

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2024.00060 vom 30. Dezember 2024

ZH Sozialversicherungsgericht, 2024-12-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2024.00060

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2024.00060 du 30 décembre 2024

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2024.00060 del 30 dicembre 2024

Erwägungen

E. 1.1

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art.

31 Abs.

1 lit.

b und d des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG). Voraussetzung für die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles

ist,

dass

er

auf

wirtschaftliche

Gründe

zurückzuführen

und

unvermeidbar ist (Art.

32 Abs.

1 lit.

a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe - in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung

-

sehr

weit

aus

und

versteht

darunter

sowohl

strukturelle

als auch konjunkturelle Gründe insgesamt und nicht nur den Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen (BGE 128 V 305 E. 3a; Urteile des Bundesgerichts

8C_549/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2 und C 279/05 vom 2. November 2006 E. 1, je mit Hinweisen).

Ein

auf

wirtschaftliche

Gründe

zurückzuführender

und

an

sich

grundsätzlich

anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen ,

berufs

oder

betriebsüblich

ist

oder

durch

saisonale

Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art.

33 Abs.

1 lit.

b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung

ausschliessen

(BGE

121

V

371

E.

2a,

119

V

357

E.

1a,

je

mit

Hinweisen).

Ebenfalls

nicht

anrechenbar

ist

ein

Arbeitsausfall,

wenn

er

durch

betriebsorganisatorische Massnahmen, andere übliche Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art.

33 Abs.

1 lit.

a 2.

Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr.

E. 1.2

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit . a AVIG).

E. 1.3

Im Rahmen der Corona-Pandemie hat der Bundesrat am 20. März 2020 gestützt auf Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) die Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID -19; Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, AS 2020 877) sowie

die

Verordnung

über

Massnahmen

im

Zusammenhang

mit

dem

Coronavirus

(COVID-19) zur Kurzarbeitsentschädigung und zur Abrechnung der
Sozialversicherungsbeiträge

(AS

2020

875)

erlassen.

Damit

wurden

unter

anderem

Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt. Vom Erfordernis der genügenden
Kontrollierbarkeit

der

weggefallenen

Arbeitszeit

anhand

einer

betrieblichen

Arbeitszeitkontrolle

–

wie

sie

vorliegend

strittig

ist

–

wollte
der
Verordnungsgeber
indes
nicht
abweichen.
Zwar
sollten
zusätzliche
Personen
von
der
Kurzarbeitsentschädigung
profitieren
können,
jedoch
müssen
auch
diese
die
unveränderten
Anforderungen
an
die
Arbeitszeiterfassung
einhalten,
um
den
anspruchsbegründenden Nachweis für die zu entschädigende Arbeitszeit zu erbringen (BGE 150 V 249 E. 3.1.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts BVGE 2021 V/2 E. 4.10 und Urteil B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E.

E. 1.4

Die
genügende

Kontrollierbarkeit

des

Arbeitsausfalls

setzt

eine

betriebliche

Arbeitszeitkontrolle

voraus,

wobei

der

Arbeitgeber

die

Unterlagen

über

die

Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung , AVIV) .

E. 1.5

)

e in

geltend

gemachter Arbeitsausfall erst dann genügend kontrollierbar ist , wenn für jeden einzelnen Tag die geleistete Arbeitszeit überprüfbar ist , und da, wenn geeignete Unterlagen zum Arbeitsnachweis fehlen , diese weder durch nachträgliche Befragung en der betroffenen Arbeitnehmer noch durch andere Personen ersetzt werden können, handelt es sich bei den vorliegenden Excel-Listen der Beschwerdeführerin nicht um beweistaugliche Unterlagen betreffend eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 46b AVIV . Diese Unterlagen sind daher nicht geeignet, um den geltend gemachten Arbeitsausfall rechtsgenügend zu kontrollieren und zu überprüfen . Daran ändert auch eine

- grundsätzlich plausible - wirtschaftliche Einbusse nichts, zumal die konkret ausgefallene Arbeitszeit zu entschädigen ist. 4.

