

# **BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-06-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2279\\_2021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2279_2021)

FR: TAF B-2279/2021 du 14 juin 2023

IT: TAF B-2279/2021 del 14 giugno 2023

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 101 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben nach Art. 3 Bst. dbis VwVG die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1). Gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG sind die Bestimmungen des ATSG auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht, was soweit in diesem Zusammenhang interessierend nur hinsichtlich der vom ATSG abweichend geregelten Beschwerdeinstanz zutrifft (vgl. Art. 101 AVIG).

### **E. 1.3**

Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet einzig der vorinstanzliche Einspracheentscheid vom 13. April 2021. Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren erst durch den Einspracheentscheid abgeschlossen, welcher die ursprüngliche Verfügung ersetzt (BGE 142 V 337 E. 3.2.1 in fine).

### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin, deren Einsprache durch den angefochtenen Entscheid abgewiesen wurde, ist zur Beschwerdeführung legitimiert (vgl. Art. 59 ATSG).

### **E. 1.5**

Sie hat den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.6**

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit sie sich gegen den Einspracheentscheid vom 13. April 2021 richtet.

## **E. 2**

Die Vorinstanz begründet den Rückforderungsanspruch damit, dass die Beschwerdeführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 8. Dezember 2020 ausdrücklich bestätigt habe, dass sie über keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle verfüge, die täglich Auskunft über die geleisteten Arbeitsstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden und alle Absenzen gebe. Die Beschwerdeführerin habe lediglich eine einfache, in Excel geführte Arbeitszeitkontrolle vorgewiesen, welche in keiner Weise Auskunft über Abwesenheiten der beschäftigten Mitarbeiter gegeben habe. Die Einträge der gearbeiteten Stunden seien vom Geschäftsführer und vom Finanzverantwortlichen der Beschwerdeführerin vorgenommen worden, wobei auffallend sei, dass in der genannten Excel-Tabelle durchwegs die gleichen Arbeitszeiten eingetragen worden seien, was bei den Beratungstätigkeiten der Mitarbeiter nicht glaubhaft erscheine. Weiter ergebe die durch die Beschwerdeführerin im Anschluss an die Arbeitgeberkontrolle nachgereichte Kundenabschlussliste im Vergleich zu den in den Excel-Tabellen aufgeführten Arbeitszeiten zahlreiche Widersprüche. An Tagen, an denen die Excel-Tabelle keine Arbeitszeit aufweise, sei gemäss Kundenabschlussliste gearbeitet worden. Diese Kundenabschlussliste zeige nur rudimentär, welche Mitarbeitenden an welchem Tag welche Kundenkontakte gehabt hätten oder welche Abschlüsse getätigt worden seien, ohne dass dabei nähere Angaben zur Anzahl der geleisteten Stunden gemacht würden. Weiter bescheinige das Formular "Abwesenheitsmeldung vom 7. Oktober 2020" die krankheits-/unfallbedingte Abwesenheit einer Mitarbeiterin am 9. September 2020 und damit für eine Zeit, in der sie gemäss Excel-Tabelle gearbeitet haben soll. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin für zwei Mitarbeitende Arbeitsausfälle basierend auf einem 100 %-Pensum geltend gemacht, obwohl beide zeitgleich bei mindestens zwei weiteren Gesellschaften in einem Arbeitsverhältnis gestanden und für sie in allen Betrieben Kurzarbeitsentschädigungen basierend auf einer Vollzeitbeschäftigung geltend gemacht worden seien. Schliesslich seien die Lohnzahlungen jeweils nach den vertraglich vereinbarten Beträgen zu 100 % erfolgt, ein Abzug für Kurzarbeit sei nicht getätigt worden. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Arbeitsausfälle seien deshalb weder überprüfbar noch glaubwürdig.

