

BVGer B-4231/2022 vom 24. Januar 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-01-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4231_2022

FR: TAF B-4231/2022 du 24 janvier 2024

IT: TAF B-4231/2022 del 24 gennaio 2024

Regeste

Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

E. 1.2

Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (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 vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1). Nach Art. 1 Abs. 1 AVIG sind die Bestimmungen des ATSG auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG 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

Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG). Das Vertretungsverhältnis wurde durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2.1

Die Vorinstanz begründet die Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung mit der fehlenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls im Bezugszeitraum März 2020 bis Mai 2021. Die Beschwerdeführerin habe anlässlich der Arbeitgeberkontrolle keine rechtsgenügende betriebliche Arbeitszeitkontrolle vorlegen können. Der Arbeitsausfall sei daher nicht überprüfbar und habe auch anhand anderer betrieblicher Unterlagen nicht plausibilisiert werden können. Es werden nur die Kurzarbeitsentschädigung für jene Monate bzw. Zeiträume nicht zurückgefordert, während denen der Betrieb aufgrund der Covid-19-Pandemie vollständig geschlossen war oder betroffene Mitarbeitende nachweislich gar nie gearbeitet und keine Unstimmigkeiten vorgelegt haben. Für diese

Zeiträume sei davon auszugehen, dass eine Arbeitszeitkontrolle keine neuen Erkenntnisse gebracht hätte.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin anerkennt, keine gesetzeskonforme Arbeitszeitkontrolle zu haben, macht jedoch geltend, dass ihr Betrieb aufgrund der angeordneten Covid-19-Massnahmen länger als von der Vorinstanz anerkannt, vollständig geschlossen war. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie des Willkürverbotes (unter E. 3), eine Verletzung des Prinzips des Vertrauensschutzes (unter E. 4) und macht geltend, Bundesrecht (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG) sei verletzt (unter E. 5).

E. 3.1

Die Bundesverfassung garantiert mit Art. 29 BV (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) die ordnungsgemässe Anwendung des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts (vgl. Urteile des BGer 2C_162/2015 vom 19. Januar 2016 E. 2.4.3 und 2C_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2; Gerold Steinmann/Benjamin Schindler/Damian Wyss, in Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli/Peter Hongler/Benjamin Schindler/Stefan G. Schmid/Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen/Zürich 2023, Art. 29 Rz. 31). Im Anwendungsbereich des ATSG bestimmt Art. 52 Abs. 2 Satz 2 ATSG, dass Einspracheentscheide durch die Behörde zu begründen sind. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Einspracheinstanz hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1; SK ATSG-Kieser, 4. Aufl. Zürich/St. Gallen 2020, Art. 52 N 64). Dabei ist erforderlich, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 sowie E. 5.2 und Urteil des BGer 8C_626/2018 vom 29. Januar 2019 E. 4).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Begründungspflicht. Sie macht geltend, der Einspracheentscheid und die darauf basierende Abänderung der Revisionsverfügung seien weder verständlich noch nachvollziehbar oder kohärent. Es werde zwar festgehalten, dass keine den gesetzlichen Anforderungen genügende Arbeitszeitkontrolle für den Zeitraum von März 2020 bis Mai 2021 vorliegen würde. Dennoch sei die Rückerstattung nur teilweise während einzelner Monate oder nur für einzelne Personen aufgrund fehlender Arbeitszeitkontrolle angeordnet worden. Der Entscheid sei somit nicht ausreichend begründet und willkürlich. Die Vorinstanz hält demgegenüber fest, sie habe im Einspracheentscheid weder willkürlich entschieden noch den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt und macht in ihrer Vernehmlassung weitere Ausführungen zu den gesetzlichen Grundlagen sowie der Rechtsprechung betreffend fehlenden Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aufgrund ungenügender Arbeitszeitkontrolle.

E. 3.3

Die Begründung der Rückforderung im angefochtenen Einspracheentscheid genügt den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an die Begründungspflicht. Die Vorinstanz erklärt im Einspracheentscheid, wie auch in der Vernehmlassung, gestützt

