

# **BVGer B-410/2022 vom 5. Mai 2023**

Bundesverwaltungsgericht, 2023-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-410\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-410_2022)

FR: TAF B-410/2022 du 5 mai 2023

IT: TAF B-410/2022 del 5 maggio 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**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die von der Vorinstanz verfügte und durch ihren Einspracheentscheid bestätigte Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von Fr. 323'442.30. Im Streit liegt indessen nur ein Teil dieser Rückforderung, denn die Beschwerdeführerin beantragt, es sei festzustellen, dass sie nur für krankheitsbedingt arbeitsunfähige Angestellte, an gesetzlichen Feiertagen und für Angestellte in einem gekündigten Arbeitsverhältnis unrechtmässig Kurzarbeitsentschädigung bezogen habe. Sinngemäss anerkennt die Beschwerdeführerin damit einen Teil der verfügten Rückforderung. Der genaue Betrag dieses anerkannten Teils wird durch die Beschwerdeführerin allerdings nicht näher substantiiert, wobei sie in ihrer Begründung auch ausdrücklich bestreitet, dass sie für Angestellte in einem gekündigten Arbeitsverhältnis unrechtmässig Kurzarbeitsentschädigung bezogen habe.

### **E. 1.4**

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (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.

## **E. 2**

Im vorliegenden Fall umstritten ist, ob die Beschwerdeführerin über eine geeignete betriebliche Arbeitszeitkontrolle verfügt, die eine hinreichende Kontrollierbarkeit der Arbeitszeiten sowie Bestimmbarkeit der Arbeitsausfälle der Arbeitnehmenden ermöglicht. Die Vorinstanz führt aus, im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle habe die Beschwerdeführerin nämlich keine genügende Arbeitszeitkontrolle vorweisen können. Die erst im Einspracheverfahren nachgereichten Outlook-Kalender und Listen zu akquirierten Geschäften könnten nicht berücksichtigt werden. Zum einen könnten nachträglich eingereichte Dokumente eine im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle fehlende Arbeitszeitkontrolle nicht ersetzen. Zum anderen seien darin die täglich geleisteten Arbeits- und allfälligen Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie Absenzen infolge Ferien, Frei- oder Feiertage, Krankheit, Unfall und sonstige bezahlte und unbezahlte Absenzen nicht ersichtlich. Nebst Einträgen zu Arbeitsstunden fehlten auch Ferieneinträge. Im Übrigen seien sie teils widersprüchlich, da während Ferienperioden Einträge vorhanden seien. Die Beschwerdeführerin macht demgegenüber geltend, die nachgereichten Dokumente, namentlich ausgedruckte Outlook-Kalender sowie Listen zu akquirierten Geschäften einzelner Mitarbeitenden, in Kombination mit den Unterlagen, die sie der Arbeitslosenkasse eingereicht habe, plausibilisierten die Arbeitsausfälle. Eine Gegenüberstellung der Anzahl akquirierter Geschäfte mit den Ausfallstunden zeige, dass in zahlreichen Monaten teils keine oder nur vereinzelt Geschäfte hätten akquiriert werden können. Streitig ist somit, ob die erst im Einspracheverfahren vor der Vorinstanz nachgereichten Unterlagen zu berücksichtigen sind. Falls dies zu bejahen ist, wäre weiter zu prüfen, ob diese den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle genügen.

### **E. 2.1**

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. 31 Abs. 1 Bst. b i.V.m. 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 Prozent der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). 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 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1993 [AVIV, SR 837.02]).

## **E. 2.2**

Dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts nur mit einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan (Urteile des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1 m.H.; 8C\_469/2011 vom 29. November 2011 E. 6.2.1.2; Urteile des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.3.1; B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.3; B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 3.2.1 je m.H.). 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 Arbeitsnachweis, 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; Urteil des EVG C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b; Urteil des BVGer B-3996/2013 vom 27. Mai 2014 E. 6.3.4). Dies gilt auch für nachträglich eingereichte Dokumente, da das Moment der Kontrollierbarkeit erfordert, dass eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über den Arbeitsausfall machen können muss (vgl. Urteil des BVGer B-1858/2022 vom 17. März 2023 E. 3.2; B-8569/2007 vom 24. Juni 2008 E. 2.3). Wesentlich sind die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung (Urteil des BGer 8C\_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.3 m.H.). Um der Anforderung der zeitgleichen Dokumentierung der geleisteten Arbeitszeit zu genügen, dürfen die Einträge auch nicht beliebig nachträglich abänderbar sein, ohne dass dies im System vermerkt wird. Eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst Wochen später erstellt wurden oder durch Dokumente, die lediglich die ausgefallenen Stunden pro Monat enthalten (Urteil des BVGer B-3778/2009 vom 23. August 2011 E. 3.4). Bei nachträglich eingereichten Unterlagen obliegt die Beweislast - dass diese täglich fortlaufend und zeitgleich erstellt wurden - dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteile des BVGer B-8569/2007 vom 24. Juni 2008 E. 2.3; B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 4.3.3, m.H.).

