



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: Dr. iur. Diana Oswald, Vorsitz
lic. iur. Sarah Schneider und Ersatzrichter Dr. iur. Martin Skripsky
Gerichtsschreiber: lic. iur. Thomas Kreyenbühl

URTEIL vom 17. Februar 2025 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____ GmbH

Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Thomas Pietruszak Brunhart,
Blesi & Papa, Usterstrasse 10, 8021 Zürich

gegen

Arbeitslosenkasse des Kantons Zug, Rechtsdienst, Industriestrasse 24,

Postfach 857, 6300 Zug

Beschwerdegegnerin

betreffend

Arbeitslosenversicherung

(Kurzarbeitsentschädigung und Rückerstattung)

S 2023 62

A.

A.a Die A. _____ GmbH bezweckt gemäss Handelsregistereintrag die Organisation von klinischen Seminaren für B. _____ sowie die Erbringung von weiteren damit zusammenhängenden Dienstleistungen. Mit Formular vom 7. April 2020 stellte sie (nach Voranmeldung am 30. März 2020) erstmals Antrag auf Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie (ALK pag. 696 f.). In der Folge gelangten Kurzarbeitsentschädigungen im Gesamtbetrag von Fr. 29'559.10 für den Zeitraum zwischen März 2020 bis und mit Mai 2021 zur Auszahlung (ALK pag. 11).

A.b Im Zuge der Prüfung des Anspruchs der Beschwerdeführerin auf Nachzahlung von Kurzarbeitsentschädigung auf monatlichen Lohnanteilen für Ferien und Feiertagsansprüche stellte die Arbeitslosenkasse fest, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitszeitausfalls mangels Führung einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle bei der A. _____ GmbH zu verneinen sei. Infolgedessen verneinte sie die Anspruchsberechtigung auf Kurzarbeitsentschädigung und forderte mit Verfügung vom 10. Februar 2023 die der A. _____ GmbH bereits ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung für eine Angestellte (betreffend die Monate März 2020 bis und mit Mai 2021) sowie die Geschäftsführerin (betreffend die Monate März 2020 bis Mai 2020) in der Höhe von total Fr. 29'559.10 zurück (ALK pag. 35 ff.). Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 2. Mai 2023 fest (ALK pag. 11 ff.).

B. Dagegen führte die A. _____ GmbH Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Sie beantragte die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 2. Mai 2023 und der Verfügung vom 10. Februar 2023 sowie die Bestätigung der Anspruchsberechtigung für den Zeitraum vom 1. März 2020 bis 31. Mai 2021 (act. 1 S. 2).

C. Das AWA schloss auf Abweisung der Beschwerde (act. 3).

D. Mit Eingaben vom 2. Oktober 2023 (Beschwerdeführerin, act. 6) bzw. vom 24. Oktober 2023 (Beschwerdegegnerin, act. 8) hielten die Parteien an ihren jeweiligen Standpunkten fest.

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 Entscheide 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 vom 2. Mai 2023 wurde von der Arbeitslosenkasse des Kantons Zug erlassen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der dagegen gerichteten Beschwerde örtlich und sachlich zuständig ist. Die Beschwerde vom 2. Juni 2023 (Postaufgabe) ist rechtzeitig erfolgt. Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid direkt betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. Die Beschwerde genügt sodann den formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

1.3 Die Verfügung vom 10. Februar 2023 ist durch den Einspracheentscheid vom 2. Mai 2023 ersetzt worden (Devolutiveffekt), so dass diesbezüglich auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (vgl. etwa BGer 2C_191/2022 vom 27. Juni 2023 E. 1).

2. Nach Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass ihre Arbeitsplätze durch Kurzarbeit erhalten werden können. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht be-

stimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). Art. 46b AVIV präzisiert, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetzt (Abs. 1) und der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Abs. 2). Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist. Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 lit. a in Verbindung mit Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG sowie Art. 46b AVIV; vgl. BGer 8C_728/2023 vom 15. Mai 2024 E. 3.1.1; 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Zu entschädigen ist nämlich – wie dies die Vorinstanz zutreffend ausführte – mit der Kurzarbeitsentschädigung die konkret ausgefallene Arbeit, nicht die allgemeine wirtschaftliche Einbusse (vgl. vorinstanzliche E. 2c).