worauf und weshalb für den fraglichen Zeitraum März 2020 bis Mai 2021 Kurzarbeitsentschädigungen zurückgefordert werden und nimmt darüber hinaus ausdrücklich Bezug auf die einspracheweise erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin. Dass die Kurzarbeitsentschädigung nur teilweise zurückgefordert wird, ist im Wesentlichen dadurch begründet, dass für den kompletten Zeitraum zwar keine genügende Arbeitszeitkontrolle bestand, der Betrieb jedoch zeitweise aufgrund von behördlichen Massnahmen komplett geschlossen war oder einzelne Mitarbeitende nachweislich gar nie gearbeitet haben und zu diesen Zeiten auf eine Arbeitszeitkontrolle verzichtet werden konnte. Im Einspracheentscheid vom 19. August 2022 sind die Rückforderungsbeträge Monat für Monat unter Bezugnahme auf die jeweiligen Detailaufstellungen zu den korrigierten Kurzarbeitszeitabrechnungen (Beilagen zum Einspracheentscheid) verständlich und nachvollziehbar erläutert. Die Beschwerde selbst zeigt denn auch, dass eine sachgerechte Anfechtung möglich war. Der Begründungspflicht ist damit Genüge getan. Da das Bundesverwaltungsgericht über volle Kognition verfügt (vgl. Art. 49 VwVG), hat die Willkürfrage keine besondere Bedeutung. Die Rügen der Beschwerdeführerin gehen fehl.

E. 4.1

Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben statuiert ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Die Voraussetzung für eine Berufung auf Vertrauensschutz, die unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten kann, ist erfüllt: 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 143 V 341 E. 5.2.1). Widersprüchliches Verhalten der Behörden verstösst gegen Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV).

E. 4.2.1

Die Beschwerdeführerin erklärt, sie habe von März 2020 bis Mai 2021 Kurzarbeitsentschädigung für ihre Angestellten beantragt. Dabei sei sie stets im Kontakt mit diversen Mitarbeiterinnen der Arbeitslosenkasse Y. _____ gewesen, habe wahrheitsgetreue Aussagen gemacht, sich stets kooperativ gezeigt und habe nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt. Die Abrechnungen und Einsatzpläne seien von der Arbeitslosenkasse geprüft und als korrekt entgegengenommen worden und haben für die Abrechnung genügt. Das Vertrauen darauf, dass die Personalblätter als Arbeitszeitkontrolle genügen würden, sei durch Aussagen einer Sachbearbeiterin der Arbeitslosenkasse weiter verstärkt worden. Zu keinem Zeitpunkt sei die Beschwerdeführerin informiert worden, dass die Einsatzpläne und Personalblätter nicht genügten, um die Ausfallstunden zu belegen. Sie habe sich darauf verlassen können, dass diese genügen würden, zumal sich die Arbeitslosenkasse immer bei ihr gemeldet habe, wenn etwas nicht korrekt war bzw. präzisiert werden musste und die Abrechnungen und Auflistungen nicht einfach durchgewunken worden seien. Die Arbeitslosenkasse habe mittels ihrer Auskünfte bzw.

ihrem Verhalten, indem sie den rechtswidrigen Zustand duldete oder gar bestärkte, gegenüber der Beschwerdeführerin ein begründetes Vertrauen, dass die Personalblätter und Einsatzpläne zur Kontrolle des Arbeitsausfalles genügen, erweckt.

E. 4.2.2

Die Vorinstanz bringt demgegenüber vor, dass sich die Beschwerdeführerin aus mehreren Gründen nicht auf den Vertrauensschutz berufen könne. Die Arbeitslosenkasse habe mit ihren Auskünften bzw. ihrem Verhalten zu keinem Zeitpunkt zugesichert oder Erwartungen begründet, dass die Personalblätter oder Einsatzpläne dem gesetzlichen Erfordernis der Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles bzw. der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit entsprechen. Zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung habe die Kasse überhaupt noch nicht über alle nötigen Informationen verfügt, um die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles vertieft zu prüfen. Im Übrigen sei die Arbeitslosenkasse für die Prüfung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht zuständig. Der Beschwerdeführerin hätte aufgrund des AVIG und der Broschüre «Info-Service, Information für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, Kurzarbeitsentschädigung» des SECO wissen müssen, dass allein die «Personalblätter bzw. die Einsatzpläne» das Erfordernis einer genügenden Arbeitszeitkontrolle nicht erfüllen. Die Beschwerdeführerin könne auch daraus, dass die Kurzarbeitsentschädigung jeweils zur Auszahlung gelangt sei, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 4.2.3

