforderung betreffend Ziffer 2 der Verfügung vom 9. Juni 2022 in der Höhe von Fr. 14'718.75 sei nachvollziehbar und unbestritten (Urk. 1 S. 2 f.).

Die Mitarbeitenden, mit welchen als «Leih-Arbeitsvertrag gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV» bezeichnete Verträge abgeschlossen worden seien, seien alle zur Erfüllung des Distributionsvertrags mit der

A.\_\_\_\_

AG eingesetzt worden. Dabei habe es kein für den Personalverleih typisches Dreiecksverhältnis gegeben. Die Beschwerdeführerin habe die im Dienstleistungsvertrag

vereinbarten Dienstleistungen mit ihren eigenen Arbeitnehmenden, den Chauffeuren der Kategorie B, erledigt – so wie auch andere Unternehmen mit ihren eigenen angestellten Arbeitnehmenden ihre Dienstleistungen gegenüber ihren Vertragspartnern erbringen würden. Die Arbeitnehmenden seien nie in einem Einsatzbetrieb eingesetzt oder an einen solchen verliehen worden (Urk. 1 S. 4 ff.). 3. 3.1

Mit dem Formular «Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung» machte die Beschwerdeführerin am 7. Mai 2020 ihre Ansprüche für die Abrechnungsperiode März 2020 geltend, wobei sie 8 anspruchsberechtigte und von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende mit einer AHV-pflichtigen Lohnsumme von insgesamt Fr. 35'462.79 aufführte. Ebenfalls am 7. Mai 2020 machte die Beschwerdeführerin ihre Ansprüche für die Abrechnungsperiode April 2020 geltend, wobei sie im entsprechenden Formular wiederum 8 anspruchsberechtigte und von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende sowie eine AHV-pflichtige Lohnsumme von insgesamt Fr. 34'539.37 angab. Gemäss der den Formularen beiliegenden «Aufstellung Stundenkontrolle» machte die Beschwerdeführerin für die Mitarbeitenden Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_ jeweils einen Monatslohn von Fr. 10'000.-- geltend (Urk. 9/6, 7).

Vorliegend ist unbestritten, dass es sich bei Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_

um den Präsidenten respektive ein Mitglied des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin (Urk. 9/ 48 ) und somit um Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung handelt, welche nach den Sonderregelungen aufgrund der Pandemie zwischen dem 1. März 2020 und 31. Mai 2020 zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung berechtigt waren. Konkret erhielten 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, für eine Vollzeitstelle einen Pauschalbetrag von Fr. 3'320.-- (vgl. Art. 5 der COVID-1

#### **E. 4**

der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus vom 20. März 2020 (SR 837.033) vorübergehend ausgeweitete Anrechenbarkeit eines Arbeitsausfalles auch im Bereich der Temporärarbeit wurde per 1. September 2020 wieder aufgehoben.

#### **E. 9**

-Verordnung Arbeitslosenversicherung ; gemäss Art. 9 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung gültig seit dem 1. März 2020;

aufgehoben mit Wirkung seit 1. Juni 2020 [AS 2020 1777 f.]). Als massgebender Lohn für die Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung von Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung zu berücksichtigen war demnach ein Betrag von Fr. 4'150.--, welcher vorliegend auch für Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_ in den Abrechnungsperioden März und April 2020 einzusetzen war.

Vor diesem Hintergrund sowie unter Berücksichtigung des Umstands, dass erst ab dem 31. März 2020 eine Bewilligung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung bestand (Urk. 9/1), sind die von der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Abrechnungsperiode März und April 2020 vorgenommenen Berichtigungen nicht zu beanstanden (Urk. 9/ 75 S. 225 f.). 3.2

Für die Abrechnungsperioden Dezember 2020, Januar 2021 und Februar 2021 meldete die Beschwerdeführerin jeweils 22 respektive 23 anspruchsberechtigte und von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende (Urk. 9/18, 19, 22).

