

BVGer B-2827/2024 vom 24. Februar 2025

Bundesverwaltungsgericht, 2025-02-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2827_2024

FR: TAF B-2827/2024 du 24 février 2025

IT: TAF B-2827/2024 del 24 febbraio 2025

Regeste

Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 132.32) als Beschwerdeinstanz Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 28. März 2024 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 33 Bst. d VGG sowie Art. 101 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0]). Es liegt keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vor.

E. 1.2

Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, 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 allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das Arbeitslosenversicherungsgesetz nicht ausdrücklich eine Abweichung vom allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vorsieht, was - sofern in diesem Zusammenhang relevant - nur hinsichtlich der vom allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts abweichend geregelten Beschwerdeinstanz zutrifft (vgl. Art. 101 AVIG).

E. 1.3

Als Adressatin ist die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG). Sie hat die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG; Art. 52 Abs. 1 VwVG) sowie den Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Das Vertretungsverhältnis wurde durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

E. 1.4

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung (Art. 49 VwVG).

E. 3

Strittig ist zur Hauptsache, ob die Vorinstanz zu Recht die Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 156'000.75 für die Monate März 2020 bis Juni 2021 von der Beschwerdeführerin zurückgefordert hat. Dabei stellen sich insbesondere die Fragen, ob der Arbeitsausfall bestimmbar ist, ob eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle vorliegt, anhand derer sich der Arbeitsausfall rechtsgenügend kontrollieren lässt, und ob eine Wiedererwägung der Leistungszusprechung zulässig ist.

E. 4

Es ist zunächst zu prüfen, ob der Arbeitsausfall bestimmbar sowie kontrollierbar ist und dadurch ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entstand.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Vorinstanz verletze Bundesrecht, indem sie die Bestimmbarkeit und Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls verneine. Sie macht geltend, den Mitarbeitenden werde ein Umsatzlohn ausbezahlt, der sich aus der Uhrzeit des Einsatzbeginns, dem Abholort, dem Ziel der Fahrt und dem Fahrtpreis zusammensetze. Die Mitarbeitenden seien zwar verpflichtet, auch die Endzeit auf den Monatsrapporten anzugeben; dies werde in der Praxis allerdings äusserst selten gemacht. Die Fahrtzeiten zwischen bestimmten Orten, wie beispielsweise (...) und dem Flughafen (...), seien immer dieselben und bekannt. Hierfür reicht die Beschwerdeführerin einen Monatsrapport ein und offeriert weitere Rapporte zum Beweis. Aus den Monatsrapporten sei die effektive Arbeitszeit der Arbeitnehmenden indirekt unter Zuhilfenahme vom Online-Kartendienst Google Maps zu entnehmen. Dadurch sei die gesamte, effektive Arbeitszeit der Arbeitnehmenden dokumentiert. Aufgrund der Natur des umsatzabhängigen Lohnes sei es nicht gerechtfertigt, dieselben Anforderungen wie bei «normalen» Vergütungsmodellen zu verlangen, da eine minutengenaue Zeiterfassung weder für die Beschwerdeführerin noch für die Arbeitnehmenden Sinn ergebe. Für sie koste dieselbe Fahrt gleich viel, unabhängig davon, ob diese 18 Minuten oder 21 Minuten dauere. Darüber hinaus könne der gesamte Arbeitsausfall aus den Umsätzen der Beschwerdeführerin eruiert werden, da der durchschnittliche, monatliche Umsatz aufgrund der Covid-19-Pandemie eingebrochen sei. Ferner bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe die Untersuchungsmaxime verletzt, indem sie bzw. die externe Prüfstelle den Sachverhalt nicht vollumfänglich abgeklärt und von ihr keine echtzeitlichen Unterlagen zur Erfassung der Fahrten einverlangt habe. Hierfür reicht sie die erforderlichen Rapporte nach und macht geltend, es handle sich bei diesen um eine täglich fortlaufend geführte Arbeitszeiterfassung.