### **E. 2.1**

Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör, die Verfahrensgarantien von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie den Untersuchungsgrundsatz verletzt, indem sie sich nicht genügend mit ihren Argumenten auseinandergesetzt und sie nicht zum Gegenbeweis zugelassen habe. Sie habe die Arbeitszeitkontrollblätter zusammen mit den Lohnabrechnungen bei der Arbeitslosenkasse eingereicht. Diese Belege hätten einen Minussaldo für den betreffenden Monat ausgewiesen. Es sei diesbezüglich ein längeres Telefonat mit der Arbeitslosenkasse geführt worden. Im Anschluss seien weitere Unterlagen eingefordert worden, worauf wiederum ein längeres Telefongespräch stattgefunden habe. Aufgrund der Telefongespräche habe sich die Sachbearbeiterin der Arbeitslosenkasse ein umfassendes Bild machen können, um so anschliessend die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung vorzunehmen. Ab Dezember 2020 habe die Beschwerdeführerin sodann die Zeiterfassung auf Wochenrapporte umgestellt. Diese Umstellung habe die Arbeitslosenkasse nicht gewollt, da ihr die bisher eingereichten

Unterlagen und Telefonate für die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung ausgereicht hätten. Wenn die Arbeitslosenkasse diese Wochenrapporte früher verlangt hätte, wären diese von der Beschwerdeführerin viel früher erstellt worden. So aber sei sie davon ausgegangen, dass sie alles korrekt eingereicht habe. Die Vorinstanz sei zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der abgerechneten Kurzarbeitsentschädigung gar nicht zuständig gewesen, da die Arbeitslosenkasse diese Frage bereits habe prüfen müssen und die Rechtmässigkeit bejaht habe. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass die Beurteilung der Rechtmässigkeit der abgerechneten Kurzarbeitsentschädigung ausschliesslich ihr vorbehalten sei, denn dies würde bedeuten, dass die Arbeitslosenkasse das Untersuchungsprinzip nicht beachten müsse. Die Arbeitslosenkasse müsse in der Lage sein, auch Arbeitszeitkontrollen auf deren Vollständigkeit und Richtigkeit zu prüfen, da diese Prüfung primär in ihr Aufgabengebiet falle. Dies habe die Arbeitslosenkasse vorliegend auch getan. Weiter habe ihr die Arbeitslosenkasse die Kurzarbeitsentschädigungen auch ab November 2020 ausgerichtet, obwohl nur geringfügige Änderungen (Nennung der Ferientage) zu den Arbeitszeitkontrollen vorgenommen worden seien. Die Arbeitslosenkasse habe denn auch die Arbeitszeitkontrollen und diverse andere Unterlagen einverlangt und diese geprüft. Die komplexen Schriftenwechsel zwischen der Beschwerdeführerin und der Arbeitslosenkasse sowie die entsprechenden Telefonate hätten für die Beschwerdeführerin eine genügende Grundlage dargestellt, um darauf zu vertrauen, dass die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung richtig erfolgt und die Arbeitslosenkasse für die Überprüfung der Voraussetzungen zur Leistung von Kurzarbeitsentschädigung kompetent gewesen sei. Weiter wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, sie suche sich auffällig nur die offenbar unliebsamen Betriebe aus, um diese (durch die Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigungen) in den Ruin treiben zu können. Sie habe mit verschiedenen Konkurrenten gesprochen und diese hätten ihr bestätigt, dass sie nicht solche Zeiterfassungssysteme, wie sie die Vorinstanz verlange, hätten vorlegen müssen.

### **E. 2.2**

Die Kurzarbeit ist im Arbeitslosenversicherungsgesetz geregelt, das durch die Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02) konkretisiert wird. Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32 AVIG), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist, der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG). Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben u.a. Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG).

### **E. 2.3**

Im Rahmen der Corona-Pandemie ist der Bundesrat zulässigerweise punktuell von dieser Regelung abgewichen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.5). Einschlägig in diesem Zusammenhang ist insbesondere die Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033, nachfolgend "die Verordnung"). Diese konnte vom bestehenden System, wie es durch die Art. 31 ff. AVIG aufgestellt wurde, abweichen und führt im entsprechenden Umfang auch dazu, dass unter Umständen von der zu diesem System entwickelten Praxis abzuweichen ist (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.3.1). Dabei ist aber - vor allem aufgrund der in der Verordnung angewandten Regelungstechnik, die für jede Abweichung die derogierte Gesetzesbestimmung explizit nennt, - davon auszugehen, dass der Bundesrat grundsätzlich am vorbestehenden System festhalten wollte und eine Abweichung nur soweit erfolgen soll, als dies eine Verordnungsbestimmung so vorsieht (BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1 und 4.5). Vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit der weggefallenen Arbeitszeit anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle - wie sie vorliegend strittig ist - wollte der Ordnungsgeber nicht abweichen. Zwar sollten zusätzliche Personen von der Kurzarbeitsentschädigung profitieren können, jedoch müssen (auch) diese die unveränderten Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung einhalten, um den anspruchsbegründenden Nachweis für die zu entschädigende Arbeitszeit zu erbringen (BVGE 2021 V/2 E. 4.10).