Diesbezüglich kam die Beschwerdegegnerin zum Schluss, in den Abrechnungsperioden Dezember 2020, Januar 2021 und Februar 2021 habe die Beschwerdeführerin

nur in Bezug auf

B.\_\_\_\_ ,

C.\_\_\_\_

(bis Januar 2021) und D.\_\_\_\_

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gehabt . Ab März 2021 bestehe sodann für E.\_\_\_\_

als Ersatz von C.\_\_\_\_

ein Anspruch (Urk. 2 S. 5). Die Bejahung der Anspruchsberechtigung in Bezug auf die vorgenannten Arbeitnehmenden gibt angesichts der Aktenlage (vgl. deren Arbeitsverträge in Urk. 9/51 S. 412 ff., S. 447 f. und S. 449 f. sowie Urk. 9/7 2 S. 251 f. , wonach zwischen der Beschwerdeführerin und den genannten Personen gewöhnliche Einzelarbeitsverhältnisse bestanden ) zu keinen Beanstandungen Anlass. 3.3.3.1

In Bezug auf die übrigen Arbeitnehmenden erwog die Beschwerdegegnerin, diese stünden in Temporär- oder Leiharbeitsverhältnissen, welche nicht unter den Schutz der Kurzarbeitsentschädigung fielen (Urk. 2 S. 5). Dem hielt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen entgegen , dass die Mitarbeitenden, mit welchen als «Leih-Arbeitsvertrag gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV» bezeichnete Verträge abgeschlossen worden seien, zwar zur Erfüllung des Distributionsvertrags mit der A.\_\_\_\_ eingesetzt worden seien, es sich bei Letzterem aber nicht um einen Verleihvertrag handle (Urk. 1 S. 4 ff.). 3.3 .2

Gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Zürich erbringt die Beschwerdeführerin Dienstleistungen im Bereich Personalvermittlung, Personalverleih und Personalberatung, insbesondere im Zusammenhang mit Chauffeuren und Logistik Mitarbeitern (Urk. 9/48).

Den als «Leih-Arbeitsvertrag gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV» bezeichneten Verträgen ist sodann zu entnehmen, dass diese den Verleih des Arbeitnehmers an einen Drittbetrieb (Einsatzbetrieb) für die Arbeit als Chauffeur der Kategorie B,

Warenausgangsmitarbeiter und Kommissionierer bezwecken (Urk. 9/ 51 S. 407 ff., S. 435 ff., S. 452 ff., S. 457 ff., S. 462 ff., S. 472 ff., S. 482 ff., S. 487 ff., S. 492 ff. ).

Aus den Akten ergibt sich sodann, dass die Beschwerdeführerin im Juni 2020 mit der A.\_\_\_\_ eine Vereinbarung über Distributionsleistungen abgeschlossen hat, in welcher die Feinverteilung von Frischbackwaren an Kunden der A.\_\_\_\_ geregelt wurde. Nach den Bestimmungen der genannten Vereinbarung stellt die A.\_\_\_\_ sämtliche Auslieferungen touren- und kundenkommissioniert zur definierten Zeit an der Rampe bereit. Zudem macht die A.\_\_\_\_ die komplette Tourenplanung inklusive Zeitfensterabsprachen mit den Kunden . Sodann stellt die A.\_\_\_\_

Fahrzeuge zur Ausübung des Auftrags zur Verfügung. Die Beschwerdeführerin übernimmt demgegenüber die Ware an den Warenrampen der Spedition der A.\_\_\_\_ und ist für die Distribution nach den Vorgaben der A.\_\_\_\_ verantwortlich. Die Fahrzeuge werden von der A.\_\_\_\_ zur Ausübung des Auftrags zur Verfügung gestellt. Die von der Beschwerdeführerin