E. 4.2

Die Vorinstanz begründet die Rückforderung mit der fehlenden Bestimmbar- und Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle, weil die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin erfolgsabhängig, d.h. ohne Fixum, entschädigt worden seien und deshalb kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestünde. Sie seien unabhängig von den von ihnen geleisteten

Arbeitsstunden entlohnt worden. Dies ergebe sich aus dem Monatsrapport vom Juni 2020, da dort nur die Uhrzeit zu Beginn der Fahrt und nicht die Endzeit ersichtlich sei. Sie macht ausserdem geltend, die nachträglich eingereichten Monatsrapporte seien nicht zu beachten, da keine Rückschlüsse hinsichtlich der Authentizität möglich seien. Sie stelle diese auch in Zweifel, da die Beschwerdeführerin eine Fristerstreckung aufgrund noch angebehrter Unterlagen ersucht habe. Selbst bei deren Berücksichtigung könne aus den Rapporten die effektiv geleistete Arbeitszeit nicht entnommen werden, weil weder die Endzeit der Fahrten ersichtlich sei noch die Wartezeiten, Mehrstunden oder Abwesenheiten ausgewiesen seien. Die Berechnung der effektiven Arbeitszeit unter Zuhilfenahme vom Online-Kartendienst Google Maps sei zudem nicht aufschlussreich, zumal es sich bei diesen Zeitangaben um Erfahrungswerte handle und die Mitarbeitenden ohnehin keine exakten Adressen, sondern bloss unpräzise Abholorte und Endziele, erfasst hätten.

E. 4.3

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. Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG - soweit die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind - Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Als normale Arbeitszeit gilt die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig (Art. 46 Abs. 1 AVIV). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben u.a. Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Letzteres Erfordernis dient neben der Missbrauchsverhinderung vor allem auch der Sachverhaltsermittlung, da die Kurzarbeitsentschädigung nur dann berechnet werden kann, wenn der zu entschädigende Ausfall bekannt ist (vgl. Urteil des BVerG B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 3.5 mit Hinweisen). Insbesondere bei flexiblen Arbeitsverhältnissen ist es schwierig, die normale Arbeitszeit und damit auch den Arbeitsausfall zu bestimmen.

E. 4.4.1

Ein Arbeitsausfall ist nicht ausreichend bestimmbar, wenn die normale Arbeitszeit nicht gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung über die von den Arbeitnehmenden zu leistende Arbeitszeit oder anhand der im Erwerbszweig der versicherten Person allgemein üblichen Arbeitszeit ermittelt werden kann und deshalb nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob eine Arbeitszeitverkürzung tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstaufschlag bewirkt oder in Übereinstimmung mit der vertraglichen Abmachung vorgenommen worden ist (Art. 46 Abs. 1 AVIV; vgl. BGE 111 V 257 E. 3; Urteil des EVG vom 20. November 1992, in: Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 1992 Nr. 16 E. 2b mit Hinweisen; SECO, Weisung AVIG KAE, Rz. B30). Der Arbeitsausfall ist namentlich bei der Arbeit auf Abruf, der Aushilfetätigkeit und der Gelegenheitsarbeit bzw. bei sporadischen Einsätzen je nach Arbeitsanfall nicht bestimmbar, wenn diese Personen nicht mit einer regelmässigen, arbeitsvertraglich zugesicherten Anzahl von Arbeitsstunden rechnen können. In diesen Fällen ist im Einzelfall der Arbeitsausfall allerdings anrechenbar, falls die Person während einer gewissen Zeit mehr oder weniger regelmässig zur Arbeit aufgefordert wurde (SECO, Weisung AVIG KAE, Rz. B30 f. und SECO, Weisung AVIG ALE, Rz. B97; Urteil des

Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. April E. 3.2 mit Hinweisen, in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2009 S. 474 ff.). Mit dem Notrecht im Zuge der COVID-19-Pandemie hat der Verordnungsgeber zudem den Kreis der Anspruchsberechtigten erweitert und dadurch den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung u.a. bei Arbeitnehmenden auf Abruf vereinfacht. Sie konnten gestützt auf die Verordnung des Bundesrates vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosen-versicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033) Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erhalten. Voraussetzung dafür war aber, dass sie davor seit mindestens sechs Monaten im Betrieb gearbeitet hatten (Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.4 mit Hinweisen), damit eine zumindest ansatzweise belastbare Datengrundlage zur Ermittlung der üblichen Arbeitszeit vorhanden ist.