E. 1.7

Entscheidend ist die jederzeitige Kontrollierbarkeit. Die Organe der Arbeitslosenversicherung müssen sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten jedes Arbeitnehmenden

und

den

wirtschaftlich

bedingen

Arbeitsausfall

machen

können

(Urteil des Bundesgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2). 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

worden

wäre .

Eine

rechtsgenügende

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
(Urteile
des
Bundesgerichts
C 64/04
vom
19.
August
2004
E.

E. 1.8

Bei
nachträglich
eingereichten
Unterlagen
obliegt
die
Beweislast

-
dass
diese
täglich
fortlaufend und zeitgleich erstellt wurden - de r Arbeitgeber in (Art.
38 Abs.

3 lit . a in Verbindung mit Art. 31 Abs. 3 lit . a AVIG und Art. 46b AVIV ; BGE 150 V
249

E.

3.1.1;

vgl.

Urteil

des

Bundesgerichts

C 66/04

vom

18.

August

2004

E. 3.2). 2.

E. 2

Gegen den Einspracheentscheid vom 14. Februar 2024 (Urk. 2) erhob die Versicherte am 18. März 2024 Beschwerde und beantragte dessen Aufhebung, und die Bestätigung ihres Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung (S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 30. April 2024 (Urk. 5) beantragte die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Abweisung der Beschwerde.

Mit

Replik

vom

9.

September

2024

(Urk.

12)

hielt

die

Beschwerdeführerin

an

ihrem

beschwerdeweise gestellten Rechtsbegehren fest (S. 1), worauf die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 2. Oktober 2024 (Urk. 16) auf eine Duplik und auf eine weitere

Stellungnahme

verzichtete,

wovon

der

Beschwerdeführerin

am

E. 2.1

Die

Beschwerdegegnerin

ging

i m

angefochtenen

Entscheid

davon

aus,

dass

die

von

der Beschwerdeführerin auf den eingereichten Tabellen bezeichnete « pauschale Berechnungsmethode »

die

Anforderungen

an

eine

täglich

fortlaufende,

zeitgleiche

Arbeitszeiterfassung nicht erfülle. Da es sich dabei um eine im Nachhinein präsentierte Zusammenstellung der angeblich tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden handle, stelle diese kein taugliches Mittel zur Kontrolle des Arbeitsausfalls dar. Rein

rechnerisch

ergebe

die

Nachrechnung

der

täglichen

Sollstunden

205.4

Stunden

pro

Tag

für

alle

Arbeitnehmenden.

Auch

rechnerisch

sei

daher

nicht

nachvollziehbar, wie die Beschwerdeführerin einen Wert von 170.05 erhalte. Sodann sei auch

die

gestützt

darauf

vorgenommene

Berechnung

der

täglichen

Sollstunden

der

Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin rein rechnerisch nicht nachzuvollziehen. Zudem habe

die

Beschwerdeführerin

für

ihren

Geschäftsführer

ein

Arbeitspensum von insgesamt 110 % , bestehend aus einem Pensum von 60 % in Z.____ und 50 % in Y.____ , geltend gemacht, was nicht zulässig sei (Urk. 2 S. 5 Ziff. 7). Zu entschädigen

sei

nicht

eine
wirtschaftliche
Einbusse,
sondern
die
konkret
ausgefallene
Arbeitszeit.
Unzulässig
sein
daher
sowohl
ein
nachträglicher

Pauschalabzug von 30 % wegen Patientenausfällen bei den – gemäss vertraglicher Vereinbarung am Arbeitsplatz tatsächlich anwesenden - Office Mitarbeitenden als auch eine nachträgliche Aufgliederung der Patientenausfälle auf die einzelnen Office Mitarbeitenden. Der Arbeitsausfall der Office Mitarbeitenden lasse sich somit nicht rechtsgenügend bestimmen. Überdies bleibe bei den Mitarbeitenden ohne Office-Tätigkeit unklar,

ob
bei
den
Ausfallstunden
auch
Krankheiten
der

Mitarbeitenden angerechnet worden seien (S. 6 f. Ziff. 9).