Es ist festzuhalten, dass die Arbeitslosenkasse keine vertiefte Prüfung aller Anspruchsvoraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigung vorzunehmen hat (Urteil des EVG C 208/02 vom 27. Oktober 2003 E. 4.3). Es ist grundsätzlich Sache der kantonalen Amtsstelle, die Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen, im Zweifel geeignete Abklärungen zu treffen und gegebenenfalls Einspruch gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigungen zu erheben (Art. 36 Abs. 3 und 4 AVIG; BGE 124 V 75 E. 4b/aa). Die Kasse prüft die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 AVIG sowie die Voraussetzung nach Art. 32 Abs. 1 Bst. b AVIG (Art. 39 Abs. 1 AVIG); sie ist jedoch nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (BGE 124 V 75 E. 4b/aa und bb). Anzumerken ist, dass die erste zu nehmende Hürde bei der kantonalen Amtsstelle nicht «gewichtiger» ist (als die zeitlich nachgelagerte Prüfung durch die zuständige Arbeitslosenkasse), wird doch ebenfalls nicht deren «Zustimmung» verlangt, sondern nur, dass sie nicht durch «Einspruch» das Verfahren hemmt. Dieser Umstand weist darauf hin, dass im Normalfall keine Einwendungen der kantonalen Amtsstelle erwartet werden. Anlass zu ergänzenden Abklärungen können auch erst die durch die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung nachträglich angeordneten Arbeitgeberkontrollen bilden. Die Rechtfertigung, dass der Arbeitgeberin wiederholt über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt worden sind, löst vor diesem Hintergrund keinen Vertrauensschutz aus und steht einer Rückforderung von Leistungsbetreffnissen nicht entgegen (vgl. zum Ganzen Urteile des BGER 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6 und 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2).

E. 4.2.4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Arbeitslosenkasse sie mittels ihrer E-Mail-Auskünfte bzw. ihres Verhaltens darin bestärkt habe, dass die «Personalblätter und

Einsatzpläne» zur Kontrolle des Arbeitsausfalles genügten. Der von der Beschwerdeführerin zitierte E-Mailverkehr vom 17. Juni 2020 und vom 12. November 2020 nimmt keinen Bezug auf die Anforderungen an eine genügende Arbeitszeitkontrolle. Weitere Auskünfte der Arbeitslosenkasse sind nicht aktenkundig und werden auch nicht geltend gemacht. Damit die Auskünfte eine taugliche Vertrauensgrundlage bilden könnten, müsste die Kasse auf konkrete Anfrage hin der Beschwerdeführerin ausdrücklich bestätigt haben, dass das verwendete beziehungsweise zur Verwendung vorgesehene Kontrollsystem den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]) genügen würde (Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.2 in fine), was vorliegend nicht behauptet wird. In der Broschüre «Info-Service, Information für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, Kurzarbeitsentschädigung» des SECO (Ziff. 6 und 7) finden sich 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 enthalten die Entscheide des Amts für Arbeitslosenversicherung Y._____ vom 3. April 2020, vom 6. Januar 2021 sowie vom 17. März 2021, welche an die Beschwerdeführerin adressiert wurden, ausdrücklich den inhaltsgleichen Hinweis. Soweit die Beschwerdeführerin also ausführt, sie habe die Anforderungen an die von ihr zu führende betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht gekannt resp. als Durchschnittsbürgerin ohne rechtlichen Hintergrund nicht kennen müssen und darauf vertraut hat, dass die «Personalblätter und Einsatzpläne» ausreichen, kann sie hieraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Ebenfalls gelingt es der Beschwerdeführerin nicht aufzuzeigen, 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 die mit «Personalblätter bzw. Einsatzpläne» bezeichneten Formulare eingereicht hat, in denen sie pro Arbeitnehmer und Monat die gearbeiteten Stunden sowie Sollstunden 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. Weiter wird durch die Beschwerdeführerin geltend gemacht, dass die Kasse den Anschein erweckt habe, sie sei für die Kontrolle der Rechtmässigkeit der Kurzarbeitsentschädigung und somit für die Überprüfung einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle zuständig. Dies würde jedoch den anwendbaren gesetzlichen Grundlagen widersprechen. Art. 83 Abs. 1 Bst. d AVIG sowie Art. 110 Abs. 4 AVIV halten ausdrücklich fest, dass die Vorinstanz oder die von ihr beauftragten Treuhandstellen für die Arbeitgeberkontrollen zuständig sind. Diese Normierung verkäme zum toten Buchstaben, wenn bereits die Leistungszusprechung durch die Kasse einer Anerkennung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung gleichkäme. So vermag auch die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung durch die Arbeitslosenkasse an sich keinen entsprechenden Vertrauensschutz auszulösen.

E. 4.2.5

Angesichts dieser Ausführungen kann sich die Beschwerdeführerin in Bezug auf die ungenügende Arbeitszeitkontrolle nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen.

