



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 25. Januar 2024 (715 23 268 /20)

Arbeitslosenversicherung

Rückerstattung von Kurzarbeitsentschädigung

Besetzung Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantonsrichter Christof Enderle, Gerichtsschreiberin Christina Markiewicz

Parteien **Gasthof A.**____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rajeevan Linganathan, Rechtsanwalt, Ludwig-Schlächli-Weg 17, Postfach 1594, 3400 Burgdorf

B.____, c/o **A.**____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rajeevan Linganathan, Rechtsanwalt, Ludwig-Schlächli-Weg 17, Postfach 1594, 3400 Burgdorf

gegen

Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland, Bahnhofstrasse 32,
4133 Pratteln, Beschwerdegegnerin

Betreff Kurzarbeitsentschädigung (Corona) / Rückforderung

A. B.____ ist Geschäftsführer des Gasthofs A.____. Als Mitarbeiter beschäftigt er C.____, der das Wirtepatent besitzt und zugleich Patentgeber für das Restaurant ist. Die Öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland (Arbeitslosenkasse) zahlte für ihn während der Corona Pandemie Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Dezember 2020 bis Juni 2021 aus. Mit Verfügung vom 18. Juni 2022 verneinte die Arbeitslosenkasse nachträglich die Anspruchsberechtigung von

C.____, da er als Patentgeber eine arbeitgeberähnliche Stellung bekleide, und forderte gleichzeitig mit separater Verfügung vom 18. Juni 2022 Fr. 21'367.-- an zu Unrecht ausgerichteter Kurzarbeitsentschädigung von seinem Arbeitgeber, B.____, zurück. Die gegen die Verfügungen vom 18. Juni 2022 erhobene Einsprache wies die Arbeitslosenkasse mit Entscheid vom 28. Juni 2023 ab.

B. Dagegen erhob B.____ als Geschäftsführer des Gasthofs A.____, vertreten durch Rechtsanwalt Rajeevan Linganathan, mit Eingabe vom 31. August 2023 Beschwerde ans Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht. Er beantragte die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 28. Juni 2023. Zwar sei zur Führung eines Gastbetriebes notwendig, dass der Wirtepatentinhaber im Betrieb arbeite. Allein aufgrund dieser "formalen" Voraussetzung könne jedoch nicht ohne Weiteres auf eine arbeitgeberähnliche Stellung von C.____ geschlossen werden. Er sei nicht in leitender Funktion tätig, habe keinen Einfluss auf die Entscheidungsfindung und verfüge über keine Zeichnungsberechtigung für den Betrieb. C.____ sei ein gewöhnlicher Mitarbeiter im Angestelltenverhältnis.

C. Mit Vernehmlassung vom 16. Oktober 2023 beantragte die Arbeitslosenkasse die Abweisung der Beschwerde.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1. Gemäss Art. 56 Abs. 1 und Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 ist ein Gericht als letzte kantonale Instanz unter anderem für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen der kantonalen Amtsstellen und der Kassen sachlich zuständig. Örtlich zuständig ist gemäss Art. 58 ATSG das Gericht desjenigen Kantons, in dem die versicherte Person zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat. Gemäss Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982 kann der Bundesrat die örtliche Zuständigkeit in Abweichung von Art. 58 ATSG regeln. Auf der Grundlage dieser Delegationsnorm hat der Bundesrat Art. 128 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (AVIV) vom 31. August 1983 erlassen, wonach sich die Zuständigkeit des kantonalen Versicherungsgerichts nach Art. 119 AVIV richtet. Dieser bestimmt für die Kurzarbeitsentschädigung die örtliche Zuständigkeit nach dem Ort des Betriebes (vgl. Art. 119 Abs. 1 lit. b AVIV), im vorliegenden Fall D.____, Kanton Basel-Landschaft. Auf die beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist somit einzutreten.

2.1 Unrechtmässig ausgerichtete Leistungen der Arbeitslosenversicherung können zurückgefordert werden (Art. 95 Abs. 1 Satz 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 Satz 1 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 130 V 318 E. 5.2 und 129 V 110 mit Hinweisen).

2.2 Vorliegend steht die Wiedererwägung zur Diskussion. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger in Form der Wiedererwägung auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Wird eine solche rückwirkende Korrektur einer Verfügung vorgenommen, entfällt die rechtliche Grundlage für die zugesprochenen Leistungen. Diese werden – im Nachhinein – zu unrechtmässigen Leistungen (BGE 122 V 138).

2.3 Die Festlegung einer allfälligen Rückerstattung von Leistungen erfolgt demnach in einem mehrstufigen Verfahren: In einem ersten Entscheid ist über die Frage der Unrechtmässigkeit des Bezugs der Leistung zu befinden; hier ist auf Art. 53 ATSG abzustellen. Daran schliesst sich gegebenenfalls der Entscheid über die Rückerstattung an (Art. 95 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG).

3. Als Erstes ist zu prüfen, ob ein Rückkommenstitel gegeben ist, mithin, ob rückwirkend betrachtet, ein Anspruch von C._____ auf Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum Dezember 2020 bis Juni 2021 zu verneinen ist.

3.1 Nach Art. 31 Abs. 1 lit. a AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben. Für die Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig sind Arbeitnehmer, die nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 versichert und für Einkommen aus unselbständiger Tätigkeit beitragspflichtig sind (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG).