Da kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestanden habe, erweise sich die von Oktober 2020 bis April 2021 ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung von Fr. 261'277.65 als unrechtmässig (S.

E. 2.2

Die
Beschwerdeführerin
bringt

hiegegen
vor,
dass
der
als
systemrelevant
einzustufende
Praxisbetrieb
während
der
Pandemie
habe
aufrecht
erhalten
werden
müssen.
Aufgrund
der
Buchhaltung
sei
erstellt,
dass
ein
direkt
auf
die
Pandemie
zurückzuführender
Arbeitsausfall
vorgelegen
habe
(Urk.

E. 2.3

, bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 8C_504/2023 vom 28. September 2023 E. 3.1-3.2).

E. 2.4

).

Eine

im

Nachhinein

präsentierte

Zusammenstellung

der

angeblich

tatsächlich

geleisteten Arbeitsstunden stellt daher kein adäquates Mittel für die Kontrolle des

Arbeitsausfalls

dar,

weil

es

ihr

am

Erfordernis

der

täglich

fortlaufenden

Aufzeichnung

fehlt

(Urteil

des

Bundesgerichts

8C_276/2019

vom

23.

August

2019

E.

E. 4

Oktober 2024 Kenntnis gegeben wurde (Urk. 17). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin offerierte sodann weitere Beweise, wie Stundenlisten und Einträge in Agenden der einzelnen Mitarbeitenden, und erklärte, dass sie auch bereit sei, die einzelnen Werte ergänzend zu belegen und dazu allenfalls auch neue Listen zu erstellen (Urk. 12 S. 4 Ziff. 9).

E. 4.2

Gemäss

der

Rechtsprechung

kann

das

Gericht

einem

beantragten

Beweismittel

die

Erheblichkeit oder Tauglichkeit absprechen oder auf die Abnahme von Beweisen verzichten,

wenn

es

bei

pflichtgemässer

Beweiswürdigung

in

antizipierter

Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern (BGE 134 I 140 E. 5.3 und 130 III 591 E. 5.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 4.2).

E. 4.3

Bei den von der Beschwerdeführerin als Beweismittel offerierten Einträgen in Agenden ihrer Mitarbeitenden

handelt es sich nicht um ein für den Beweis einer rechtsgenügenden Arbeitszeitkontrolle taugliches Beweismittel, denn darin wurde laut ihren eigenen Ausführungen lediglich die Absage des Termins unter Angabe des jeweiligen Grundes vermerkt. Auch Stundenlisten hätten für sich genommen keinen Schluss auf die wirtschaftlichen bedingten Ausfallstunden im Sinne einer täglich

fortlaufenden
Aufzeichnung
und
jederzeitigen
Überprüfbarkeit
erlaubt,
denn
gemäss
den
eigenen
Ausführungen
der
Beschwerdeführerin
wurde
lediglich
die
Anzahl
der
Terminabsagen
wöchentlich
pro
Therapeut
gesammelt
und

schliesslich in der monatlichen Gesamtübersicht als Stunden zahl aufgeführt. Der Umfang wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls wurde damit nicht zeitgleich und fortlaufend erfasst. Nichts anderes ergibt sich für die Office Mitarbeitenden. Denn diese wurden laut Beschwerdeführerin bei einer Absage jeweils nicht kurzfristig freigestellt, sondern waren weiterhin vor Ort anwesend (Urk. 2 S. 6 f. Ziff. 9.10, Urk. 12 S. 4 Ziff. 4) .

Die offerierten , erst
noch neu zu erstellenden Listen vermögen sodann
eine zeitgleiche Arbeitszeitkontrolle offensichtlich nicht zu ersetzen .