E. 4.4.2

Der durch Arbeitsverkürzung entstandene Arbeitsausfall ist zudem zuverlässig bestimmbar, wenn die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten in hinreichend verlässlichen Belegen erfasst sind. Es ist nicht ausgeschlossen, die tatsächlich geleistete Arbeitszeit mittels Lohn- oder Arbeitszeitabrechnungen oder weiteren Unterlagen feststellen zu lassen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. April E. 3.2 mit Hinweisen, in: BVR 2009 S. 474 ff.; vgl. auch Urteil des EVG vom 20. November 1992, in: ARV 1992 Nr. 16 E. 2b; Urteil des EVG vom 14. November 1989, in: ARV 1989 S. 117 ff., E. 3c).

E. 4.4.3

Für die Bestimmung der Arbeitszeit im Taxigewerbe ist die Verordnung des Bundesrats vom 19. Juni 1995 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Motorfahrzeugführer und -führerinnen (Chauffeurverordnung, ARV 1, SR 822.221) sowie jene vom 6. Mai 1981 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen (ARV 2, SR 822.222) zu berücksichtigen. Demnach gilt gemäss Art. 2 Bst. f ARV 1 jene Zeit als Arbeitszeit, «während der der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin am Arbeitsplatz ist, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine oder ihre Funktion oder Tätigkeiten ausübt; zur Arbeitszeit zählen ferner die Arbeitspausen von weniger als 15 Minuten» bzw. gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. e ARV 2 «die Zeit, während der sich der Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers halten muss; sie umfasst auch die blossе Präsenzzeit und die Arbeitspausen von weniger als einer Viertelstunde; zur Arbeitszeit zählt ferner die Dauer jeder Erwerbstätigkeit bei einem andern Arbeitgeber».

E. 4.4.4

Die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung führte ein summarisches Berechnungsverfahren ein, bei dem die Entschädigung zur Beschleunigung der Abwicklung jeweils für den Gesamtbetrieb ausgerichtet wurde (Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Dadurch musste der Entschädigungsanspruch nicht mehr für alle Mitarbeitenden individuell eruiert werden, sondern für den Betrieb oder die Betriebsabteilung insgesamt. Zu diesem Zweck wird zunächst die Summe der wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden im Betrieb ermittelt und ins Verhältnis zur Summe der Sollstunden von den anspruchsberechtigten Personen gesetzt. Aus diesem prozentualen Arbeitsausfall wird dann zusammen mit der Summe der massgebenden Verdienste der

anspruchsberechtigten Personen die Entschädigung berechnet (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.7 mit Hinweisen).

E. 4.5.1

In ihrer Beschwerde erklärt die Beschwerdeführerin, dass sie ihren Arbeitnehmenden einen Umsatzlohn bezahle; dieser betrage jeweils 50 % des Nettoumsatzes, den diese mit ihren Fahrten erzielen würden. Wie die Vorinstanz in ihrem Einspracheentscheid ausführt, ist die massgebliche Grösse für die Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung die Arbeitszeit der Arbeitnehmenden - sowie deren Ausfall - und nicht der Umsatz der Beschwerdeführerin. Zur Qualifikation einer Zeit als Arbeitszeit ist demnach relevant, ob für diese Zeit Lohn geschuldet ist, nicht, ob sie Umsatz generiert. Dass zur Berechnung des anrechenbaren Arbeitsausfalls auf die Arbeitszeit abzustellen ist, ergibt sich aus dem System der Kurzarbeitsentschädigung. Die Kurzarbeitsentschädigung soll den Arbeitnehmenden den Lohnausfall entschädigen, der sich aus der verkürzten oder eingestellten Arbeitszeit ergibt (Art. 1a AVIG). Die Ermittlung des Anspruchs erfolgt aufgrund des anrechenbaren Arbeitsausfalls. Der anrechenbare Arbeitsausfall berechnet sich aus der Differenz zwischen den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden und der normalen Arbeitszeit (vgl. vorstehend E. 4.4.4). Die geleisteten Arbeitsstunden wiederum ergeben sich aus der Zeiterfassung und die normale Arbeitszeit ist die vertraglich geschuldete Arbeitszeit (vgl. vorstehend E. 4.3 und 4.4.1). Entgegen den vorgebrachten Argumenten der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung ist zur Berechnung des anrechenbaren Arbeitsausfalls daher nicht auf die Lenkzeit, sondern auf die Arbeitszeit abzustellen. Ohnehin kann nur die Arbeitszeit - und nicht die Lenkzeit - vertraglich vereinbart werden. Dies entspricht der Legaldefinition der Arbeitszeit in Art. 2 Bst. f ARV 1 und Art. 2 Abs. 2 Bst. e ARV 2.