## **E. 2.3**

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten, dass der Revisor der Vorinstanz anlässlich der Arbeitgeberkontrolle in Bezug auf die von ihm geprüften Unterlagen feststellte: "Eine geeignete betriebliche Arbeitszeitkontrolle, welche täglich Auskunft über die geleisteten Arbeitsstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über alle übrigen Absenzen gibt, wird vom Betrieb nicht geführt. Arbeitszeiten sind von den Mitarbeitenden flexibel einteilbar, relevant ist die vereinbarte Zielvereinbarung. Die Arbeitszeit ergibt sich aus den vereinbarten Kundenterminen. Die Arbeitszeit fällt dementsprechend von Kundenberater zu Kundenberater unterschiedlich aus. Eine Liste mit den bezogenen Ferientagen der Mitarbeitenden kann nicht vorgelegt werden. Die Ferien wurden von den Mitarbeitenden individuell bezogen." Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin verweigerte offenbar die Unterschrift unter diese Feststellungen. Aus der Begründung der

Beschwerde ergibt sich indessen, dass diese Feststellungen zutreffen und dass die Beschwerdeführerin dem Revisor der Vorinstanz anlässlich der Arbeitgeberkontrolle keine derartige Arbeitszeitkontrolle vorgelegt hat und auch gar nicht darüber verfügt.

#### **E. 2.4**

Die von der Beschwerdeführerin nachgereichten Ausdrücke aus den Outlook-Kalendern ihrer Mitarbeiter enthalten keine konkreten Informationen bezüglich der täglich gearbeiteten Stunden, Abwesenheiten wegen Krankheit, Ferien, Weiterbildung oder anderen Gründen oder den Ausfallstunden wegen Kurzarbeit, obwohl auch die Beschwerdeführerin selbst geltend macht, dass die betreffenden Mitarbeiter während der durch die Kalendereinträge abgedeckten Monate zumindest teilweise gearbeitet hätten. Vor allem aber sind derartige Kalender-Einträge beliebig nachträglich abänderbar, weshalb von einem Arbeitgeber nachträglich eingereichten Ausdrücken derartiger Kalender praxismässig keine Beweiskraft im Hinblick auf die Frage der genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls zukommt. Dasselbe gilt für die nachgereichten undatierten Listen zu akquirierten Geschäften, die ohne Stundenangaben sind.

#### **E. 2.5**

Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz auch unter Berücksichtigung der nachgereichten Unterlagen zum Schluss gekommen ist, die Beschwerdeführerin habe den ihr obliegenden Nachweis einer rechtsgenügenden Arbeitszeiterfassung nicht erbracht.

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin rügt, sie sei nicht über die erforderlichen Inhalte der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle informiert worden. In der Voranmeldung von Kurzarbeit der Arbeitslosenversicherung werde nur in allgemeiner Weise auf die Arbeitszeiterfassung hingewiesen. Auch seien ihr die "drastischen" Folgen des Fehlens einer Arbeitszeiterfassung nicht angedroht worden. Im Rahmen der Covid-19-Pandemie seien schliesslich zahlreiche Erleichterungen zum Erhalt von Kurzarbeitsentschädigung eingeführt worden. Vor diesem Hintergrund sei zu erwarten gewesen, dass die Behörden die Arbeitgeber auf die Pflichten hinweisen, die unverändert geblieben seien, wie die Arbeitszeiterfassung. Ausserdem wirft die Beschwerdeführerin der Arbeitslosenkasse ein widersprüchliches Verhalten vor. Sie macht geltend, aufgrund unterbliebener Hinweise, dass die eingereichten Unterlagen allenfalls nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen könnten, sei sie davon ausgegangen, diese würden als ausreichende betriebliche Arbeitszeitkontrolle qualifiziert. Durch die regelmässigen, vorbehaltlosen Auszahlungen habe sich die Beschwerdeführerin gar darin bestärkt gefühlt, alles richtig zu machen. In diesem berechtigten Vertrauen sei sie zu schützen.