E. 4.3.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Kurzarbeitsentschädigung für die Inhaberin des Einzelunternehmens erst nach der entsprechenden E-Mail-Auskunft der Kasse vom 12. November 2020, worin die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen wurde, dass auch für die Inhaberin von März 2020 bis Mai 2020 ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe, abgerechnet worden sei. Die Abrechnung sei dementsprechend erst nach dem besagten E-Mailverkehr mit dem Lohn der Inhaberin ergänzt worden. Die Beschwerdeführerin habe somit auf die Falschauskunft vertrauen dürfen und sei in ihrem Vertrauen zu schützen.

E. 4.3.2

Die Vorinstanz führt aus, dass der Beschwerdeführerin bewusst war bzw. ihr hätte bewusst sein müssen, dass sie - als Inhaberin und selbständig Erwerbende - nicht der ALV-Beitragspflicht unterliegt und somit keinen Anspruch auf ALV-Leistungen hat. Es obliegt in erster Linie dem den Antrag stellenden Unternehmen, die Anspruchsberechtigungen abzuklären, weshalb sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Vertrauensschutz berufen könne. Weiter sei im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft gar keine Disposition getroffen worden bzw. konnten nachträglich keine anderen Dispositionen in Bezug auf den relevanten Zeitraum (März 2020 bis Mai 2020) mehr getroffen werden.

E. 4.3.3

In der E-Mail vom 12. November 2020 (Dossier der kantonalen Arbeitslosenkasse) weist die Sachbearbeiterin der Arbeitslosenkasse die Beschwerdeführerin darauf hin, dass die Inhaberin des Einzelunternehmens von März 2020 bis Mai 2020 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe, wenn diese ebenfalls im Unternehmen arbeitet. Diese Auskunft ist - unbestritten - dahingehend falsch, dass die Inhaberin des Einzelunternehmens nicht der ALV-Beitragspflicht unterliegt und somit aufgrund von Art. 31 Abs. 1 Bst. a AVIG, auch während der Geltung der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (Verordnung über die Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19), SR 837.033), kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zustand. Nichtsdestotrotz und wie bereits in E. 4.1 dargetan, kann der Vertrauensschutz nach Art. 9 BV nur geltend gemacht werden, wenn gestützt auf das Vertrauen in die Richtigkeit der Auskunft eine Disposition getätigt oder unterlassen wurde, welche ohne Nachteil nicht wieder rückgängig gemacht werden kann (Matthias Kradolfer, in Bernhard Ehrenzeller/Patricia Egli et al. [Hrsg.], Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., St. Gallen/Zürich 2023, Art. 9 Rz. 89 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020, Rz. 659). Wie die Vorinstanz im Einspracheentscheid und in ihrer Vernehmlassung richtigerweise festhält, wird von der Beschwerdeführerin keine entsprechende Disposition geltend gemacht. Im Übrigen ist auch für das Bundesverwaltungsgericht nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin gestützt auf das Vertrauen in die Richtigkeit der Auskunft eine Disposition getätigt haben soll.

E. 4.3.4

Die Beschwerdeführerin kann sich auch in Bezug auf die Falschauskunft betreffend den Anspruch der Inhaberin auf Kurzarbeitsentschädigung nicht auf den Vertrauensschutz berufen.

E. 5.1

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 Beitragspflichtig 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). 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).

E. 5.2

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). Da es sich bei der Arbeitszeitkontrolle um eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung handelt, obliegt die Beweislast hierfür dem Arbeitgeber (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 (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 5.2). Ausnahmsweise können Arbeitsausfälle in Zeiträumen berücksichtigt werden, in welchen der Betrieb vollständig geschlossen war oder betroffene Mitarbeitende nachweislich gar nie gearbeitet haben. Für diese Zeiträume ist davon auszugehen, dass eine Arbeitszeitkontrolle keine neuen Erkenntnisse gebracht hätte (Urteil des BVGer B-3364/2011 E. 4.1 und Urteil des EVG C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2).