2.1 Die auf den vorliegenden Fall anwendbare (da im fraglichen Zeitpunkt in Kraft stehende) Verordnung des Bundesrates über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033; einschliesslich ihrer nachfolgenden Änderungen) sah zwar für die Dauer der Pandemie gewisse Erleichterungen vor und erweiterte vorübergehend den Kreis der versicherten Personen. Die Verordnung enthielt hingegen für die hier massgebende Problematik des Nachweises eines Arbeitsausfalls keine Abweichungen vom dargelegten Recht (vgl. BGE 150 V 249 E. 3.1.2).

2.2 Unrechtmässig ausgerichtete Leistungen der Arbeitslosenversicherung können zurückgefordert werden (Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG), sofern die Voraussetzungen für ein wiedererwägungs- oder revisionsweises Zurückkommen auf die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung gegeben sind (Art. 53 ATSG; BGE 150 V 249 E. 3.2; 130 V 318 E. 5.2; 129 V 110 mit Hinweisen).

3.

3.1 Die Arbeitslosenkasse kam nach Sichtung der Unterlagen und Würdigung der Vorbringen der A. _____ GmbH im Wesentlichen zum Schluss, es gelinge dieser nicht, den Nachweis des geltend gemachten Arbeitsausfalls zu erbringen. Denn zu diesem Zweck hätten die geleisteten Arbeitszeiten hinreichend detailliert erfasst werden müssen. Die A. _____ GmbH sei auf den jeweiligen Antragsformularen für die Kurzarbeitsentschädigung wiederholt aufmerksam gemacht worden auf die Pflicht zur detaillierten Zeiterfassung bezüglich der wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden. Auf mehrfache Nachfrage

hin seien am 6. Februar 2023 Arbeitszeitrapporte betreffend die versicherte Angestellte, nicht jedoch für die Geschäftsführerin eingereicht worden. Den Rapporten hätten sich aber weder die Sollstunden noch die tatsächlich gearbeiteten Stunden entnehmen lassen; weiter würden die nachträglich eingereichten Zeiterfassungen deutlich davon abweichen, dass zuvor ein täglicher Arbeitsausfall geltend gemacht worden sei (wohingegen sich neu eine vereinbarte Arbeitszeit von 14 Stunden pro Woche an drei halben Tagen ergebe; ALK pag. 15 f., E. 7a des angefochtenen Entscheids). Die Leistungszusprache erweise sich demzufolge als unrichtig, weshalb die Rückforderung der unrechtmässig bezogenen Leistungen nicht zu beanstanden sei (E. 7b und 8a des angefochtenen Entscheids; ALK pag. 17). Die Möglichkeit eines Verzichts auf die Rückforderung (Art. 3 Abs. 3 ATSV) verwarf die Arbeitslosenkasse, nachdem jedenfalls eine offensichtliche Gutgläubigkeit – nach wiederholtem Hinweis der Behörden auf die nötige Arbeitszeiterfassung – nicht bejaht werden konnte (E. 8b des angefochtenen Entscheids; ALK pag. 17 f.). Schliesslich bejahte die Vorinstanz auch die Zulässigkeit der Rückforderung, da die fraglichen Entschädigungen zweifellos zu Unrecht ausgerichtet worden seien und ihr Betrag erheblich sei (E. 9c des angefochtenen Entscheids; ALK pag. 18).

