



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub und Dr. iur. Matthias Suter
Gerichtsschreiberin: lic. iur. Claudia Meier

U R T E I L vom 5. Dezember 2022 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____
Beschwerdeführerin
vertreten durch B. _____

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Rechtsdienst, Industriestrasse 24, Postfach
857, 6300 Zug,
Beschwerdegegnerin

betreffend

Arbeitslosenversicherung
(Kurzarbeitsentschädigung)

S 2021 86

A. Mit Formular vom 16. März 2020 reichte A. _____ dem Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) eine Voranmeldung für Kurzarbeit aufgrund der behördlichen Massnahmen infolge der Covid-19-Pandemie für die einzige Mitarbeiterin des Betriebs, C. _____, für die Zeit vom 16. März bis 30. Juni 2020 ein (ALV-act. 49–51). Mit Verfügung vom 26. März 2020 bewilligte das AWA das Gesuch um Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 18. März bis 17. Juni 2020, soweit die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (ALV-act. 52–54), worauf die Kasse weitere Abklärungen tätigte und Leistungen ausrichtete. Mit Verfügung vom 4. August 2020 lehnte die Arbeitslosenkasse den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für C. _____ ab und forderte die für die Kontrollperioden März und April 2020 ausbezahlte Entschädigung im Betrag von Fr. 3'886.90 zurück (ALV-act. 12 f.). Vertreten durch den Ehemann von C. _____, B. _____, liess A. _____ am 21. August 2020 Einsprache erheben (ALV-act. 2 f. und 4). Mit Einspracheentscheid vom 10. Mai 2021 bestätigte die Kasse ihre Verfügung vom 4. August 2020 (ALV-act. 5–11).

B. Gegen den Einspracheentscheid vom 10. Mai 2021 erhob B. _____ im Namen von A. _____ am 10. Juni 2021 Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und Verzicht auf eine Rückforderung der ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung (act. 1). Die Verwaltung schloss am 15. Juli 2021 auf Abweisung der Beschwerde (act. 5), worüber die Beschwerdeführerin am darauffolgenden Tag in Kenntnis gesetzt wurde (act. 6). In der Folge gingen keine weiteren Eingaben ein.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1.

1.1 Gemäss Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, Beschwerde erhoben werden. Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen einer kantonalen Amtsstelle ist – in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG – das Versicherungsgericht desselben Kantons zuständig (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische

Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Im Kanton Zug beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz; VRG; BGS 162.1]).

1.2 Der angefochtene Einspracheentscheid wurde vom Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug erlassen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig ist. Die Beschwerde wurde am 11. Juni 2021 dem Verwaltungsgericht zugestellt (act. 1) und ist folglich rechtzeitig. Die Beschwerdeführerin ist durch die Ablehnung von Kurzarbeitsentschädigung direkt betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. Letztere entspricht schliesslich den wenigen an eine Laienbeschwerde gestellten formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

2.

2.1 Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (in casu: 10. Mai 2021) eingetretenen Sachverhalt ab (vgl. auch BGE 121 V 362 E. 1b). Dabei sind in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts in Geltung standen (BGE 130 V 445 E. 1.2.1).

2.2 Im Zusammenhang mit Massnahmen wegen des Coronavirus (Covid-19) erliess der Bundesrat verschiedene Verordnungen, die innert kurzer Zeit mehrere Änderungen erfuhr. Das Verfahren zum Erlass von Gesetzes- und Verordnungsrecht war auf Bundesebene durch die ausserordentliche Lage im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie einer besonderen Dynamik unterworfen. Die Dringlichkeit der Massnahmen brachte es mit sich, dass in hoher Kadenz Notverordnungen erlassen, aufgehoben und ersetzt wurden, ohne dass eine in allen Teilen handwerklich ausgereifte, wohl durchdachte Rechtsetzung im Fokus stehen konnte. Mit dem 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) erhielt der Bundesrat besondere Befugnisse zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und zur Bewältigung der Auswirkungen der getroffenen Massnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden.

So kann der Bundesrat nach Art. 17 Abs. 1 lit. d Covid-19-Gesetz vom AVIG abweichende Bestimmungen über den Ablauf des Verfahrens zur Voranmeldung von Kurzarbeit und zur Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung sowie die Form von deren Auszahlung erlassen (vgl. dazu BGE 148 V 144 E. 4).

3.

3.1 Gemäss Art. 31 AVIG haben Arbeitnehmende, 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 (Abs. 1 lit. b und d). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Abs. 3 lit. a). Ausserdem ist ein Arbeitsausfall, der branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird, nicht anrechenbar (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG).

3.2 Mit der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) hat der Bundesrat Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt, u.a. den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf bestimmte Anspruchsgruppen ausgeweitet. So räumte Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (in Kraft vom 9. April 2020 bis 31. März 2022) Arbeitnehmenden auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 Prozent), in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. a und 33 Abs. 1 lit. b AVIG ebenfalls einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ein, sofern sie seit mehr als sechs Monaten in dem Unternehmen gearbeitet hatten, das Kurzarbeit angemeldet hatte.