E. 5.3

Die Beschwerdeführerin anerkennt in ihrer Beschwerdeschrift, über keine gesetzeskonforme Arbeitszeitkontrolle zu verfügen. Im Einspracheentscheid sei jedoch unbeachtet geblieben, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin während des Zeitraums zwischen März 2020 und Mai 2021 aufgrund der vom Bundesrat angeordneten Massnahmen zweifach vollständig geschlossen werden musste. Aufgrund von Art. 6 Abs. 2 lit. a COVID-19-Verordnung 2 (SR 818.101.24, Stand am 16. März 2020) habe der Betrieb am 17. März 2020 bis zum 11. Mai 2020 (Art. 6 Abs. 3 lit. a COVID-19-Verordnung 2, Stand am 29. April 2020, [recte: 30. April 2020]) geschlossen werden müssen. Somit sei der Betrieb im März 2020 für 11 Arbeitstage (17. März 2020 bis 31. März 2020), im April 2020 für den gesamten Monat und im Mai 2020 für 6 Arbeitstage (1. Mai 2020 bis 10. Mai 2020) geschlossen gewesen. Dies würde für den Monat März Fr. 7'449.85 und für den Monat Mai Fr. 4'063.55 rechtmässig bezogene Kurzarbeitsentschädigung entsprechen, weshalb diese Beträge nicht rückzuerstatten seien. Für den Monat April 2020 sei aufgrund der fehlenden Arbeitszeitkontrolle korrekterweise keine Kurzarbeitsentschädigung zurückgefordert worden. Am 22. Dezember 2020 sei der gesamte Betrieb erneut bis zum 25. Juni 2021 geschlossen worden, da diverse behördliche

Massnahmen die Öffnung des Geschäfts verunmöglichten haben, indem einerseits die Auflagen für eine Öffnung sehr streng gewesen seien, eine Home-Office-Pflicht gegolten habe und die Bevölkerung aufgerufen worden sei, zu Hause zu bleiben, so dass es dem Betrieb unmöglich gewesen sei, unter diesen Bedingungen das Geschäft zu öffnen. Erst per 26. Juni 2021 sei die Home-Office-Pflicht aufgehoben und weitere Lockerungen erlassen worden. Der gesamte Betrieb sei somit im Monat Dezember 2020 während 7 Arbeitstagen (22. Dezember 2020 bis 31. Dezember 2020), während der gesamten Monate Januar, Februar, März, April und während des Monats Juni 2021 für 19 Arbeitstage (1. Juni 2021 bis und mit 25. Juni 2021) geschlossen gewesen. Dies würde für den Monat Dezember 2020 Fr. 3'547.10, für den Monat Januar 2021 Fr. 4'084.75 und für den Monat März 2021 Fr. 3'714.20 rechtmässig bezogene Kurzarbeitsentschädigung entsprechen, weshalb diese Beträge nicht rückzuerstatten seien.

E. 5.4

Die Vorinstanz bringt vor, dass für sämtliche Abrechnungsperioden keine (genügende) Arbeitszeitkontrolle vorgelegen habe. Die Beschwerdeführerin habe dies anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 31. August 2021 unterschriftlich bestätigt. Im Zeitraum vom 17. März 2020 bis zum 10. Mai 2020 sei der Betrieb der Beschwerdeführerin von der behördlichen Schliessung betroffen gewesen. Für den Monat April 2020 könne aufgrund kompletter Arbeitseinstellung auf den Nachweis einer täglich fortlaufenden Arbeitszeitkontrolle verzichtet werden, da keine Unstimmigkeiten bestehen würden. Eine Rückforderung für den Monat April 2020 ergäbe sich dennoch, da für zwei Feiertage (Karfreitag, 10. April 2020, und Ostermontag, 13. April 2020) Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht wurde. Folglich bestehe für den Monat April 2020 ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 13'545.15, dies sei bereits in der Revisionsverfügung vom 2. November 2021 korrekt berechnet worden. Die Differenz von Fr. 1'354.55 im Vergleich zum Betrag gemäss dem Einspracheentscheid vom 19. August 2022 sei dem Gesamtbetrag (Fr. 77'216.15) hinzuzurechnen. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat März 2020 (13. März 2020 bis 31. März 2020) sei mit Fr. 8'804.35 in der Revisionsverfügung vom 2. November 2021 korrekt berechnet und somit rechtmässig ausbezahlt worden. Diese Summe werde anerkannt und sei vom gesamten Rückforderungsbetrag (Fr. 77'216.15) aus der Einspracheverfügung vom 19. August 2022 abzuziehen. Für den Monat Mai 2020 habe die Beschwerdeführerin, im Unterschied zum März 2020, für den ganzen Monat Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht. Der Betrieb sei aber nachweislich nicht für den ganzen Monat geschlossen gewesen und nur ein teilweiser Arbeitsausfall geltend gemacht worden. Da keine Arbeitszeitkontrolle vorliegt, könne nicht festgestellt werden, an welchen Tagen im Mai 2020 tatsächlich nicht gearbeitet wurde und ob an gewissen Tagen allenfalls Mehrstunden geleistet wurden. Folglich sei die Kurzarbeitsentschädigung für Mai 2020 unrechtmässig bezogen worden. Für den Monat Dezember 2020 sei die Kurzarbeitsentschädigung nicht rechtmässig bezogen worden, da keine den gesetzlichen Anforderungen genügende Arbeitszeitkontrolle vorliegt, der Betrieb nicht vollständig geschlossen war und kein Arbeitnehmer nachweislich gar nie gearbeitet habe. Der teilweise Arbeitsausfall, der für diesen Zeitraum geltend gemacht werden, könne daher nicht nachvollzogen werden. Dasselbe gelte für den Monat März 2021. Im Zeitraum vom 18. Januar 2020 (recte: 2021) bis zum 31. Januar 2020 (recte: 2021) sei der Betrieb aufgrund der behördlichen Anordnungen geschlossen gewesen. Wie bereits im Mai 2020, habe die Beschwerdeführerin aber für den ganzen Januar 2021 Kurzarbeitsentschädigung geltend