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, ihr Geschäftsmodell bestehe in der Organisation von C. _____ Weiterbildungskursen im In- und Ausland. Die Organisation obliege primär ihrer Geschäftsführerin, die dabei durch eine Angestellte unterstützt werde, welche zusätzlich für das Marketing und die Website verantwortlich sei und bei Bedarf in der Administration der Kursanmeldungen mithelfe. Mit der Angestellten sei ein Teilzeitpensum von 14 Stunden pro Woche vereinbart gewesen, jeweils zu definierten Zeiten montags bis mittwochs. Die Arbeitsstunden seien täglich in einer Excel-Datei erfasst und monatlich signiert worden; in der Tabelle seien auch die Abwesenheiten infolge Krankheit, Ferienabwesenheiten und Feiertage erfasst worden (act. 1 S. 4). Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe während der Zeit, in welcher die Unterrichtstätigkeit weder in der Schweiz noch im Ausland möglich gewesen sei, keine Einnahmen gehabt und infolgedessen auch auf jegliche Werbeaktivitäten verzichtet. Erst Mitte 2021 habe sie die Marketingbemühungen allmählich wieder aufgenommen. Infolgedessen habe die Angestellte zuvor keine Aufgaben mehr gehabt; die Auswirkungen der Pandemie hätten bei ihr zu einer vollständigen Zwangseinstellung der Beschäftigung geführt zwischen dem 16. März 2020 und dem 31. Mai 2021 (act. 1 S. 5). Die Beschwerdeführerin habe für jeden Monat zwischen März 2020 und Mai 2021 Arbeitszeitrapporte eingereicht, wobei seit dem 16. März 2020 jeweils die täglich geleistete Arbeitszeit mit "0" eingetragen worden sei. Damit werde der totale Arbeitsausfall der Angestellten hinreichend dokumentiert

(act. 1 S. 6). Nicht erfasst worden seien die Arbeitszeiten der Geschäftsführerin (act. 1 S. 7). Diese betreffend sei sie indes in der fraglichen Zeitperiode von März bis Mai 2020 davon ausgegangen, dass die Befreiung von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung gelte, "insbesondere bei offenkundig vollständigem Arbeitsausfall", wobei sie auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nie explizit hingewiesen worden sei (act. 1 S. 10).

4. Mit diesen Rügen gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, das vorinstanzliche Ergebnis in Frage zu stellen.

4.1 Bezüglich der Geschäftsführerin ist zunächst darauf hinzuweisen, dass diese zwar im "Normalbetrieb" ihre Arbeitszeit nicht zu erfassen hatte. Ab dem 17. März 2020 befand sich das Unternehmen jedoch nicht mehr im "Normalbetrieb", sondern in einem Ausnahmezustand, für den sie staatliche Ausgleichsleistungen beantragte. Es entstand – entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin – für die Geschäftsführerin offensichtlich kein vollständiger Arbeitsausfall (act. 1 S. 10), erläuterte die Beschwerdeführerin doch gegenüber der Arbeitslosenkasse gerade, dass die Geschäftsführerin die notwendigen Arbeiten weiterhin übernommen habe (ALK pag. 654). Bestand mithin offensichtlich kein vollständiger Ausfall (was auch deshalb einleuchtet, weil ja mit den Teilnehmern der ausgefallenen Kurse kommuniziert werden musste etc.), wäre das Ausmass des Ausfalls durch die Arbeitgeberin zu erfassen und zu belegen gewesen, worauf diese – wie die Vorinstanz bereits korrekt darlegte – denn auch von Anfang an und mehrfach aufmerksam gemacht wurde (vgl. beispielhaft etwa Anmeldeformular unterzeichnet am 7. April 2020 durch D. _____, ALK pag. 697: "Die Angaben zu den Sollstunden, den wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie zur Lohnsumme sind durch geeignete betriebliche Unterlagen wie bspw. Stundenlisten und Lohnjournale zu belegen"). Weiter hielt auch das AWA auf S. 3 seiner Verfügung vom 2. April 2020, worin es gegen den *Grundsatz* der Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 17. März 2020 keinen Einspruch erhob (bei Erfüllen der sonstigen Bedingungen, darunter das Vorliegen einer Arbeitszeiterfassung; vgl. ALK pag. 701) fest: "Für von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende muss eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sämtliche übrigen Absenzen wie z.B. Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärdienstabwesenheiten Auskunft gibt. Aus der Arbeitszeitkontrolle müssen Beginn und Ende der täglichen Arbeit sowie Beginn und Ende der Pausen, sofern diese unbezahlt sind, hervorgehen".