Damit
ist
vorliegend

davon
auszugehen,
dass
die
Abnahme
der
offerierten

Beweismittel sowie weitere Beweiserhebung am Ergebnis, dass eine für die
Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls erforderliche Arbeitszeitkontrolle im Sinne einer
zeitgleichen und täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung
nicht erstellt ist, nichts ändern könnten, weshalb davon im Sinne einer antizipierten
Beweiswürdigung abzusehen ist. 5.

E. 5

S.

58 E.

2.1).

E. 5.1

Auch bei Geltung des Untersuchungsgrundsatzes (vgl. Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit.
c des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG)
liegt

die

objektive

Beweislast

für

die

anspruchsbegründenden

Tatsachen – vorliegend für die geltend

gemachten Arbeitsausfälle – bei der Leistungsansprecherin (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG und
Art. 46b AVIV; vgl. BGE 121 V 204 E.

6a; Urteil des Bundesgerichts 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.7). Zwar muss die
Verwaltung bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich
zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Arbeitgeberin die Gelegenheit
geben,

die

Zweifel

zu
entkräften.

Es
liegt
aber
nicht
an
ihr ,
die

Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell
nachzuweisen. Dies

würde
letztlich
eine
Umkehr
der
Beweislast
bedeuten
(vgl.
Urteil
des

Bundesgerichts C 66/04 E. 3.2 und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2279/2021
vom 14. Juni 2023 E. 2.9).

E. 5.1.2

mit Hinweisen), welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden

inkl.
allfälliger
Mehrstunden,
die
wirtschaftlich
bedingten
Ausfall stunden
sowie
über

alle
übrigen
Absenzen
(wie
Ferien,
Krankheit,
Unfall
oder

Mili tärddienst) Auskunft gibt (Urteil des Bundesgerichts 8C_16/2024 und 8C_18/2024 vom 9. Juli 2024 E. 6.1) .

Die Arbeitszeiterfassung muss ferner gewährleisten, dass die Einträge nicht beliebig nachträglich abgeändert werden können, ohne dass dies im System vermerkt wird . Auch diese Voraussetzung erfüllen die erst nachträglich erstellten Dokumente nicht . Demzufolge kann auf Grund der von der Beschwerdeführerin eingereichten Excel-Listen nicht auf eine zeitgleiche, täglich fortlaufend geführte Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin geschlossen werden . 3. 2

Da
gemäss
der
erwähnten
Rechtsprechung
(vorstehend
E.

E. 5.2

Gemäss der Rechtsprechung 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

Arbeitgeberin

beziehungsweise

mit

einem

Einblick

in

ihr

Arbeitserfassungssystem beurteilen (Urteil des Bundesgerichts 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2),

was zusätzlicher vertiefter Abklärungen bedarf (vgl. BGE 124 V 380 E.

2c).

Diese vertieften Abklärungen sind nicht Aufgabe der Arbeitslosenkasse beziehungsweise der Beschwerdegegnerin , sondern der

Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, die vom Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)

geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), welche stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen zu prüfen hat (Art. 110 Abs. 4 AVIV).

Diese Normierung verkäme zum toten Buchstaben, wenn bereits die

Leistungszusprechung durch die Arbeitslosenkasse eine Anerkennung der

Rechtsgültigkeit der Kurzarbeitsentschädigung bedeuten würde. Demzufolge vermag selbst

eine

vorbehaltlose

Auszahlung

über

eine

längere

Zeitdauer

von

Kurz arbeitsentschädigung

durch

eine

Arbeitslosenkasse

gemäss

der

Rechtsprechung

keinen Vertrauensschutz zu begründen (Urteile des Bundesgerichts 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6 und 8C_652/2012 vom 6. Dezember

2012 E. 5.2.2). Anders

verhält

es

sich

nur

dann,

wenn

die

Arbeitslosenklasse

auf

konkrete

Anfrage

hin

der

Arbeitgeber in

ausdrücklich

bestätigt

hätte,

dass

das

verwendete

Kontrollsystem den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b Abs. 1

AVIV genügt (Urteil des Bundesgerichts 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.2 ; vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_504/2023 vom 28. September 2023 E. 3.3).