E. 4.5.2

Dass das Anknüpfungskriterium nicht der Umsatz ist, ergibt sich auch daraus, dass der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bei den Arbeitnehmenden entsteht (Art. 31 Abs. 1 AVIG). Eine Umsatzeinbusse kann allerdings nicht bei diesen eintreten, sondern nur bei den Arbeitgebenden. Diese können die potenzielle Umsatzeinbusse vermeiden oder lindern, indem sie auf die Arbeit verzichten, also die Zahl der eingesetzten Arbeitnehmenden der reduzierten Nachfrage anpassen. Die Kurzarbeitsentschädigung deckt nur jenen Arbeitsausfall und anrechenbaren Verdienstaufschlag, der aus diesen Massnahmen resultiert. In diesem Umfang tritt diese an die Stelle des durch die Kurzarbeit reduzierten Lohns (Art. 37 Bst. a i.V.m. Art. 34 Abs. 1 AVIG; vgl. BVGE 2021 V/2 E. 5.6).

E. 4.5.3

Das Abstellen auf den Umsatz kann auch nicht mit den Eigenheiten des Taxigewerbes begründet werden. Es ist kein Alleinstellungsmerkmal dieses Gewerbes, auf Kundschaft angewiesen zu sein: Die wartenden Taxifahrerinnen und Taxifahrer generieren genauso keinen Umsatz für das Unternehmen wie beispielsweise die wartenden Verkäuferinnen und Verkäufer. Trotzdem wird auch in diesen Fällen nicht auf den ausgefallenen Umsatz abgestellt. Vielmehr besteht erst ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn die Arbeitgebenden auf die Arbeitsleistung dieser Person verzichten haben. Der Grund für diese Regelung ist, dass das Betriebsrisiko Sache der Arbeitgebenden ist. Diese sollen entscheiden, ob sie das Risiko tragen möchten, vergeblich Lohn zu bezahlen oder umgekehrt mangels Personals plötzlich anfallende Aufträge nicht erfüllen zu können. Falls für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitnehmenden auf den Umsatz der

Arbeitgebenden abgestellt würde, hiesse dies nichts anderes, als das Betriebsrisiko der Allgemeinheit zu überantworten (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 5.10). Folglich erweist sich das Argument der Beschwerdeführerin, der gesamte Arbeitsausfall könne aus den Umsätzen der Beschwerdeführerin eruiert werden, als unbehelflich.

E. 4.5.4

Gemäss den vorliegenden Arbeitsverträgen wird den Arbeitnehmenden vorgeschrieben, «die Arbeitszeit gemäss ARV voll auszunützen und den Dienstplan einzuhalten». Die Verträge von Z._____ vom 1. Juli 2019 sowie von Y._____ vom 1. April 2019 verpflichten diese, «die Arbeitszeit gemäss ARV und Dienstplan einzuhalten» bzw. «die Arbeits- und Lenkzeit gemäss ARV und Dienstplan einzuhalten». Zudem schreiben die Arbeitsverträge jeweils lediglich die maximale Lenk- sowie Präsenzzeit vor und weisen folglich keine wöchentlichen Sollstunden auf. Der Lohn wird bei allen Mitarbeitenden - mit Ausnahme einer zusätzlichen, fixen Nettopauschale für die Buchhaltung und Administration bei X._____ - abhängig vom Nettoumsatz der Beschwerdeführerin bezahlt. Insofern leisten sie keine bestimmte Arbeitszeit, sondern werden nach generiertem Umsatz entlohnt. Dies ist auch aus den Lohnabrechnungen von Mai 2021 bis Juli 2021, die der Einsprache beigelegt wurden, ersichtlich. In diesen Lohnabrechnungen wird der Arbeitsausfall gestützt auf einen Frankenbetrag, also auf der Grundlage des Verdienstes, ermittelt; dem Verdienst wird sodann ein prozentualer Arbeitsausfallsbetrag zugrunde gelegt. Es gibt keine vertraglich vereinbarten Sollstunden, weshalb ein Verhältnis zu den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden nicht erstellt werden kann. Folglich lässt sich vorliegend - unter Berücksichtigung der eingereichten Lohn- oder Arbeitszeitabrechnungen - die Arbeitszeit nicht aus dem Umsatz ableiten. Es fehlt mithin an der Arbeitszeit, d.h. am Anknüpfungskriterium, um einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung begründen zu können.