4.2 Dass die geforderte Arbeitszeitkontrolle für die Geschäftsführerin nicht geführt wurde, ist unbestritten (act. 1 S. 7). Dass eine solche auch nicht nötig gewesen wäre aufgrund eines "Totalausfalls" ab 17. März 2020 ist aktenwidrig und wäre auch nicht plausibel, da offensichtlich (und auch erklärermassen, vgl. soeben E. 4.1) für die Geschäftsführerin auch während der Pandemiezeit Arbeiten anfielen. Der Umstand, dass die Arbeitslosenkasse vorderhand nach summarischer Prüfung trotzdem Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt hat, vermag dabei keinen Vertrauensschutz auszulösen (BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6). Ebenso wenig besteht Anlass, unter Berufung auf das Notrecht vom Erfordernis einer Arbeitszeitkontrolle gänzlich abzusehen und stattdessen auf Indizien abzustellen, zumal der Verordnungsgeber auch in der Notrechtssituation diesbezüglich gerade keine Erleichterungen vorgesehen hat (Weitergeltung des Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG, im Gegensatz zu dessen lit. b und c).

4.3 Was die Arbeitszeiterfassung der Angestellten angeht, kann grundsätzlich auf die einlässlichen Erwägungen der Vorinstanz (vgl. E. 7a des vorinstanzlichen Entscheids, ALK pag. 15 f.) verwiesen werden. Dass auch hier der Arbeitsausfall offensichtlich – entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin – nicht total gewesen sein kann, belegte diese in der Tat mehrfach selbst, etwa mit ihrer Mitteilung vom 9. Mai 2023 an die Vorinstanz, worin sie angab, die Angestellte unterstütze die Geschäftsführerin bei der Organisation der Tagungen und sei ansonsten für Marketing und Websites-Verwaltung zuständig, ebenso wie für die Verwaltung der Aufzeichnungen (ALK pag. 9). Dass hier zumindest unregelmässig nach wie vor Arbeiten anfielen (etwa: um die Website aktuell zu halten, die 2020 aufgeladenen "e-talks" [vgl. E. _____] zu produzieren und aufzuschalten etc.), liegt auf der Hand. Ist mithin auch bezüglich der Angestellten der Beschwerdeführerin ein kompletter Arbeitsausfall nicht überwiegend wahrscheinlich dargetan, hätte die Arbeitgeberin den konkreten Anteil der pandemiebedingt ausgefallenen Arbeitsstunden durch detaillierte Arbeitszeiterfassung nachzuweisen gehabt.

4.4 Bei dieser klaren, durch Aussagen der Organe der Beschwerdeführerin belegten Ausgangslage ist nicht entscheidend, was die Treuhänderin der Beschwerdeführerin allenfalls ohne Rücksprache mit der Beschwerdeführerin eingereicht haben soll. Hinzuweisen ist immerhin darauf, dass sich letztere die Handlungen ihrer Vertreterin anrechnen lassen muss (vgl. etwa BGE 150 II 26 E. 3.7.1 mit Hinweisen). Soweit sie sich im Rechtsmittelverfahren hiervon distanzieren will, verwickelt sie sich in Widersprüche (etwa: Behauptung eigenmächtigen Vorgehens, obwohl die von der Treuhänderin eingereichten Abrechnungen durch Angestellte der Beschwerdeführerin unterzeichnet wurden). Im Übrigen kann dies-

bezüglich vollumfänglich auf den einlässlich begründeten Entscheid der Vorinstanz verwiesen werden.

5. Indem die Vorinstanz zusammenfassend erkannte, dass es wegen ungenügender Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls an einer materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der umstrittenen Kurzarbeitsentschädigung fehle, stellte sie weder den Sachverhalt willkürlich fest, noch verletzte sie sonstwie Bundesrecht. Die Leistungszusage war insoweit unrichtig und die Rückforderungsvoraussetzungen (Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG) sind erfüllt.

6. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. f^{bis} 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, soweit darauf eingetreten wird.
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 den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin (im Doppel), an die Beschwerdegegnerin sowie an das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), Bern.

Zug, 17. Februar 2025

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Die Vorsitzende

Der Gerichtsschreiber

versandt am