#### **E. 3.1**

Auch während der Covid-19-Pandemie war die Kurzarbeitsentschädigung keine Ausfallentschädigung für generelle wirtschaftliche Einbussen, sondern eine Entschädigung für die jeweils konkret ausgefallene Arbeit. Entsprechend wollte der Ordnungsgeber von den Anforderungen der Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls und der ausreichenden Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit nicht abweichen (vgl. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Erst die Arbeitszeiterfassung weist die konkret gearbeiteten Stunden aus und erlaubt es überhaupt, die Differenz zur vertraglichen Arbeitszeit (Art. 46 Abs. 1 AVIV) zu ermitteln und damit den Umfang der zu leistenden Entschädigung zu bestimmen. Von der

Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls kann bei Beibehaltung des Systems der Kurzarbeitsentschädigung schlechterdings nicht abgewichen werden, denn wo sie nicht vorliegt, ist der Anspruch auf Entschädigung nicht erstellt (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.5). Entsprechend enthielten die behördlichen Dokumente auch während der Covid-19-Pandemie den Hinweis auf das Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle, die insbesondere die täglich geleisteten Arbeitsstunden zu beinhalten hat.

### **E. 3.2**

Die Anspruchsvoraussetzungen der Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls und der ausreichenden Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit sind im Gesetz und in der Verordnung festgehalten (vgl. Art. 31 Abs. 3 AVIG und 46b Abs. 1 AVIV), sodass grundsätzlich davon auszugehen ist, sie seien bekannt. Darüber hinaus werden die Arbeitgeber zu verschiedenen Zeitpunkten darauf aufmerksam gemacht, dass sie eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle zu führen haben. So müssen Arbeitgeber, welche Kurzarbeitsentschädigung geltend machen wollen, den Arbeitsausfall vorgängig mit dem Formular "Voranmeldung von Kurzarbeit" der kantonalen Amtsstelle anmelden. In diesem Formular wird der Arbeitgeber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er vor dem Ausfüllen die Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung" lesen solle. In dieser Broschüre ist die Information, dass für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden muss, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inklusive allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sämtliche übrige Absenzen wie zum Beispiel Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärdienstabsenzen Auskunft gibt, ausdrücklich enthalten. Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts kommen die Vollzugsorgane der Arbeitslosenversicherung ihrer Aufklärungspflicht damit genügend nach (Urteil des BGer 8C\_375/2007 vom 28. September 2007 E. 2.2; Urteile des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 4.2; B-3996/2013 E. 9.4 und 9.6; B-325/2013 vom 20. Mai 2014 E. 6.2; B-2880/2011 vom 24. Juli 2012 E. 7.3). Hinzu kommt, dass auch das erwähnte Formular "Voranmeldung von Kurzarbeit" noch einmal einen ausdrücklichen Verweis enthielt, dass der Arbeitgeber mit seiner Unterschrift bestätige, dass er zur Kenntnis nehme, dass er eine betrieblichen Arbeitszeitkontrolle mit bestimmten Inhalten führen müsse. Auch die Verfügung vom 23. März 2020 der kantonalen Amtsstelle enthielt unter dem Titel "Auflagen und Hinweise" den Hinweis, dass für "von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende [...] eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (zum Beispiel Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden [muss], welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über alle übrigen Absenzen wie zum Beispiel Ferien, Krankheit, Unfall oder Militärdienst Auskunft gibt". Es liegt in erster Linie am jeweiligen Gesuchsteller, die Informationsbroschüre (sowie das Antragsformular für Kurzarbeitsentschädigung und die Verfügung der kantonalen Amtsstelle) mit der gebotenen Sorgfalt zu lesen und bei Zweifeln mit konkreten Fragen an die zuständigen Stellen zu gelangen. Verzichtet er darauf, trägt er die damit verbundenen Nachteile (Urteile des BGer 8C\_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6 m.H.; 8C\_121/2012 vom 11. Juni 2012 E. 3.4). Die "Pflicht" zur Zeiterfassung ist zwar eine blosser Obliegenheit, da sie nicht erzwungen werden kann, ihre Missachtung führt aber zu einem Nachteil oder zum Verlust eines Vorteils (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.8). Die Kritik der Beschwerdeführerin, sie sei nicht darüber informiert worden, dass eine täglich fortlaufend geführte Arbeitszeiterfassung mit

geleisteten Arbeitsstunden, Ausfallstunden und sämtlichen übrigen Absenzen wie zum Beispiel Ferien, Krankheits-, Unfall- oder Militärdienstabwesenheiten zu führen sei, erweist sich daher im Lichte der vorerwähnten behördlichen Dokumente, die exakt diese Information enthielten, als unbehelflich.