3.3 Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG). Gemäss Art. 25 Abs. 2 erster Satz ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat (relative Verwirkungsfrist), spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (absolute Verwirkungsfrist; die längere absolute Verwirkungsfrist im Zusammenhang mit einer strafbaren Handlung spielt hier keine Rolle; vgl. BGer 9C_208/2021 vom 30. Juli 2021 E. 2). Bei den genannten Fristen handelt es sich um

Verwirkungsfristen (BGE 146 V 217 E. 2.1 mit Hinweisen). Als solche können sie nicht unterbrochen, sondern nur gewahrt werden (BGE 136 II 187 E. 6).

3.4 Zu Unrecht bezogene Geldleistungen, die auf einer formell rechtskräftigen Verfügung beruhen, können, unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind, nur zurückgefordert werden, wenn entweder die für die Wiedererwägung (wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung; Art. 53 Abs. 2 ATSG) oder die für die prozessuale Revision (wegen vorbestandener neuer Tatsachen oder Beweismittel; Art. 53 Abs. 1 ATSG) bestehenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGer 8C_789/2014 vom 7. September 2015 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 130 V 318 E. 5.2 in fine und BGE 129 V 110 E. 1.1).

4.

4.1 Den Akten lässt sich entnehmen, dass C._____ weniger als sechs Monate im Betrieb der Beschwerdeführerin gearbeitet hatte, als diese am 16. März 2020 Kurzarbeit anmeldete. Dies ist unter den Parteien denn auch unbestritten. Strittig ist vielmehr, ob es sich bei diesem Arbeitsverhältnis um Arbeit auf Abruf handelt.

4.2 Arbeit auf Abruf wird aus juristischer Perspektive häufig definiert als Teilzeitarbeit, die im Rahmen eines unbefristeten Arbeitsvertrages geleistet wird und bei welcher Zeitpunkt und Dauer der einzelnen Arbeitseinsätze unbestimmt sind und jeweils entweder einseitig vom Arbeitgeber oder durch Parteivereinbarung festgelegt werden (Henneberger/Sousa-Poza/Ziegler, Eine empirische Analyse der Arbeit auf Abruf in der Schweiz, 2003/2004, S. 10 Ziff. 1.1).

4.3 Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht erkannt hat, war C._____ gemäss Arbeitsvertrag vom 7. Januar 2020 (ALV-act. 29–34) bei der D._____ als Masseurin angestellt. Für diese im Vertrag als Teilzeitarbeit bezeichnete Tätigkeit wurde ein Stundenlohn vereinbart. Dieser ist allerdings nur für die mit Massagen effektiv geleisteten Arbeitsstunden geschuldet. Die Vergütung von Wartezeiten wurde ausdrücklich ausgeschlossen (ALV-act. 31). Eine feste (minimale) Sollarbeitszeit wurde nicht vereinbart. C._____ leistete demzufolge Arbeit auf Abruf.

Daran vermag auch die Tatsache nichts zu ändern, dass C._____ während der drei Stunden, in welchen gemäss dem Werbe-Flyer von D._____ Paarmassagen

angeboten wurden (ALV-act. 36 und 39) – oder sogar länger (ALV-act. 2–3) – offenbar im Betrieb anwesend war und auf Kunden wartete. Denn gemäss Lohnblatt 2020 (ALV-act. 42–45) wurden ihr im Monat Januar 30, im Monat Februar 26 ½ und für die erste Hälfte des Monats März 28 ¾ Stunden vergütet, was klar aufzeigt, dass auch im gelebten Arbeitsverhältnis nicht die Präsenzzeit im Betrieb, sondern lediglich die mit Massagen geleisteten Arbeitsstunden vergütet wurden.

4.4 Handelt es sich bei dem erst seit Januar 2020 bestehenden Arbeitsverhältnis von C._____ somit um Arbeit auf Abruf, ist sie gemäss der klaren Verordnungsbestimmung vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen (vgl. dazu E. 3.2).

5. Mangels Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung erweist sich die Leistung von Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von insgesamt Fr. 3'886.90 als zweifellos unrichtig und deren Berichtigung als von erheblicher Bedeutung, weshalb die Voraussetzungen für die Wiedererwägung erfüllt sind (vgl. dazu E. 3.4). Mit Verfügung vom 4. August 2020 kam die Beschwerdegegnerin auf die fehlerhafte Leistungsausrichtung zurück und forderte gleichzeitig – innert der einjährigen relativen Verwirkungsfrist von Art. 25 Abs. 2 ATSG (vgl. dazu E. 3.3) – die ausgerichteten Leistungen zurück. Der diese Verfügung bestätigende Einspracheentscheid vom 10. Mai 2021 ist nicht zu beanstanden, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

6. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. ^{fbis} ATSG) und eine Parteientschädigung ist der Beschwerdeführerin – bei vollständigem Unterliegen – nicht zuzusprechen (vgl. Art. 61 lit. g ATSG). Dem obsiegenden Sozialversicherer ist in Übereinstimmung mit Art. 61 lit. g ATSG – welcher nur für die obsiegende Beschwerde führende Partei eine Entschädigung vorsieht – ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Luzern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
5. Mitteilung an B. _____ (mit ausführlicher Rechtsmittelbelehrung), an die Beschwerdegegnerin und an das SECO, Bern.

Zug, 5. Dezember 2022

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

versandt am