#### **E. 2.4**

Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus, wobei der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b AVIV). Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (Urteil des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; Urteil des BGer 8C\_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 2.3 in fine). Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, jederzeit möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes einzelnen Arbeitnehmers feststellen zu können. Dies entbindet die Verwaltung aber nicht davon, bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle dem Betrieb die Gelegenheit zu geben, die Zweifel zu entkräften. Indessen liegt es nicht an der Behörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede zur Kurzarbeit angemeldete Person individuell zu beweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1). Dem Erfordernis der rechtsgenügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle wird ausschliesslich mit einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan (Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2; Urteil des EVG C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4). Ein geltend gemachter Arbeitsausfall ist erst dann genügend kontrollierbar, wenn für jeden einzelnen Tag die geleistete Arbeitszeit überprüfbar ist (Urteil des EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a). Fehlen geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitsnachweis, können diese weder durch die nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmer noch andere Personen ersetzt werden (Urteil des BGer 8C\_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 4.2.2). Unter einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung versteht man ein System, bei welchem die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag und Arbeitnehmer in hinreichend

verlässlichen Belegen wie Zeiterfassungskarten, Stunden-, Regie- oder Reiserapporten fortlaufend festgehalten werden (Urteil des BVerG B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Die gearbeiteten Stunden können elektronisch, mechanisch oder von Hand erfasst werden. Wesentlich ist allein, dass die Dokumentierung ausreichend detailliert ist und zeitgleich erfolgt (Urteil des BVerG 8C\_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.3 m.H.; Urteil des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1). Zeitgleich ist eine Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nicht beliebig nachträglich abgeändert werden können, ohne dass dies vermerkt wird (Urteil des BVerG B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst nachträglich erstellt wurden (Urteile des EVG C 64/04 vom 19. August 2004 E. 2.1 und C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2). Eine im Nachhinein präsentierte Zusammenstellung der angeblich tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden stellt kein adäquates Mittel für die Kontrolle des Arbeitsausfalls dar, weil es ihr am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung fehlt (Urteil des BVerG 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1). Entscheidend ist sodann die jederzeitige Kontrollierbarkeit: Eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung muss sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten jedes Arbeitnehmenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall machen können (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2). Nachträglich eingereichte Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können; andernfalls würde die vom Gesetz auferlegte Kontrollaufgabe der Verwaltung ihres Sinnes beraubt werden (Urteil des BVerG B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3).

## **E. 2.5**

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten, dass der Revisor der Vorinstanz anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 8. Dezember 2020 feststellte, dass die Beschwerdeführerin über keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle verfügte, die täglich Auskunft über die geleisteten Arbeitsstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden und alle übrigen Absenzen gibt und dass der Betrieb sich in Bezug auf die geleisteten Stunden an einer Kundenabschlussliste orientierte. Bezüglich der Absenzen verweise der Betrieb auf E-Mail-Nachrichten der betroffenen Mitarbeiter. Die Kundenabschlussliste, ohne vertrauliche Angaben, werde vom Betrieb nachgereicht werden. Diese Feststellung wurde anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom Vertreter der Beschwerdeführerin unterschrieben und ist vorliegend auch nicht bestritten.

## **E. 2.6**

Aufgrund der Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin ihren jeweiligen Anträgen auf Kurzarbeitsentschädigung Lohnabrechnungen sowie mit "Arbeitszeitkontrollen" bezeichnete Excel-Listen für jeden Monat und Arbeitnehmer beigelegt hat. Es fällt auf, dass in diesen Listen jeweils pro Monat für alle Mitarbeitenden dieselben Arbeitszeiten eingetragen worden sind. So wurde beispielsweise für die Monate August und September 2020 für fast alle Mitarbeitenden als Arbeitsbeginn am Morgen 8:00 Uhr und als Arbeitsende am Nachmittag 17:30 Uhr eingetragen. Dementsprechend belaufen sich die IST-Stunden für diese Mitarbeitenden im August 2020 auf 77.00 Stunden und die Ausfallstunden auf 102.54 Stunden und im September 2020 auf 76.30 IST-Stunden und 111.98 Ausfallstunden. Vor allem aber kann diesen Listen nicht entnommen werden, wer zu

welchem Zeitpunkt und gestützt auf welche Grundlagen sie erstellt hat, sowie, ob - beziehungsweise welche - Änderungen allenfalls nach der ursprünglichen Erstellung vorgenommen wurden. Anhaltspunkte für eine tägliche und zeitgleiche Erfassung sind nicht ersichtlich. Es fehlt diesen Listen insofern insbesondere am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung. Die Vorinstanz hat diese "Arbeitszeitkontrollen" dementsprechend zu Recht als beweisuntauglich erachtet.