### **E. 3.3**

Schliesslich geht die Beschwerdeführerin fehl, wenn sie sich auf einen Vertrauensschutz beruft, weil seitens der Arbeitslosenkasse keine Hinweise erfolgt seien, die Arbeitsstundenerfassung könnte allenfalls nicht den gesetzlichen Anforderungen genügen. 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 Bundesgerichts 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 Aufgabe 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\_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 auch 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. Einen Anspruch auf Vertrauensschutz billigt die Rechtsprechung dem Arbeitgeber lediglich dann zu, wenn die Kasse auf seine konkrete Anfrage hin ausdrücklich bestätigt hat, dass das verwendete beziehungsweise zur Verwendung vorgesehene Kontrollsystem den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b Abs. 1 AVIV genügt (Urteil des BGer 8C\_652/2012 E. 5.2.2).

### **E. 3.4**

Die Rügen der Beschwerdeführerin, nicht oder widersprüchlich über die Inhalte einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle informiert worden zu sein, erweisen sich daher als unbegründet.

### **E. 4**

Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung an gesetzlichen Feiertagen. Die Beschwerdeführerin rügt, ihre Angestellten hätten auch an gesetzlichen

Feiertagen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, da das Bundesgericht diese Praxis der Vorinstanz in seinem Urteil BGer 8C\_272/2021 als rechtswidrig beurteilt habe. Die Vorinstanz legt dagegen dar, in jenem Urteil des Bundesgerichts gehe es um Modalitäten und Berechnungsgrössen in Bezug auf die Festlegung des massgebenden Verdienstes bei der Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung, nicht um einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung an den Feiertagen. Wie es sich diesbezüglich verhält, kann vorliegend offengelassen werden. Wie dargelegt, lautet das Beschwerdebegehren der Beschwerdeführerin unter anderem dahin, es sei festzustellen, dass sie an gesetzlichen Feiertagen unrechtmässig Kurzarbeitsentschädigung bezogen habe. In Bezug auf diese Frage ist die Revisionsverfügung somit ausdrücklich nicht angefochten, weshalb auf die diesbezügliche Rüge der Beschwerdeführerin nicht weiter einzugehen ist.

## **E. 5**

Die Vorinstanz aberkannte einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigungen während bezogenen Ferientagen mit der Begründung, solche Arbeitsausfälle seien nicht auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen. Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin die Auffassung, der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung umfasse auch Tage, an denen die Mitarbeitenden Ferien bezogen hätten.

### **E. 5.1**

Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 31 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 32 Abs. 1 Bst. a AVIG). Nach konstanter Rechtsprechung stellt der Bezug von Ferien keinen wirtschaftlichen Grund dar, womit auch kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entsteht (vgl. Urteil des BGer 8C\_39/2015 vom 5. März 2015 E. 3.2.1; Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 4.2.1 m.H.).

### **E. 5.2**

Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung während bezogenen Ferientagen verneint hat.

## **E. 6**

Die Vorinstanz verneinte einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für drei Mitarbeitende aufgrund gekündigter Arbeitsverhältnisse. Erst nach der Arbeitgeberkontrolle habe die Beschwerdeführerin geltend gemacht, die Beendigung dieser drei Arbeitsverhältnisse sei einvernehmlich und ohne eine Kündigungsfrist erfolgt. Die Beschwerdeführerin ficht die Revisionsverfügung zwar nicht an, soweit sie unrechtmässig Kurzarbeitsentschädigung für Angestellte in einem gekündigten Verhältnis bezogen hat. Sie macht aber geltend, die drei in Frage stehenden Mitarbeitenden seien gar nie in gekündigten Arbeitsverhältnissen gestanden, da die Verträge einvernehmlich durch Vereinbarungen aufgelöst worden seien.