E. 5.3

Vorliegend

hat

die

Beschwerdeführerin

nicht
dargetan,
auf
welche
Weise
die
Beschwerdegegnerin
überhaupt
Kenntnis
über
die
von
ihr
praktizierte
Art
der

Arbeitszeitkontrolle hätte erlangt haben sollen. Insbesondere ist nicht ersichtlich, aus welcher Quelle die Beschwerdeführerin selbst die Angaben , welche sie in den eingereichten Excel-Listen eingetragen hat, bezogen hatte und ob sie sich dafür auf ein

eigentliches
betriebsinternes
Arbeitserfassungssystem
abgestützt
hatte

oder nicht . Die Beschwerdeführerin erklärt denn auch nicht, wie die Beschwerdegegnerin hätte beurteilen können sollen, ob die Angaben in den nachträglich erstellten Excel-Listen korrekt seien.

E. 5.4

Nach Gesagtem war die Beschwerdegegnerin nicht verpflichtet , zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin

über
ein
rechtsgenügendes
betriebsinternes

Arbeitserfassungssystem

verfügt

oder

nicht ,

und

ob

der

behauptete

Arbeitsausfall

daher

kontrollierbar und anrechenbar ist.

Diese Aufgabe oblag vielmehr dem SECO , welche s zu diesem Zweck stichprobenweise Arbeitgeberkontrollen durchführen kann . Den Akten ist sodann nicht zu entnehmen, dass die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin zugesichert hätte, dass sie ihre betriebliche

Arbeitszeitkontrolle geprüft und als genügend beurteilt habe. Vielmehr hat die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin wiederholt aufgefordert, beweistaugliche Unterlagen

einzureichen

(vgl.

Urk.

7/660,

Urk.

7/609,

Urk.

7/677-678,

Urk.

7/679,

Urk. 7/236). Demzufolge vermag die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung durch die Beschwerdegegnerin keinen entsprechenden Vertrauensschutz bei der Beschwerdeführerin auszulösen.

E. 5.5

Den

Akten

ist

zu

entnehmen,

dass

die

Beschwerdegegnerin

die

Beschwerdeführerin in den Verfügungen betreffend Voranmeldung für Kurzarbeit jeweils ausdrücklich

darauf

hingewiesen

hat,

dass

sie

verpflichtet

war,

für

die

von

der

Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) zu führen, welche täglich über die geleisteten

Arbeitsstunden,

inklusive

anfälliger

Mehrstunden,

die

wirtschaftlich

bedingten Ausfallstunden sowie über sämtlichen übrigen Absenzen wie beispielsweise Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärdienstabwesenheiten Auskunft geben muss, und dass sie verpflichtet war, die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (vgl. Urteil 7/772). Demzufolge ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführerin die Anforderungen an die von ihr zu führende betriebliche Arbeitszeitkontrolle grundsätzlich bekannt waren . 6.

E. 6

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 kann.
Wesentlich sind die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung
(Urteil des Bundesgerichts 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.3). Zeitgleich ist eine
Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nicht beliebig nachträglich abgeändert
werden können, ohne dass dies (im System) vermerkt wird (Urteile des
Bundesverwaltungsgerichts B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4 , bestätigt

im
Urteil
des
Bundesgerichts
8C_504/2023
vom
28.
September
2023

E. 3.1-3.2, und B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Eine rechtsgenügende
Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die
erst nachträglich erstellt wurden (Urteile des Bundesgerichts C 64/04 vom 19. August 2004
E. 2.1 und C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2).

E. 6.1

Unrechtmässig
bezogene
Leistungen
der
Arbeitslosenversicherung
sind
zurückzuerstatten

(Art.

Abs.

1

AVIG

in

Verbindung

mit

Art.

25

ATSG) .