gemacht, obwohl der Betrieb nachweislich nicht während des ganzen Monats geschlossen gewesen und auch nur ein teilweiser Arbeitsausfall für B._____ geltend gemacht worden sei. Da keine Arbeitszeitkontrolle vorliegt, könne nicht festgestellt werden, an welchen Tagen B._____ im Januar 2021 tatsächlich nicht gearbeitet habe und ob er an gewissen Tagen allenfalls Mehrstunden leistete. Weshalb die auf ihn entfallende Kurzarbeitsentschädigung in dieser Abrechnungsperiode zurückzuerstatten sei.

E. 5.5.1

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin keine den gesetzlichen Anforderungen genügende Arbeitszeitkontrolle verfügt. Dies hat die Beschwerdeführerin mit ihrer Unterschrift auf dem Formular «Arbeitgeberkontrolle betreffend Kurzarbeitsentschädigung - geprüfte Unterlagen» am 31. August 2021 in Bezug auf sämtliche Abrechnungsperioden sowie in der Beschwerdeschrift bestätigt. Somit können im Zeitraum März 2020 bis Mai 2021 nur Arbeitsausfälle in jenen Zeiträumen berücksichtigt werden, während welchen der Betrieb vollständig geschlossen war oder betroffene Mitarbeitende nachweislich gar nie gearbeitet haben. Für diese Zeiträume ist davon auszugehen, dass eine Arbeitszeitkontrolle keine neuen Erkenntnisse gebracht hätte.

E. 5.5.2

Der Betrieb der Beschwerdeführerin musste aufgrund der behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie vom 17. März 2020 (Art. 6 Abs. 2 lit. a der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) vom 13. März 2020 Stand am 17. März 2020 [COVID-19-Verordnung 2, SR 818.101.24]) bis zum 11. Mai 2020 (Art. 6 Abs. 2 lit. a COVID-19-Verordnung 2 Stand am 11. Mai 2020) geschlossen bleiben. Die Beschwerdeführerin macht bereits ab dem 13. März 2020 einen kompletten Arbeitsausfall geltend. In Bezug auf den während dieser 13 Arbeitstage geltend gemachten kompletten Arbeitsausfall bestehen trotz fehlender Arbeitszeiterfassung keine Unstimmigkeiten. Somit ist die Kurzarbeitsentschädigung für den Monat März 2020 über Fr. 8'804.35, wie schon in der Revisionsverfügung vom 2. November 2021 der Vorinstanz festgehalten, rechtmässig ausbezahlt worden und nicht zurückzuerstatten. Dieser Betrag geht über die von der Beschwerdeführerin geltende gemachte Summe (Fr. 7'449.85) für den März 2020 hinaus, ist von der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung aber anerkannt worden, weshalb die Rückforderungssumme des Einspracheentscheides vom 19. August 2022 an dieser Stelle um Fr. 8'804.35 zu reduzieren ist.