### **E. 6.1**

Unstreitig ist, dass die Arbeitsverhältnisse mit H. \_\_\_\_\_ am 31. Juli 2020, I. \_\_\_\_\_ am 31. Dezember 2020 und J. \_\_\_\_\_ am 31. Dezember 2020 endeten. Strittig ist jedoch, ob die von der Beschwerdeführerin beigebrachten Kündigungsvereinbarungen echt sind oder ob den drei Arbeitnehmenden in Wirklichkeit einseitig und unter Einhaltung der Kündigungsfrist gekündigt wurde und die Beschwerdeführerin daher nach diesem Zeitpunkt für sie keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hatte (vgl. Art. 31 Abs. 1

Bst. c AVIG).

## **E. 6.2**

Die in Frage stehende, umstrittene Kündigungsfrist der betreffenden drei Arbeitsverhältnisse fällt in eine Zeitperiode, für die eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle erforderlich gewesen wäre, diese aber nicht geführt wurde. Damit fehlt es an einer von mehreren kumulativ erforderlichen Vor-aussetzungen für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (vgl. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG i.V.m. Art. 46b Abs. 1 und 2 AVIV; dazu vorstehend E. 2.1 und 2.2). Ob beziehungsweise wann die drei Arbeitnehmenden vor Beendigung der Arbeitsverhältnisse in einem gekündigten Arbeitsverhältnis standen und somit auch aus diesem Grund nicht anspruchsberechtigt wären, kann damit offenbleiben.

## **E. 7**

Die Vorinstanz legte weiter in der angefochtenen Verfügung dar, die Sollstunden und der Verdienst der Arbeitnehmenden K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ hätten ebenfalls in die "Summe Sollstunden insgesamt aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden" beziehungsweise in die "AHV-pflichtige Lohnsumme aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden" aufgenommen werden müssen, auch wenn sie selbst keine Ausfallstunden gehabt hätten. Das Abrechnungsformular lasse diesbezüglich keine Zweifel offen. Auf dem Abrechnungsformular seien zwar auch Ausnahmen aufgeführt; die Mitarbeitenden K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ gehörten aber nicht zu diesen Personenkategorien. Die Berücksichtigung dieser zwei Mitarbeitenden hätte richtigerweise zu einem tieferen prozentualen wirtschaftlich bedingten Ausfall geführt. Dagegen behauptet die Beschwerdeführerin, die Sollstunden und Saläre dieser zwei Arbeitnehmenden müssten nicht berücksichtigt werden, ohne ihren Standpunkt zu begründen.

## **E. 7.1**

Die Regelung des summarischen Berechnungsverfahrens für Kurzarbeitsentschädigung, das während der Corona-Pandemie angewendet wurde, erfolgte in Art. 8i der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (SR 837.033, in Kraft bis 31. März 2022). Danach bestimmt sich der prozentuale wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall "aus dem Verhältnis der Summe wirtschaftlich bedingter Ausfallstunden der von Kurzarbeit betroffenen Personen zur Summe der Sollstunden aller anspruchsberechtigten Personen" (Abs. 2). Dieser prozentuale Arbeitsausfall wird mit "der Summe der massgebenden Verdienste aller anspruchsberechtigten Personen" multipliziert (Abs. 3), um den anrechenbaren Verdienstaufschlag zu erhalten, von dem 80 Prozent die Kurzarbeitsentschädigung bilden, die "als Pauschale ausgerichtet" wird (Abs. 1). "Anspruchsberechtigt" sind im Grundsatz alle Arbeitnehmenden eines Gesamtbetriebes, allerdings mit Ausnahme insbesondere derjenigen Arbeitnehmenden, welche der Kurzarbeit nicht zugestimmt haben (Art. 33 Abs. 1 Bst. d AVIG), deren Arbeitsverhältnis gekündigt ist (Art. 31 Abs. 1 Bst. c AVIG) oder die das ordentliche AHV-Rentenalter erreicht haben (Art. 31 Abs. 1 Bst. a AVIG).

## **E. 7.2**

Es ist unbestritten, dass für die Arbeitnehmenden K.\_\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_\_ keiner dieser gesetzlichen Ausnahmetatbestände zutrifft. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass sie ebenfalls zu den anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden gehören und ihre Sollstunden und Saläre daher für die Berechnung des wirtschaftlich bedingten

Arbeitsausfalls beziehungsweise der AHV-pflichtigen Lohnsumme zu berücksichtigen sind. Die Berechnung der Vorinstanz ist daher diesbezüglich nicht zu beanstanden.