Zu

Unrecht

ausbezahlte

Kurzarbeitsentschädigungen

werden

durch

die

Arbeitslosenkasse

von

der

Arbeitgeberin zurückgefordert (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Nach Art. 25 Abs. 2 ATSG erlischt der Rückforderungsanspruch drei Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung

davon

Kenntnis

erhalten

hat,

spätestens

aber

fünf

Jahre

seit

der

Auszahlung

der

einzelnen

Leistung.

Bei

diesen

Fristen

handelt

es

sich

um

Verwirkungsfri-
sten.

Unter

dem

Ausdruck

«nachdem

die

Versicherungseinrichtung

davon

Kenntnis

erhalten hat» ist der Zeitpunkt zu verstehen, in dem die Verwaltung bei Beachtung der
ihr

zumutbaren

Aufmerksamkeit

hätte

erkennen

müssen,

dass

die

Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen, oder mit andern Worten, in welchem
sich der Versicherungsträger hätte Rechenschaft geben müssen über Grundsatz, Ausmass

und

Adressat

des

Rückforderungsanspruchs.

Ist

für

die

Leistungsfestsetzung (oder die Rückforderung) das Zusammenwirken mehrerer mit der Durchführung

der

Versicherung

betrauter

Behörden

notwendig,

genügt

es

für

den

Beginn

des Fristenlaufs, dass die nach der Rechtsprechung erforderliche Kenntnis bei einer der zuständigen Verwaltungsstellen vorhanden ist (BGE 146 V 217 E. 2.1 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 9C_201/2023 vom 3. April 2024 E. 9.1, nicht veröffentlicht in BGE 150 V 178).

E. 6.2

Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG, in der bis 31. Dezember 2020 gültig gewesen Fassung, lautete folgendermassen: «Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung». Gemäss der Übergangsbestimmung zur Änderung des ATSG vom 21. Juni 2019 von Art. 82a ATSG gilt für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung beim erstinstanzlichen Gericht hängige Beschwerden das bisherige Recht. Eine mit Art. 49 des Schlusstitels des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (SchlT

ZGB)

vergleichbare

Übergangsbestimmung

zur

Revision

der

Verjährungsbestimmungen enthält das ATSG nicht. Fehlt im Gesetz eine Übergangsbestimmung, hat das Gericht zu prüfen, welche Übergangsordnung zu treffen ist, wobei es aufgrund allgemeiner übergangsrechtlicher Grundsätze entscheidet (BGE 131 V 425 E. 5.1). Nach der Rechtsprechung sind die Verjährungs- oder Verwirkungsbestimmungen des neuen Rechts auf altrechtliche Ansprüche anwendbar, sofern diese vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstanden und fällig, aber vor diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt oder verwirkt sind (BGE 131 V 425 E. 5.2). Damit

übereinstimmend bestimmt Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB für die Verjährungsbestimmen des Zivilrechts, dass, wenn das neue Recht eine längere Frist als das bisherige Recht vorsieht, das neue Recht gilt, sofern die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist.

E. 6.3

Da vorliegend die Rückerstattung von Leistungen, welche für den Zeitraum von Oktober 2020 bis April 2021 (vgl. Urk. 7/379-383) ausgerichtet wurden, im Streite steht, war die Verwirkung am 31. Dezember 2020 in Anwendung von Art. 25 Abs. 2 ATSG, in der bis 31. Dezember 2020 gültig gewesen Fassung, noch nicht eingetreten , weshalb Art. 25 Abs. 2 ATSG, in der ab 1. Januar 2021 geltenden Fassung, anzuwenden ist .

6. 4

Art.

25

Abs.

1

ATSG

knüpft

die

Rückerstattungspflicht

an

einen

unrechtmässigen

Leistungsbezug

an.

Eine

Rückforderung

rechtsbeständig

zugesprochener

Leistungen unterliegt den üblichen Rückkommensvoraussetzungen der prozessualen Revision (Art.