E. 5.5.3

Auch im Monat April 2020 musste der Betrieb der Beschwerdeführerin aufgrund der obengenannten behördlichen Anordnung geschlossen bleiben (vgl. E. 5.5.2). Aufgrund der kompletten Arbeitseinstellung konnte auf eine Arbeitszeitkontrolle verzichtet werden, es bestehen keine Unstimmigkeiten. Die Beschwerdeführerin beantragte für den gesamten Monat Kurzarbeitsentschädigung (22 Arbeitstage) und liess dabei unberücksichtigt, dass mit dem Karfreitag (10. April 2020) und dem Ostermontag (13. April 2020) zwei Feiertage in den April 2020 fielen, welche gemäss Art. 33 Abs. 1 Bst. c AVIG nicht anrechenbarem Arbeitsausfall entsprechen. Wie bereits in der Revisionsverfügung vom 2. November 2021 korrekt berechnet, muss die rechtmässig bezogene Kurzarbeitsentschädigung deshalb um Fr. 1'354.55 auf Fr. 13'545.15 reduziert werden. Dies bedeutet in der Konsequenz, dass das Total der Rückforderungen im Einspracheentscheid vom 19. August 2022, wie von der Vorinstanz anerkannt, auf Fr. 69'766.35 zu reduzieren ist.

E. 5.5.4

Am 11. Mai 2020 durfte der Betrieb der Beschwerdeführerin wieder öffnen, sofern sie über ein Schutzkonzept verfügte und dieses umsetzte (Art. 6 Abs. 2 lit. a COVID-19-Verordnung 2 Stand am 11. Mai 2020). Die Beschwerdeführerin beantragte für den ganzen Monat Kurzarbeitsentschädigung, jedoch war der Betrieb nachweislich nicht während des ganzen Mai 2020 geschlossen und es wurde nur ein teilweiser Arbeitsausfall geltend gemacht. Dass die Beschwerdeführerin ihren geltend gemachten Anspruch in der Beschwerdeschrift vor Bundesverwaltungsgericht auf Fr. 4'063.55 (6 Arbeitstage) kürzt, vermag daran nichts zu ändern. Die Vorinstanz bringt zu Recht vor, dass auf eine Arbeitszeitkontrolle dann nicht verzichtet werden kann, wenn Hinweise dafür bestehen, dass trotz eines gegenüber der Arbeitslosenkasse ausgewiesenen hundertprozentigen Arbeitsausfalls teilweise gearbeitet wurde bzw. Unstimmigkeiten vorliegen. Weil keine Arbeitszeiterfassung vorliegt, kann für die Abrechnungsperiode Mai 2020 nicht mit Sicherheit festgestellt werden, wann gearbeitet wurde und ob allenfalls Mehrstunden geleistet wurden. Klar ist aber, dass im Mai 2020 gearbeitet wurde, dies ergibt sich bereits aus dem Formular «Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung» für Mai 2020. Weiter wurde die Beschwerdeführerin am 17. Juni 2020 explizit durch die Kasse gefragt, ob im Mai 2020 alle Mitarbeitenden, wie im Formular angegeben, 33.6 Stunden gearbeitet haben, woraufhin die Beschwerdeführerin dies damit bestätigte, dass «kaum», «nur auf Abruf» und «ganz wenig» gearbeitet wurde. Somit bestehen für Mai 2020 Unstimmigkeiten. Gemäss Rechtsprechung kann eine vorhandene Arbeitszeitkontrolle im Zusammenhang mit der Prüfung eines Arbeitsausfalls nur beweistauglich sein, wenn sie, abgesehen von einzelnen Fehlern, die immer vorkommen können, keine Unstimmigkeiten aufweist (Urteil des BGer 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2). Daraus folgt, dass bei fehlender Arbeitszeitkontrolle und Unstimmigkeiten keine rechtmässige Kurzarbeitsentschädigung bezogen werden kann. Anders sähe es aus, wenn es für die Mitarbeitenden des Betriebs aus objektiven Gründen unmöglich gewesen wäre, bis zum 11. Mai 2020 zu arbeiten (vgl. Urteil des EVG C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2.). Putzarbeiten, Instandhaltung der Maschinen etc. war den Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin jedoch für den ganzen Mai 2020 nicht verunmöglicht. Es ist somit nicht erstellt, wann und wie viel im Mai 2020 gearbeitet wurde. Die bezogene Kurzarbeitsentschädigung für diesen Monat in der Höhe von Fr. 13'938.00 wurde durch die Vorinstanz zu Recht zurückgefordert.