#### **E. 2.7**

Weiter fällt auf, dass in diesen "Arbeitszeitkontrollen" keine Abwesenheiten der Mitarbeitenden, wie Ferien oder krankheits-/unfallbedingte Absenzen, aufgeführt sind. Auch die nachgereichten "Abschlusslisten" für die Monate März bis Oktober 2020 geben keinerlei Auskünfte über tatsächlich geleistete Arbeitsstunden oder Ausfallstunden. Sodann widerspricht die bezüglich einer Mitarbeiterin in den Akten liegende Abwesenheitsmeldung für den 9. September 2020 (ganztags, Krankheit/Unfall) deren Arbeitszeitkontrollliste, wonach sie von 13:00 bis 17:30 Uhr gearbeitet habe. Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz diese "Arbeitszeitkontrollen" und "Abschlusslisten" nicht nur als nicht beweistauglich für eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle im Sinn des Gesetzes, sondern auch als in sich nicht plausibel beurteilt hat.

#### **E. 2.8**

Wenn die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihre Argumente zu Unrecht nicht berücksichtigt, den Untersuchungsgrundsatz verletzt und sie unzulässigerweise nicht zum Gegenbeweis zugelassen, so kann ihr nach dem Gesagten nicht gefolgt werden. Vielmehr ging die Vorinstanz zu Recht davon aus, die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Unterlagen seien weder beweistauglich noch plausibel für eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle im Sinn des Gesetzes und daher nicht geeignet für einen Gegenbeweis.

#### **E. 2.9**

Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat die Verwaltung und im Beschwerdeverfahren das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des erheblichen Sachverhalts zu sorgen und dazu, soweit nötig, Beweis zu erheben (Art. 12 VwVG; Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 Bst. c ATSG). Der Untersuchungsgrundsatz ändert hingegen nichts an der Beweislast, wonach grundsätzlich diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit eines Sachumstands zu tragen hat, die daraus Vorteile ableiten will (Art. 8 ZGB; vgl. Christoph Auer, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2019, Art. 12 Rz. 5 f., Art. 13 Rz. 1 ff., 15 ff.). Folglich liegt im Sozialversicherungsverfahren die objektive Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen - vorliegend für die geltend gemachten Arbeitsausfälle - bei der Leistungsansprecherin (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sowie Art. 46b AVIV; vgl. BGE 121 V 204 E. 6a; Urteile des BGer 8C\_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.7, 8C\_334/2013 vom 15. November 2013 E. 2 und 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5). Zwar muss die Behörde bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Arbeitgeberin die Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften. Es liegt aber nicht an der Aufsichtsbehörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell nachzuweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten (vgl. E. 2.4 hievon, mit Hinweis auf das Urteil des EVG C 66/04 E. 3.2).