zu erbringenden Dienstleistungen umfassen insbesondere die Übernahme der Ware an den Verloaderampen der A.\_\_\_\_, die Beladung der Fahrzeuge, die Verteilung der Lieferungen gemäss den Vorgaben der A.\_\_\_\_, den Ablad beim Kunden gemäss den Vorgaben der A.\_\_\_\_, die Rücknahme der Leergebinde beim Kunden, den Ablad an der Leergutrampe bei der A.\_\_\_\_ sowie das Führen des Belegflusses nach den Vorgaben der A.\_\_\_\_. Die A.\_\_\_\_ ist zur tourenweisen Bereitstellung der zu distribuierenden Kundenbestellungen verpflichtet. Zudem stellt sie den Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin saubere und gepflegte Arbeitskleidung zur Verfügung, wobei die Mitarbeitenden wiederum verpflichtet sind, diese Arbeitskleidung zu tragen. Die Kadermitarbeitenden der A.\_\_\_\_ sind gegenüber den Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin weisungsbefugt betreffend Angelegenheiten, welche das Geschäft der A.\_\_\_\_ oder das Verhalten in deren Räumlichkeiten, mit deren Fahrzeugen oder gegenüber deren Kunden betreffen. Für die von der Beschwerdeführerin zu erbringenden Dienstleistungen sind Tarife vereinbart, die in einer separaten Tarifvereinbarung definiert sind. Für die Verrechnung der Dienstleistungen (Dauer der Einsatzzeiten) ist die Tourenplanung die Abrechnungsbasis. Ausserordentliche Aufwände und Zusatzkosten müssen vom Chauffeur nach Schichtende der Disposition der A.\_\_\_\_ gemeldet werden. Diese Korrekturen werden erfasst und visiert. Die jeweiligen Tourenabrechnungen werden der Beschwerdeführerin am Folgetag per Mail zugestellt. Die Leistungsvergütung erfolgt monatlich durch Rechnungsstellung der Beschwerdeführerin. Die Vereinbarung enthält sodann Haftungsbestimmungen sowie ergänzende Regelungen zur Verpflichtung von Subunternehmern, zur Geheimhaltung sowie zur Ausbildung des Fahrpersonals. Zur Dauer der Vereinbarung ist derselben zu entnehmen, dass diese per 1. August 2020 in Kraft trat und auf unbeschränkte Zeit abgeschlossen wurde. Dabei wurde vereinbart, dass der Vertrag ab dem 1. Januar 2021 jederzeit mit einer Frist von vier Monaten gekündigt werden kann. Zudem wurde auch die Möglichkeit einer vorzeitigen Auflösung unter bestimmten Voraussetzungen vereinbart (Urk. 9/54). 3.3.3

Dass es sich bei den als « Leih-Arbeitsvertrag » bezeichneten Verträgen um eine Art des Personalverleihs im Sinne des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih (AVG, SR 823.11) handelt, ergibt sich nicht nur aus ihrer Bezeichnung, sondern erscheint aufgrund der aufgeführten Aktenlage offensichtlich. So stellte die Beschwerdeführerin, deren Zweck gemäss Handelsregistereintrag ja namentlich auch der Personalverleih im Zusammenhang mit Chauffeuren und Logistik-Mitarbeitern darstellt (Urk. 9/48), nicht in Abrede, dass die Mitarbeitenden, mit welchen ein als « Leih-Arbeitsvertrag gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV » bezeichneter Vertrag abgeschlossen wurde, zur Erfüllung des « Distributionsvertrags » mit der A.\_\_\_\_ eingesetzt wurden (Urk. 1 S. 4). In Bezug auf Letzteren war es sodann klarerweise die A.\_\_\_\_, welche

Umfang und Dauer der jeweiligen Einsätze vorgab, indem sie die komplette Tourenplanung inklusive Zeitfensterabsprachen mit den Kunden übernahm (Urk. 9/54 S. 342). Die jeweiligen bei der A.\_\_\_\_ eingesetzten Mitarbeiter hatten sich auch umfassend in deren Arbeitsorganisation einzufügen, hatten sie doch nicht nur die Touren nach den Vorgaben der A.\_\_\_\_ auszuführen, sondern waren gegenüber den Kadermitarbeitenden der A.\_\_\_\_ auch weisungsgebunden (Urk. 9/54 S. 343). Sodann wurden die Touren in der Regel mit den Fahrzeugen der A.\_\_\_\_ ausgeführt (vgl. Urk. 9/54 S. 342, wonach die Beschwerdeführerin der A.\_\_\_\_ nur bei Bedarf Fahrzeuge zur Verfügung stellt) und die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin waren verpflichtet, die Arbeitskleidung der A.\_\_\_\_ zu tragen (Urk. 9/54

S. 343) .

Die Behauptung der Beschwerdeführerin, wonach die Arbeitnehmenden ausschliesslich auf ihre Weisung tätig waren, findet in den Akten demgegenüber keine Stütze. 3. 3.4