E. 5.5.5

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass der Betrieb vom 22. Dezember 2020 (7 Arbeitstage) hinweg habe geschlossen werden müssen. Den einschlägigen Bundesverordnungen kann lediglich entnommen werden, dass im Dezember 2020 die Öffnungszeiten von Verkaufsläden und die Anzahl Personen, die sich gleichzeitig in Einkaufsläden aufhalten dürfen, beschränkt wurden (Art. 5abis der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie Stand am 22. Dezember 2020 [Covid-19-Verordnung besondere Lage, SR 818.101.26]). Somit ist keine den gesetzlichen Anforderungen genügende Arbeitszeitkontrolle vorhanden, der Betrieb war nicht vollständig geschlossen und kein Arbeitnehmer hat nachweislich gar nie gearbeitet. Der geltend gemachte teilweise Arbeitsausfall kann im Dezember 2020 folglich nicht nachvollzogen werden, weshalb die Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 7'885.25 nicht rechtmässig bezogen wurde und zurückzuerstatten ist.

E. 5.5.6

Im Zeitraum vom 18. Januar 2021 bis zum 31. Januar 2021 musste der Betrieb der Beschwerdeführerin erneut aufgrund der behördlichen Anordnung geschlossen bleiben (Art. 5e Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage Stand am 18. Januar 2021). Wie auch im Mai 2020 (vgl. E. 5.5.4), hat die Beschwerdeführerin trotzdem für den ganzen Januar 2021 Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht. Der Betrieb war aber auch im Januar 2021 nachweislich nicht den kompletten Monat geschlossen und für den Mitarbeiter B._____ wurde nur ein teilweiser Arbeitsausfall geltend gemacht (Sollstunden: 189, Ist-Stunden: 151.20). Weil keine Arbeitszeitkontrolle vorliegt, kann nicht festgestellt werden, an welchen Tagen B._____ tatsächlich gearbeitet hat und ob er allenfalls Mehrstunden geleistet hat. Somit wurde die Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 3'654.70 für B._____ im Januar 2021 unrechtmässig bezogen und ist zurückzuerstatten.

E. 5.5.7

Für den Monat März 2021 wird die ganze ausbezahlte Summe über Fr. 10'516.55 an Kurzarbeitsentschädigung zurückgefordert. Wie bereits im Dezember 2020 liegt für März 2021 keine den gesetzlichen Anforderungen genügende Arbeitszeitkontrolle vor, der Betrieb war nicht vollständig geschlossen und kein Arbeitnehmer hat nachweislich gar nie gearbeitet. Der geltend gemachte teilweise Arbeitsausfall kann für den Monat März 2021 folglich nicht nachvollzogen werden, weshalb die Kurzarbeitsentschädigung für diese Abrechnungsperiode nicht rechtmässig bezogen wurde und zurückzuerstatten ist.

E. 5.5.8

Soweit die Beschwerdeführerin pauschal ein Parteiverhör beantragt, ist der Antrag in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen (vgl. BGE 146 V 240 E. 8.2 m.w.H.).

E. 5.6

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin für den Zeitraum März 2020 bis Mai 2021 aufgrund fehlender Arbeitszeitkontrolle grundsätzlich keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat. Für diejenigen Abrechnungsperioden, in denen der Betrieb der Beschwerdeführerin aufgrund von behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Covid-19-Epidemie geschlossen werden musste, oder in denen Mitarbeitende nachweislich gar nie gearbeitet haben und keine Unstimmigkeiten vorliegen, besteht dennoch ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Die Vorinstanz beantragte, die Rückerstattungsforderung von Fr. 77'216.15 auf Fr. 69'766.35 zu reduzieren. Die Rechtsbegehren der Parteien stimmen insoweit überein. Entsprechend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen; im Übrigen ist sie abzuweisen.

E. 6.1

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Urteile des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 7 und B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7 m.H.). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die teilweise unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Beteiligten (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) sind die Verfahrenskosten auf

Fr. 2'500.- festzusetzen.

E. 6.2

Die Beschwerdeführerin obsiegt teilweise. Die Reduktion des Rückforderungsbetrages entspricht überschlagsweise einem Zehntel; in diesem Umfang obsiegt die Beschwerdeführerin. In den restlichen 90 Prozent ist sie als unterliegend zu betrachten. Die um einen Zehntel reduzierten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'250.- hat die Beschwerdeführerin zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der teilweise unterliegenden Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

E. 6.3

Die teilweise obsiegende Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Da keine Kostennote eingereicht wurde, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten (Art. 14 Abs. 2 VGKE) nach dem für das Verfahren notwendigen Zeitaufwand (Art. 10 Abs. 1 VGKE) festzusetzen. Eine Entschädigung von Fr. 2'000.- scheint für den vorliegenden Fall angemessen. Aufgrund des Verfahrensausgangs hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Fr. 200.- zu entschädigen.

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