E. 4.5.5

Bei X._____ ist abweichend von den übrigen Arbeitsverträgen eine maximale Lenkzeit von 45 Stunden und eine minimale Präsenzzeit von 53 Stunden vorgeschrieben. Dabei handelt es sich gleichzeitig um die rechtlich vorgeschriebene, wöchentliche Höchstarbeitszeit von 53 Stunden (Art. 5 Abs. 1 ARV 2). Da die minimale Präsenzzeit und die rechtlich vorgeschriebene, wöchentliche Höchstarbeitszeit identisch sind, ist davon auszugehen, dass dieser Arbeitsvertrag eine wöchentliche Arbeitszeit von 53 Stunden vorsieht; die normale Arbeitszeit ist hier bestimmt bzw. mindestens bestimmbar. Es wäre grundsätzlich nicht ausgeschlossen, in diesem Fall die verkürzte Arbeitszeit zu eruiieren. Allerdings stützt sich der Monatslohn gemäss vorliegenden Lohnabrechnungen nicht auf die Arbeitszeit. Der Arbeitsvertrag enthält zudem keine Bemerkungen zum geschuldeten Lohn für diese Arbeitszeit. Vielmehr ist auch dieser Arbeitnehmer - vergleichbar mit den übrigen Mitarbeitenden - mit Umsatzbeteiligung zu 50 % angestellt («Der Arbeitgeber stellt den Arbeitnehmer als Taxi- und Limousinenchauffeur mit Umsatzbeteiligung zu 50 % an.»). Daher ist auch bei ihm kein fixer Lohn auf eine bestimmte Arbeitszeit geschuldet. Ausserdem ist es nicht möglich, seine tatsächlich geleistete Arbeitszeit aus den dem Bundesverwaltungsgericht vorliegenden Belegen zu ermitteln.

E. 4.5.6

Selbst bei Qualifikation des Arbeitsverhältnisses als Arbeit auf Abruf, wie dies die Beschwerdeführerin in ihrer Einsprache sowie deren Beilagen im «Zusatzformular zur

Einstufung der Lohnkategorien zum Antrag/Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung» geltend macht, würde kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehen. Bei der Arbeit auf Abruf können (und sollen) die Arbeitnehmenden nach Bedarf eingesetzt werden. Folglich werden sie nicht eingesetzt, wenn kein Bedarf besteht. Demnach hat sich die Beschwerdeführerin ihre Umsatzeinbussen selbst zuzuschreiben. Richtigerweise hätte sie dem erwähnten Wegfall ihres Kerngeschäfts aufgrund der Reduktion der Flugbewegungen durch die Befreiung der Arbeitnehmenden von der Arbeitsleistung begegnen müssen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 5.7.3).

E. 4.6

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in Bezug auf die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin keine vorgegebene, normale Arbeitszeit festgestellt werden kann, da der Lohn an den Umsatz anknüpft. Somit ist der Arbeitsausfall im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG nicht bestimmbar und es besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

E. 4.7

Abgesehen davon ist vorliegend auch strittig, ob die Arbeitszeit ausreichend kontrollierbar war. Selbst wenn von einer vorgegebenen Arbeitszeit auszugehen wäre, lässt sich der wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall - wie nachfolgend dargelegt wird - mangels einer ausreichenden Arbeitszeitkontrolle nicht eindeutig bestimmen.