3.2 Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben der mitarbeitende Ehegatte des Arbeitgebers (Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG) und 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 (Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG). Was insbesondere die Teilhabe an der Betriebsleitung betrifft, fallen nicht nur die formellen Organe eines Arbeitgebers unter den Begriff des Mitglieds eines obersten, betrieblichen Gremiums. Es ist vielmehr von einem materiellen Organbegriff auszugehen, wonach jeweils im Einzelfall zu prüfen ist, welche Entscheidungsbefugnisse dem Betroffenen aufgrund der betrieblichen Struktur tatsächlich zukommen (BGE 122 V 270 E. 3). Massgebend ist mithin die faktische Einflussmöglichkeit im konkreten Betrieb. Keine Prüfung des Einzelfalles ist erforderlich, wenn sich die Entscheidungsbefugnis bereits aus dem Gesetz selbst ergibt (vgl. Art. 716-716b und Art. 804 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR)] vom 30. März 1911).

3.3 Im Rahmen der Bekämpfungsmassnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie hat der Bundesrat den Anwendungsbereich der Kurzarbeit in mehreren Etappen ausgeweitet. So bestimmt Art. 1 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, Stand 17. März 2020, dass in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. b AVIG mitarbeitende Ehegatten oder eingetra-

gene Partner oder Partnerinnen des Arbeitgebers Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben. Und in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG haben 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 oder eingetragenen Partner oder Partnerinnen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Die Art. 1 und 2 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung wurden mit Wirkung per 1. Juni 2020 aufgehoben (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, Stand 1. Juni 2020 [AS 2020 1777]).

3.4 Soweit ersichtlich war C.____ im Zeitraum Dezember 2020 bis Juni 2021 dem Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG nach weder Gesellschafter noch finanziell am Betrieb Beteiligter noch – zumindest formell – Mitglied eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums, das die Entscheidungen des Arbeitgebers massgeblich beeinflussen konnte.

4.1 Die Beschwerdegegnerin leitet die arbeitgeberähnliche Stellung von C.____ hingegen daraus ab, dass er Patentgeber für den Gasthof A.____ ist.

4.2 Gemäss kantonalem Gastgewerbegesetz vom 5. Juni 2003 wird das Wirtepatent zum Führen eines Restaurationsbetriebes mit mehr als 10 Plätzen vorausgesetzt, ansonsten keine Betriebsbewilligung erteilt wird (vgl. § 2, § 3 Abs. 1 lit. c sowie § 7 Abs.1). In § 5 Abs.1 wird explizit ausgeführt, dass die Bewilligung auf einen bestimmten Betrieb oder Anlass und eine bestimmte natürliche und handlungsfähige Person, welche für die Führung verantwortlich ist, lautet. Ferner ist die Bewilligung nicht auf Dritte übertragbar (Abs. 4). Die verantwortliche Person nach § 5 gewährleistet gegenüber den Behörden, Gästen und Dritten, dass der Betrieb jederzeit den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend geführt wird (§ 11 Abs. 1). Namentlich ist die verantwortliche Person im Umfang der üblichen Normalarbeitszeit zur Präsenz im Betrieb verpflichtet und hat mindestens während der Hauptbetriebszeiten sowie jenen Zeiten, in welchen Störungen nach § 12 Abs. 1 drohen, persönlich die volle Verantwortung an Ort und Stelle zu übernehmen (§ 11 Abs. 2).

4.3 Das Wirtepatent für den Gasthof A.____ läuft unbestrittenermassen über C.____ und ohne Patentgeber darf das Restaurant gemäss Gastgewerbegesetz nicht geführt werden. Somit hat C.____ – auch wenn er formal lediglich Arbeitnehmer ist – eine Schlüsselfunktion zur Führung des Betriebes, ähnlich einer arbeitgeberähnlichen Stellung mit den entsprechenden rechtlichen Konsequenzen der fehlenden Anspruchsberechtigung (Urteile des Kantonsgerichts vom 24. November 2016, 715 16 53, E. 7.2, vom 26. September 2017, 715 17 117, E. 4.3, und vom 15. Dezember 2022, 715 22 13, E. 5.2.2). Demnach hat die Vorinstanz im Sinne der kantonsgerichtlichen Praxis die Anspruchsberechtigung von C.____ infolge der arbeitgeberähnlichen Stellung für den Zeitraum Dezember 2020 bis Juni 2021 zu Recht verneint. Die ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 21'367.-- war somit nicht geschuldet und ist zurückzuerstatten, unabhängig davon, ob der Fehler, der zur unrechtmässigen Leistung geführt hat, vom Versicherten oder vom Versicherungsträger zu verantworten ist, da es darum geht, die gesetzliche Ordnung wieder herzustellen. Die erhebliche Bedeutung der Berichtigung ist in Anbetracht des hohen

Betrages zu bejahen (vgl. Zusammenfassung der Rechtsprechung in UELI KIESER, Kommentar ATSG, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 53 N 66; vgl. auch: Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juni 2007, C 5/07, E. 2.3).

4.4 Zu prüfen bleibt, ob die Beschwerdegegnerin den Rückforderungsanspruch rechtzeitig geltend gemacht hat. Gemäss Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch drei Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre seit der Auszahlung der einzelnen Leistung. Bei diesen Fristen handelt es sich um Verwirkungsfristen (BGE 112 V 181, 111 V 135). Da die dreijährige Verwirkungsfrist bei Erlass der Rückforderungsverfügung am 18. Juni 2022 (bei Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung im 2021) noch nicht abgelaufen war, ist die Rückforderung nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist demgemäss abzuweisen.

5. Es bleibt über die Kosten zu befinden. Nach Art. 61 lit. f^{bis} ATSG ist das Verfahren bei Streitigkeiten über Leistungen kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist. Da das AVIG keine grundsätzliche Kostenpflicht vorsieht, sind für das vorliegende Verfahren keine Kosten zu erheben (vgl. auch § 20 Abs. 2 VPO). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 61 lit. g ATSG und § 21 Abs. 1 VPO).

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.