## E. 2.10

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz sieht vor, dass die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche die Vorinstanz führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), und die von ihr beauftragten Treuhandstellen die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen stichprobenweise bei den Arbeitgebern prüfen (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Die Ausgleichsstelle überprüft die Auszahlungen der Kassen und überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen (Art. 83 Abs. 1 Bst. d und l AVIG). Stellt die Ausgleichsstelle fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht oder nicht richtig angewendet wurden, so erteilt sie der Kasse oder der zuständigen Amtsstelle die erforderlichen Weisungen. Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen werden mittels Revisionsverfügung von der Ausgleichsstelle dem Arbeitgeber mitgeteilt. Das Inkasso obliegt der Arbeitslosenkasse (Art. 83a Abs. 1 und 3 AVIG; Art. 110 Abs. 4 und Art. 111 Abs. 2 AVIV; Urteil des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist die Pflicht der Arbeitslosenkasse, die Berechtigung für die Leistungen vor der jeweiligen Auszahlung zu prüfen, nicht extensiv zu verstehen. Dies gilt insbesondere, soweit es darum geht, die kontrollierbaren Arbeitszeiten zu überprüfen, denn diesbezüglich lässt sich die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen im Grundsatz nur gestützt auf eine detaillierte Dokumentation der Unternehmung beziehungsweise mit einem Einblick in das Arbeitserfassungssystem des Arbeitgebers beurteilen (Urteil des BGer 8C\_469/2011 E. 6.2.1.2), was zusätzlicher vertiefter Abklärungen bedarf (vgl. BGE 124 V 380 E. 2 c). Diese vertieften Abklärungen sind nicht Aufgabe der Arbeitslosenkasse, sondern der Vorinstanz, welche stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen zu prüfen hat (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Diese Normierung verkäme denn zum toten Buchstaben, wenn bereits die Leistungszusprechung durch die Arbeitslosenkasse eine Anerkennung der Rechtsgültigkeit der Kurzarbeitsentschädigung bedeuten würde. So vermag denn auch der Umstand, dass (selbst über eine längere Zeitdauer) durch die Arbeitslosenkasse vorbehaltlos Schlechtwetterentschädigung oder Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt wurde, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Vertrauensschutz auszulösen (vgl. Urteile des BGer 8C\_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6, 8C\_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.2 und 8C\_469/2011 E. 6.2.1.2; Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 6.4). Da die Arbeitslosenkasse ihre Leistungen in diesem Stadium praktisch ausschliesslich aufgrund der Angaben des gesuchstellenden Betriebes erbringt, ist es eher die Arbeitslosenversicherung, welche in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit dieser Angaben und die Erfüllung der Voraussetzungen durch den Betrieb zu schützen ist und daher Anspruch auf Rückerstattung von zu Unrecht ausbezahlten Leistungen hat, als der gesuchstellende Betrieb, der die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt und die unrechtmässig erfolgte Auszahlung durch unzutreffende Angaben veranlasst hat (vgl. Urteil des BVGer B-410/2022 vom 5. Mai 2023 E. 3.3). Anders zu beurteilen wäre dies lediglich dann, wenn die Kasse auf konkrete Anfrage hin dem Arbeitgeber ausdrücklich bestätigt hätte, dass das verwendete beziehungsweise zur Verwendung vorgesehene Kontrollsystem den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b Abs. 1 AVIV genügen würde (Urteil des BGer 8C\_652/2012 E. 5.2.2; Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 6.4). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin nicht dargetan, auf welche Weise die Arbeitslosenkasse überhaupt Kenntnis über die von ihr praktizierte Art der Arbeitszeitkontrolle hätte erlangt haben sollen. Aus den Akten ergibt

sich zwar, dass sie der Kasse neben den von dieser verlangten Lohnabrechnungen auch mit "Arbeitszeitkontrolle" bezeichnete Formulare eingereicht hatte, in denen sie pro Arbeitnehmer und Monat die an den einzelnen Tagen gearbeiteten Stunden sowie die monatliche Sollstundenzahl eingetragen hatte. Aus welcher Quelle die Beschwerdeführerin selbst diese Angaben bezogen hatte und ob sie sich dafür auf ein eigentliches betriebsinternes Arbeitserfassungssystem abgestützt hatte oder nicht, wird in der Korrespondenz mit der Kasse aber nicht thematisiert. Die Beschwerdeführerin erklärt denn auch nicht, wie die Arbeitslosenkasse hätte beurteilen können sollen, ob diese "Arbeitszeitkontrollen" korrekt seien.

#### **E. 2.11**

Aufgrund des Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin fehl geht in der Annahme, dass es nach der Systematik des Gesetzes primär Aufgabe der Arbeitslosenkasse sei, zu prüfen, ob ein Arbeitgeber über ein rechtsgenügendes betriebsinternes Arbeitserfassungssystem verfügt oder nicht und ob der behauptete Arbeitsausfall daher kontrollierbar und anrechenbar ist. Diese Aufgabe obliegt vielmehr der Vorinstanz, welche zu diesem Zweck Arbeitgeberkontrollen durchführt. Die Beschwerdeführerin hat auch nicht dargetan, dass die Arbeitslosenkasse ihr zugesichert hätte, dass sie ihre betriebliche Arbeitszeitkontrolle geprüft und als genügend beurteilt habe. Namentlich vermag auch die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung durch die Arbeitslosenkasse an sich keinen entsprechenden Vertrauensschutz auszulösen.