E. 4.7.1

Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 AVIV). Das Erfordernis der rechtsgenügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist ausschliesslich mit einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden erfüllt. Unter einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung versteht man ein System, bei welchem die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag und Arbeitnehmenden in hinreichend verlässlichen Belegen wie Zeiterfassungskarten, Stunden-, Regie- oder Reiserapporten stetig festgehalten werden (vgl. BGE 150 V 249 E. 5.1.2 mit Hinweis; Urteile des BGer 8C_789/2023 vom 8. Januar 2025 E. 6.2.2; 8C_18/2024 vom 9. Juli 2024 E. 6.1; 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.3 je mit Hinweisen). Die gearbeiteten Stunden können elektronisch, mechanisch oder von Hand erfasst werden. Wesentlich ist allein, dass die Dokumentierung ausreichend detailliert ist und zeitgleich erfolgt. Zeitgleich ist eine Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nachträglich nicht beliebig abgeändert werden können, ohne dass dies vermerkt wird (vgl. Urteile des BGer 8C_789/2023 vom 8. Januar 2025 E. 6.2.2; 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.3 je mit Hinweisen).

E. 4.7.2

Fehlen geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitznachweis, können diese nicht durch nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmenden oder anderer Personen ersetzt werden (vgl. Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 4.2.2 mit Hinweis). Sie würden zudem ihrerseits das Kriterium der Zeitgleichheit verletzen (vgl. Urteil des BGer 8C_789/2023 vom 8. Januar 2025 E. 6.2.2; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 3.5.4). In diesem Kontext ist folglich in der Regel in antizipierter Beweiswürdigung auf die Befragung dieser Personen zu verzichten.

E. 4.7.3

Eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann grundsätzlich auch nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst nachträglich erstellt wurden (BGer 8C_789/2023 vom 8. Januar 2025 E. 6.2.2). Die Arbeitszeitkontrolle muss zum Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle vorgelegt werden und es können keine Belege nachträglich beigebracht werden, um eine ungenügende Dokumentation zu ergänzen (BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3 mit Hinweisen). Eine im Nachhinein präsentierte Zusammenstellung der angeblich tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden stellt kein adäquates Mittel zur Kontrolle des Arbeitsausfalls dar, weil es ihr am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung fehlt (vgl. Urteile des BGer 8C_789/2023 vom 8. Januar 2025 E. 6.2.2; 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.3 je mit Hinweisen; zum Ganzen auch Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4 mit Hinweisen, bestätigt durch Urteil des BGer 8C_504/2023 vom 28. September 2023). Diese Dokumente können insbesondere nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können, da andernfalls die vom Gesetz auferlegte Kontrollaufgabe der Verwaltung ihres Sinnes beraubt wird (Urteil des BVGer B-2855/2023 vom 15. August 2024 E. 2.10 mit Hinweisen).

E. 4.7.4

An den Beleg der Authentizität der nachgereichten Dokumente werden hohe Anforderungen gestellt (vgl. BGE 150 V 249 E. 5.1.2 und E. 5.2 [offengelassen, ob nachgereichte Dokumente offensichtlich authentisch zu sein haben]). Von den Anforderungen des Art. 46b AVIV als formelle Beweisvorschrift darf nur dann abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, das heisst die prozessuale Formenstrenge exzessiv ist, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1; so auch Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 4.2.2; BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3 mit Hinweis; ausführlich Urteil des BVGer B-4996/2023 vom 12. Juni 2024 E. 7).

E. 4.7.5

Die Beweislast für den Arbeitsausfall obliegt den Arbeitgebenden (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 2.3 in fine mit Hinweisen). Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, die genauen Arbeitszeiten der einzelnen Arbeitnehmenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall jederzeit möglichst zuverlässig feststellen zu können. 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 (vgl. Urteil des BGer 8C_37/2024 vom 10. Oktober 2024 E. 5.1; Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4 mit Hinweisen, bestätigt durch Urteil des BGer 8C_504/2023 vom 28. September 2023).