## **E. 8**

Die Vorinstanz beantragt, eventualiter sei die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vollumfänglich abzuweisen und der Betrag der unrechtmässig geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigung von März 2020 bis Juni 2021 um Fr. 3'825.50 auf insgesamt Fr. 327'267.90 zu erhöhen. Sie begründet diesen Antrag damit, dass eine Mitarbeitende vom 21. Mai bis 30. Juni 2020 zu 100 Prozent arbeitsunfähig gewesen sei, in dieser Zeit Taggeldleistungen der Unfallversicherung im Umfang von Fr. 5'391.50 bezogen habe und daher während dieser Periode kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestanden habe. Dies habe in die Revisionsverfügung vom 26. August 2021 aber noch keinen Eingang gefunden und sei zu korrigieren. Bei Berücksichtigung dieser Taggeldleistungen reduzierten sich die Ausfallstunden und die zu Unrecht bezogene Kurzarbeitsentschädigung erhöhe sich um Fr. 3'825.50. Die Beschwerdeführerin hat zu diesem Eventualantrag nicht konkret Stellung genommen.

### **E. 8.1**

In Beschwerdeverfahren kann eine angefochtene Verfügung zu Ungunsten einer Partei geändert werden, wenn nach Art. 62 Abs. 2 VwVG die Verfügung Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts beruht. Die "kann"-Formulierung des Gesetzestextes bringt zum Ausdruck, dass bei Vorliegen einer Rechtsverletzung nicht automatisch zu einer reformatio in peius zu schreiten ist (vgl. Urteil des BVGer A-477/2018 vom 11. September 2018 E. 1.8; René Wiederkehr/Christian Meyer/Anna Böhme, in: VwVG Kommentar, 2022, Art. 62 N. 7). Sofern reformatorisch entschieden werden kann und die Sache nicht wegen anderer Mängel zurückgewiesen werden muss, ist das Gericht bei Feststellung einer Rechtsverletzung verpflichtet, eine reformatio in peius ins Auge zu fassen. Ob eine solche tatsächlich zu erfolgen hat, da das objektive Recht durchgesetzt werden soll, oder ob im Einzelfall das subjektive Rechtsschutzinteresse überwiegt, verbleibt im Rahmen dieses Spannungsverhältnisses der Überprüfung durch das Gericht (BGE 144 V 153 E. 4.2.4 betreffend das kantonale Beschwerdeverfahren). Gegen eine Schlechterstellung kann etwa die geringe Bedeutung des festgestellten Rechtsfehlers sprechen (Thomas Häberli, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 62 N. 27).

### **E. 8.2**

Die vorliegend in Frage stehende Korrektur der vorinstanzlichen Berechnung zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ist offensichtlich geringfügig, entspricht der fragliche Betrag von Fr. 3'825.50 doch nur rund einem Prozent des gemäss angefochtenem Einspracheentscheid zurückzuerstattenden Betrages (Fr. 323'442.30). Hinzu kommt, dass das Gericht ohne Einsicht in die relevanten Kassenunterlagen und Informationen aus dem System nicht in der Lage ist, die für die Beurteilung dieses Eventualbegehrens erforderliche genaue Berechnung selbst vorzunehmen.

### **E. 8.3**

Unter diesen Umständen ist von einer reformatio in peius im Sinne des Eventualbegehrens der Vorinstanz abzusehen.

## **E. 9.1**

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.).

### **E. 9.2**

Die Bestimmbarkeit und die ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls (vgl. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG) sind nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen (sog. conditions de fond; vgl. Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2 m.H.), deren Nichterfüllung - wie vorliegend - die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (vgl. Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1).

### **E. 9.3**

Nach dem bisher Gesagten ist die von der Vorinstanz verfügte Rückforderung nicht zu beanstanden. Ebensowenig ist ein Grund für eine Rückweisung an die Vorinstanz zur Neuurteilung ersichtlich, wie die Beschwerdeführerin sie in ihrem Eventualbegehren verlangt.

### **E. 10**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich nicht bereichert, weil sie sämtliche bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen vollumfänglich ihren Angestellten habe zukommen lassen. Sie behalte sich denn auch ausdrücklich vor, sollte das Gericht ihre Beschwerde wider Erwarten ablehnen, aufgrund ihres guten Glaubens und der grossen Härte, welche ein negativer Entscheid für sie hätte, ein Erlassgesuch einzureichen. Über einen allfälligen Erlass einer Rückforderung entscheidet 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).

### **E. 11**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Abweisung der Einsprache gegen die Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 323'442.30 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 12**

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. 6'500.- festzusetzen.

**E. 13**

Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). 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.