#### **E. 2.12**

In der Info-Service-Broschüre über Kurzarbeitsentschädigung finden sich im Übrigen den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Ausführungen zu den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle sowie zur fünfjährigen Aufbewahrungsfrist, die das Bundesverwaltungsgericht als rechtsgenügende Ausgangsinformationen qualifiziert hat (vgl. Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 3.4 m.H.). Ebenso enthält die Verfügung der Arbeitslosenkasse vom 19. März 2020 ausdrücklich den inhaltsgleichen Hinweis. Soweit die Beschwerdeführerin also sinngemäss ausführt, sie habe die Anforderungen an die von ihr zu führende betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht gekannt, kann sie hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten.

#### **E. 2.13**

Grundsätzlich kann sich ein Rechtsuchender der korrekten Rechtsanwendung in seinem Fall nicht mit dem Argument entziehen, das Recht sei in anderen Fällen falsch oder gar nicht angewendet worden (BGE 146 I 105 E. 5.3.1). Ein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht besteht grundsätzlich nicht. Die Rechtsprechung hat denn auch stets den Vorrang des Legalitätsprinzips vor dem Gleichheitsprinzip betont. Eine falsche Rechtsanwendung in einem Fall begründet grundsätzlich keinen Anspruch, seinerseits ebenfalls abweichend von der Norm behandelt zu werden (BGE 122 II 446 E. 4a). Weicht die Behörde jedoch nicht nur in einem oder in einigen Fällen, sondern in ständiger Praxis vom Gesetz ab, und gibt sie zu erkennen, dass sie auch in Zukunft nicht gesetzeskonform entscheiden werde, so kann der Bürger gestützt auf Art. 8 Abs. 1 BV verlangen, gleichbehandelt, das heisst ebenfalls gesetzeswidrig begünstigt zu werden. Nur wenn eine Behörde nicht gewillt ist, eine rechtswidrige Praxis aufzugeben, überwiegt das Interesse an der Gleichbehandlung der Betroffenen gegenüber demjenigen an der Gesetzmässigkeit (BGE 146 I 105 E. 5.3.1).

#### **E. 2.14**

Die Beschwerdeführerin hat ihren Vorwurf, die Vorinstanz behandle bezüglich der Anforderungen an eine rechtsgenügende Arbeitszeitkontrolle nicht alle Arbeitgeber gleich, nicht weiter substantiiert. Auch aus den Akten ergeben sich keine Hinweise, dass die Vorinstanz diesbezüglich in ständiger Praxis vom Gesetz abweichen würde und eine solche Praxis auch in Zukunft nicht aufzugeben gedenke.

#### **E. 2.15**

Ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Gleichbehandlung im Unrecht ist daher nicht erstellt.

#### **E. 3**

Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG) und werden durch die Kasse vom Arbeitgeber zurückgefordert (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteile EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2; C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je m.H.). Die Bestimmbarkeit bzw. ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (condition de fond; statt vieler Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). Die Berichtigung ist, angesichts des in Frage stehenden Betrags von Fr. 258'663.15, von erheblicher Bedeutung. Somit ist das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

#### **E. 4**

Die Berechnung der Rückforderungssumme von Fr. 258'663.15 wird von der Beschwerdeführerin im Einzelnen nicht bestritten.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, bei einer Rückzahlung der Kurzarbeitsentschädigung im von der Vorinstanz geforderten Umfang wäre ihre wirtschaftliche Existenz massiv bedroht beziehungsweise gefährdet. Sinngemäss macht sie damit Argumente geltend, die im Rahmen eines allfälligen Erlassverfahrens zu prüfen wären. Über einen allfälligen Erlass einer Rückforderung entscheidet indessen nicht die Vorinstanz, sondern die zuständige kantonale Amtsstelle. Ein entsprechendes Gesuch ist an die zuständige Arbeitslosenkasse zu richten, sobald diese die Rückerstattung der Leistungen verfügt hat (vgl. Art. 95 Abs. 2 und 3 AVIG). Da die Vorinstanz nicht zuständig ist, um über ein allfälliges Erlassgesuch zu entscheiden, ist auch im vorliegenden Rechtsmittelverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf diejenigen Argumente, die nur im Rahmen eines Erlassverfahrens von Bedeutung wären, nicht weiter einzugehen.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Abweisung der Einsprache gegen die Rückforderungsverfügung von Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 258'663.15 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**E. 7**

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Urteil des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4bis VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 5'000.- festzusetzen.

**E. 8**

Dem Verfahrensausgang entsprechend ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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