E. 4.8.1

Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage ist zunächst zu prüfen, ob die nachträglich eingereichten Monatsrapporte berücksichtigt werden können. Bei diesen Rapporten handelt es sich um handschriftlich erfasste Auflistungen für den jeweiligen Arbeitstag mit verschiedenen Vermerken (insbesondere Abfahrtsort und Endziel), weshalb sie - bei entsprechend korrekter Zeiterfassung - die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen könnten.

Folglich könnten diese Rapporte grundsätzlich zum Beweis geeignet sein. Im Rahmen der Beweiswürdigung ist zu beachten, dass sich die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen regelmässig einzig anhand von detaillierten betrieblichen Unterlagen, namentlich aufgrund eines hinreichenden Zeiterfassungssystems (im Sinne des Erfordernisses der täglich fortlaufenden Aufzeichnung), feststellen lässt. Es ist a priori nicht ausgeschlossen, dass diese Monatsrapporte von den jeweiligen Arbeitnehmenden angefertigt wurden. Allerdings lassen sich daraus keine anderen typischen Authentizitätsmerkmale entnehmen, insbesondere nicht betreffend die zeitgleiche und echtzeitliche Arbeitszeiterfassung. So lässt namentlich das homogene Erscheinungsbild der Rapporte Zweifel darüber aufkommen, ob die Arbeitszeiterfassung zeitgleich und echtzeitlich erfolgt ist sowie ob die eingereichten Unterlagen authentisch sind. Daher liegt es nahe, dass die Beschwerdeführerin eine solche echtzeitlich erstellte Arbeitszeiterfassung für die entsprechenden Mitarbeitenden bereits bei der Arbeitgeberkontrolle vorgelegt hätte, falls diese vorhanden gewesen wäre. Es stellt sich somit allgemein die Frage, warum die Beschwerdeführerin die entsprechenden Unterlagen nicht schon zum frühestmöglichen Zeitpunkt eingereicht hat, zumal diese laut der Beschwerdeführerin schon am 12. Dezember 2023 vorhanden gewesen waren und bereits mit Beschwerde vom 7. Mai 2024 hätten eingereicht werden können. Sie äussert sich in ihren Eingaben weder zu diesem Punkt noch bringt sie Argumente zur Authentizität der nachträglich eingereichten Unterlagen vor. Angesichts der hohen beweismässigen Hürde an den Beleg der Authentizität der nachgereichten Dokumente und aufgrund der erwähnten Zweifel an deren Authentizität können die mit Replik vom 4. Oktober 2024 nachgereichten Unterlagen vorliegend nicht berücksichtigt werden.

E. 4.8.2

Fehlende Unterlagen bzw. Angaben in Unterlagen lassen sich zudem praxismässig nicht nachträglich durch Befragung der betroffenen Personen ersetzen (vgl. vorstehend E. 4.7.2), weshalb im vorliegenden Beschwerdeverfahren auf die von der Beschwerdeführerin verlangte Zeugeneinvernahme verzichtet werden kann.

E. 4.8.3

Wie die Beschwerdeführerin ausserdem richtigerweise erkennt, beherrscht der Untersuchungsgrundsatz das öffentlich-rechtliche Verfahren und legt den Behörden die Verantwortung für die Aufarbeitung des Sachverhalts auf. Dieser Grundsatz wird allerdings erheblich durch die Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin relativiert, insbesondere bei Tatsachen, welche sie besser kennt als die Behörde und welche diese ohne Mitwirkung nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (vgl. BGE 150 V 198 E. 7.2.3.4.2; BGE 124 II 361 E. 2a; Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 3.3.3). In diesem Zusammenhang trifft die Beschwerdeführerin auch die Pflicht zur Herausgabe von Unterlagen (Urteil des BVGer B-1206/2024 vom 14. August 2024 E. 3.4 mit Hinweisen). Daher kann sie sich nicht darauf stützen, die Vorinstanz habe die Monatsrapporte ihrer Mitarbeitenden nicht einverlangt bzw. keinerlei Rückfragen zu den echtzeitlichen Unterlagen gestellt. Vielmehr war sie im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht gehalten, diese Unterlagen zur Verfügung zu stellen; das gleiche gilt auch für die nicht eingereichten Fahrtenschreiber. Da die Beweislast des Arbeitsausfalls der Beschwerdeführerin obliegt und die Monatsrapporte einen im vorliegenden Fall unverzichtbaren Bestandteil der Arbeitszeitkontrolle darstellen, hätte sie diese bereits bei der Arbeitgeberkontrolle zur Verfügung stellen müssen. Unterlässt sie ihre Mitwirkung,

indem sie die entscheiderelevanten Unterlagen nicht oder nicht rechtzeitig zugänglich macht und kann sie dadurch den Beweis nicht erbringen, trägt sie die nachteiligen Folgen der Beweislosigkeit.