Handelt es sich nach dem Gesagten also jedenfalls um ein Konstrukt des Personalverleihs, so hat die Beschwerdeführerin nach der dargelegten bundesgerichtlichen Rechtsprechung ( vgl. vorstehende E. 1.2 ) für den ab 1. Dezember 2020 geltend gemachten Arbeitsausfall ihrer Mitarbeitenden, mit welchen ein als «Leih-Arbeitsvertrag gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV» bezeichneter Vertrag abgeschlossen wurde, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Somit ist es – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ( Urk. 1 S. 5 ) – auch unerheblich, dass die jeweiligen Verträge auf unbestimmte Zeit und mit einer festen Arbeitszeit abgeschlossen wurden, der Anspruch auf Lohn unabhängig von einem Arbeitsrapport besteht und die Beschwerdeführerin somit das Risiko für Einsatz- und Beschäftigungslücken trägt, liegt doch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch in dieser Konstellation gerade kein anrechenbarer Arbeitsausfall vor (vgl. BGE 119 V 357 E. 3b mit Hinweis auf BGE 114 V 33 6 E. 5a und BGE 108 V 95). Mithin ist unerheblich, inwieweit die Verträge den Charakter von gewöhnlichen Einzelarbeitsverträgen aufweisen. Entscheidend ist, dass insofern keine gewöhnlichen Arbeitsverträge vorliegen, als die Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht für die Beschwerdeführerin, sondern für einen Dritten (konkret die A. \_\_\_ ) erbringen und schon aus diesem Grund mit Arbeitsausfällen zu rechnen ist. Anders wäre höchstens dann zu entscheiden, wenn sich die Beschwerdeführerin vertraglich verpflichtet hätte, die Arbeitnehmer bei Einsatzlücken selber zu beschäftigen (vgl. BGE 119 V 357 E. 3c). Gemäss Ziff. 1.1 der als «Leih-Arbeitsvertrag gem. Art. 19 f. AVG und Art. 48 f. AVV» bezeichneten Verträge ist ein Einsatz in einer eigenen Betriebsstätte des Regiebetriebes zwar nicht ausgeschlossen (Urk. 9/51 S. 407 ff., S. 435 ff., S. 452 ff., S. 457 ff., S. 462 ff., S. 472 ff., S. 482 ff., S. 487 ff., S. 492 ff.), eine Pflicht der Beschwerdeführerin, die Arbeitnehmenden bei Einsatzlücken selber zu beschäftigen, besteht indes nicht. Nach dem Dargelegten liegt die charakteristische von der Beschwerdeführerin erbrachte Leistung in der Personalverleihung begründet, weshalb auch nichts zu ändern vermag, dass der mit der A. \_\_\_ abgeschlossene Vertrag nicht alle Elemente nach Art. 22 AVG enthält.

Vor diesem Hintergrund sind auch die von der Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Abrechnungsperioden Dezember 2020, Januar 2021 und Februar 2021 vorge nommenen Berichtigungen nicht zu beanstanden (Urk. 9/75 S. 22 7 f. und S. 219 sowie Urk. 9/78 S. 190-213). 4.

Die Beschwerdeführerin bezog unbestrittenermassen in den Monaten März 2020, April 2020, Dezember 2020, Januar 2021 und Februar 2021 Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 125'834.95 (März 2020 Fr. 14'817.50 [Urk. 9/6], April 2020 Fr. 21'507.80 [Urk. 9/7], Dezember 2020 Fr. 10'424.45 [Urk. 6/18], Januar 2021 Fr. 31'236.-- [Urk. 6/19], Februar 2021 Fr. 47'849.20 [Urk. 9/22]). In Anbetracht der Umstände, dass erst ab dem 31. März 2020 eine Bewilligung für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung vorlag, für Y. \_\_\_ und Z. \_\_\_ in den Abrechnungsperioden März und April 2020 jeweils lediglich ein massgebender Lohn von Fr. 4'150.-- einzusetzen war (vgl. vorstehende E. 3.1) und für die in einem Temporär- oder Leiharbeitsverhältnis stehenden Arbeitnehmenden in den Abrechnungsperioden Dezember 2020, Januar 2021 und Februar 2021 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestand (vgl. vorstehende E. 3.3) , war die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung in den Monaten März 2020,

April 2020, Dezember 2020, Januar 2021 und Februar 2021 im Betrag von insgesamt Fr. 91'687.05 (Urk. 9/75 S. 219 sowie S. 225 ff. ; vgl. auch die korrigierten Formulare «Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung» [Urk. 9/78 sowie Urk. 9/56] ) zweifellos unrichtig. Angesichts der Höhe der zu Unrecht gewährten Leistungen ist die Berichtigung von erheblicher Bedeutung, sodass die Voraussetzungen für ein wiedererwägungswises Zurück kommen auf die Leistungsausrichtung (vgl. vorstehende E. 1.3.2) erfüllt sind , wobei die Beschwerdegegnerin den Rückforderungsanspruch rechtzeitig geltend gemacht hat . 5.

Nach dem Gesagten erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Oktober 2022 (Urk. 2) als rechtens. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt:  
1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Harry F. Nötzli - Unia  
Arbeitslosenkasse - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) 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 Bundesgesetzes 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, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat ( Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin VogelR. Müller

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