53 Abs. 1 ATSG) oder der Wiedererwägung wegen zweifelloser Unrichtigkeit und erheblicher Bedeutung der Berichtigung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) unabhängig davon, ob die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen förmlich oder formlos verfügt worden sind (BGE 142 V 259 E. 3.2, 129 V 110 E. 1.1; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_790/2018 vom 9. April 2019 E. 4.1). 6. 5

Gemäss

der

Rechtsprechung

stellt
die
Bestimmbarkeit
beziehungsweise
die
ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls
nach Art. 31 Abs. 3 lit . a AVIG eine materiell-rechtliche
Anspruchsvoraussetzung
dar ,
deren
Nichterfüllung,
wie
vorliegend,
die
Unrichtigkeit
der
Leistungszusprache
begründet
(vgl.
Urteil
des
Bundesverwaltungsgerichts
B-2279/2021
vom

E. 7
Ziff. 11).

E. 12
S.
3).
Dem
ebenfalls
undatierten
und
nicht

unterzeichneten
Dokument
«Erklärung
zur
Erstellung
der
Excel-Liste
über
Ausfallstunden
der
Therapeuten»
(Urk.
13/5)
ist
zu
entnehmen,
dass
pro
Therapeut
wöchentlich
eine
separate
Liste
erstellt
und
darin
festgehalten
worden
sei,
wie
viele
Termine
in
der

jeweiligen

Woche abgesagt worden seien. Die Gründe für die Absagen seien nicht in dieser Liste,

sondern

direkt

in

den

Agenden

der

Therapeuten

notiert

worden.

Die

wöchentlich

erstellten

Listen

seien

dem

Geschäftsführer

Herrn

A.____

weitergeleitet

wor den, welcher diese Daten gesammelt und in seiner eigenen Excel-Liste zu einer monatlichen Übersicht der Ausfallstunden zusammengefasst habe. Anhaltspunkte für

eine

tägliche

und

zeitgleiche

Erfassung

sind

indes

nicht

ersichtlich ,

im

Gegen teil

wurde n
die
Listen
der
einzelnen
Therapeuten
wöchentlich
und
die
darauf
beruhenden
Übersichtslisten
unbestrittenermassen
monatlich
erstellt .
Damit
fehlt
es
den

eingereichten Listen insbesondere am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung im Sinne einer Arbeitszeitkontrolle (Stempelkarten, Stundenrapporte, elektronische Zeiterfassungssysteme; vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E.

E. 14

Juni
2023

E.
3).

Nach
dem

Gesagten

erweist sich die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung in der Abrechnungsperiode Oktober 2020 bis April 2021 als offensichtlich unrichtig, womit ein Wiedererwägungsgrund ausgewiesen ist. Die Berichtigung ist, angesichts des in Frage stehenden Betrags von

Fr. 261'277.65 , von erheblicher Bedeutung . 6. 6

Demzufolge ist das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache

durch
die
Beschwerdegegnerin
mit
der
Verfügung
vom

E. 16

November
2022
(Urk.
7/379-383)

die dreijährige relative und die absolute fünfjährige Verwirkungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG

noch nicht abgelaufen waren, ist die streitige Rückerstattungsforderung noch nicht verwirkt. 7.

In
masslicher
Hinsicht
wird
die Bemessung
der
Rückerstattung
im
Betrag
von
Fr.

261'277.65 durch die Beschwerdeführerin zu Recht nicht bestritten, weshalb es hierbei sein Bewenden hat.

Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Rainer Deecke - Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich - seco - Direktion für Arbeit - Amt für Arbeit (AFA) 4.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde

eingereicht

werden

(Art.

82

ff.

in

Verbindung

mit

Art.

90

ff.

des

Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die

Beschwerdeschrift

hat

die

Begehren,

deren

Begründung

mit

Angabe

der

Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsvertretung zu

enthalten;

der

angefochtene

Entscheid

sowie

die

als

Beweismittel

angerufenen

Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die VorsitzendeDer Gerichtsschreiber

Grieder-MartensVolz

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