E. 4.9

Aufgrund der mangelnden Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls und der fehlenden Arbeitszeitkontrolle im Betrieb kann nachfolgend offenbleiben, ob und inwiefern im Zeitraum Juli 2020 bis Oktober 2020 der erforderliche Mindestausfall von 10 % nicht erreicht wurde. Die Vorinstanz ist insgesamt zu Recht davon ausgegangen, dass der Arbeitsausfall nicht bestimmbar bzw. die Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist.

E. 5

Es bleibt zu prüfen, ob die Voraussetzungen der Wiedererwägung nach Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt sind.

E. 5.1

Eine Wiedererwägung ist gemäss der Beschwerdeführerin nicht zulässig, da das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit nicht erfüllt sei. Demnach sei der Arbeitsausfall überprüfbar und mithilfe der Monatsrapporte sowie den Lohnabrechnungen plausibilisierbar. Dadurch bestünde ein vernünftiger Zweifel an der Unrichtigkeit der erfolgten Leistungszusprache. Die Vorinstanz äussert sich nicht zu dieser Frage.

E. 5.2

Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG); die Kasse fordert sie von den Arbeitgebenden zurück (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Die Rückerstattungsnorm von Art. 25 ATSG dient der Durchsetzung des Legalitätsprinzips (BGE 147 V 417 E. 7.3.2 und 142 V 259 E. 3.2.2). Für eine Wiedererwägung setzt Art. 53 Abs. 2 ATSG voraus, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprache zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Urteile des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2; C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1 je mit Hinweisen).

E. 5.3

Die ausreichende Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit bzw. die Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzung (*condition de fond*; statt vieler Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2 mit Hinweisen; auch Urteil des BVGer B-3732/2023 vom 5. Juni 2024 E. 3.6 [zur Publikation vorgesehen], bestätigt durch Urteil des BGer 8C_410/2024 vom 14. Oktober 2024). Erweist sich diese Voraussetzung als nicht erfüllt, ist die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (vgl. Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). An der Nichterfüllung der materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzung von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG bestehen vorliegend keine Zweifel (vgl. E. 4). Die Berichtigung ist angesichts des in Frage stehenden Betrags von Fr. 156'000.75 von erheblicher Bedeutung. Daher ist die durch die Vorinstanz verfügte Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Leistungen nicht zu beanstanden.

E. 6.1

Angesichts der vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Vorinstanz die Einsprache gegen die Revisionsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 156'000.75 zu Recht abgewiesen hat. Die vorliegende Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 6.2

Zuhanden der Beschwerdeführerin ist auf die Möglichkeit eines Erlassgesuchs hinzuweisen. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss diese nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 4 und 5 der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV, SR 830.11]). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (vgl. für Einzelheiten das Urteil des BVGer B-664/2017 vom 7. März 2019 E. 7 sowie das Kreisschreiben des SECO über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso, KS RVEI, Teil C). Die Entscheidung darüber fällt nicht in die Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 119 Abs. 3 AVIV). Die Frage ist dementsprechend nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. die Urteile des BVGer B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 1.5 und B-2909/2012 vom 3. September 2013 E. 6.5).

E. 7.1

Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (vgl. Urteil des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7 mit Hinweisen). 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]). 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) sind die Kosten auf Fr. 4'700.- festzusetzen.

E. 7.2

Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario).

E. 7.3

Abzuweisen ist der Antrag der Vorinstanz, die Beschwerde sei nicht nur unter Kosten-, sondern auch unter Entschädigungsfolgen abzuweisen. Die Vorinstanz ist eine Bundesbehörde (Art. 45a Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010]). Bundesbehörden haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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