



## **Urteil vom 22. Februar 2022**

---

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),  
Richterin Mia Fuchs, Richter Francesco Brentani,  
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ GmbH,**  
vertreten durch  
Alessandra Perrella, Rechtsanwältin,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

**Sachverhalt:****A.**

Die X. \_\_\_\_\_ GmbH, (Angaben zum Sitz) (nachfolgend: Beschwerdeführerin), wurde 2016 ins Handelsregister eingetragen und bezweckt die Ausführung von Maler-, Gipserarbeiten sowie die Erbringung von Baudienstleistungen aller Art, insbesondere Trocken- und Fassadenbau sowie Import und Vertrieb von Einrichtungsgegenständen, Fenster, Türen, Baumaterialien und anverwandte Artikel.

**A.a** Am 17. März 2020 meldete die Beschwerdeführerin beim Amt für Wirtschaft und Arbeit AWA des Kantons A. \_\_\_\_\_ Kurzarbeit für den gesamten Betrieb an. Zur Begründung gab sie an, ihr Auftraggeber habe ihr mitgeteilt, dass er die Baustellen am 20. März 2020 schliesse.

**A.b** Mit Verfügung vom 31. März 2020 bewilligte das Amt für Wirtschaft und Arbeit AWA des Kantons A. \_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin Kurzarbeit für den Zeitraum vom 17. März bis zum 16. September 2020 unter Vorbehalt der Erfüllung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Die öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) richtete der Beschwerdeführerin für den Zeitraum vom 17. März bis zum 31. August 2020 Kurzarbeitsentschädigungen von insgesamt Fr. 525'371.– aus.

**A.c** Mit E-Mail vom 21. Oktober 2020 kündigte die Vorinstanz, nach vorgängigem Telefonat mit der Beschwerdeführerin, eine Arbeitgeberkontrolle am 3. November 2020 an und wies darauf hin, dass sämtliche betriebliche Unterlagen 2019/2020 vor Ort verfügbar sein müssten. Der damalige Treuhänder der Beschwerdeführerin teilte der Vorinstanz am 30. Oktober 2020 mit, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin an diesem Tag nicht im Büro sei und die Kontrolle in den Räumlichkeiten des Treuhandbüros stattfinden könne. Mit E-Mail vom 1. November 2020 erklärte der Treuhänder gegenüber der Vorinstanz, dass der Treuhandvertrag mit der Beschwerdeführerin wegen ausstehender Rechnungen per sofort beendet worden sei und die Vorinstanz wegen des Kontrolltermins mit der Beschwerdeführerin Kontakt aufnehmen solle. Mit E-Mail vom 2. November 2020 teilte die Vorinstanz dem Treuhänder mit, dass die Kontrolle am Firmensitz stattfinden müsse und sämtliche Unterlagen dort verfügbar sein müssten. Mit E-Mail vom 3. November 2020 informierte der Treuhänder die Vorinstanz, dass sämtliche Unterlagen der Beschwerdeführerin bereits retourniert worden seien. Mit E-Mail vom 4. November 2020 meldete sich

eine Versicherungsbrokerin bei der Vorinstanz und teilte mit, dass die Beschwerdeführerin die Kontrolle in den Räumlichkeiten der Versicherungsbrokerin abhalten wolle und der Absender aus sprachlichen Gründen am Termin dabei sein werde. Die Vorinstanz antwortete, dass als Revisionsort der Firmensitz abgemacht und ihr von der Beschwerdeführerin versichert worden sei, dass sämtliche Unterlagen vor Ort verfügbar sein würden.

**A.d** Am 5. November 2020 führte der Revisionsdienst der Arbeitslosenversicherung schliesslich die Arbeitgeberkontrolle bei der Beschwerdeführerin durch und überprüfte die beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen auf ihre Rechtmässigkeit hin. Vor Ort waren nur wenige betriebliche Unterlagen vorhanden. Der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin erklärte, die Arbeitsverträge und die Barauszahlungsbelege für die Lohnzahlungen befänden sich bei den Arbeitnehmern. Er bestätigte gegenüber den Inspektoren der Vorinstanz schriftlich, dass Arbeitszeiterfassungen geführt worden seien, sich diese jedoch beim Vorarbeiter befänden. Barquittungen der Lohnzahlungen und Arbeitsverträge müssten bei den Mitarbeitern beschafft werden. Ferner bestätigte er, davon Kenntnis genommen zu haben, dass die Arbeitszeiterfassungen nur akzeptiert werden könnten, wenn sie gleichentags bis 16 Uhr den Inspektoren übergeben würden. Es wurde vereinbart, dass die Inspektoren, falls der Vorarbeiter gleichentags noch erreicht werden könne, sämtliche Zeiterfassungen bei diesem abholen würden.

**A.e** Die Ehefrau des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin meldete sich am 5. November 2020 im späteren Verlauf des Tages telefonisch bei der Vorinstanz und erklärte, die Zeiterfassungen seien nun abgeholt worden und würden mit A-Post zugesandt. Die Arbeitsverträge und Barzahlungsquittungen wurden der Vorinstanz in der Folgewoche zugestellt.

**A.f** Mit Revisionsverfügung vom 3. Dezember 2020 kam das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin Versicherungsleistungen für den Zeitraum von März bis August 2020 in der Höhe von Fr. 525'371.– unrechtmässig bezogen habe. Die Beschwerdeführerin habe keine genügenden Unterlagen vorgelegt, aus denen hervorgehe, ob und in welchem Umfang die in den Kurzarbeitsabrechnungen aufgeführten Arbeitnehmenden bei ihr tätig gewesen seien. Es lasse sich daher kein Arbeitsausfall bestimmen, weshalb im Prüfungszeitraum kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die geltend gemachten Mitarbeitenden bestehe. Die Vorinstanz verpflichtete

die Beschwerdeführerin zur Rückerstattung des Betrags innert 90 Tagen an die Arbeitslosenkasse.

**A.g** Mit Einsprache vom 14. Januar 2021 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Revisionsverfügung vom 3. Dezember 2020 und die Befreiung von der Rückerstattung.

**B.**

Mit Entscheid vom 11. März 2021 wies die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin ab und bestätigte die Rückforderung im Umfang von Fr. 525'371.–. Die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen seien innert 90 Tagen der Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten.

**C.**

Mit Eingabe vom 20. April 2021 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der Einspracheentscheid vom 11. März 2021 sowie die Revisionsverfügung vom 3. Dezember 2020 seien vollumfänglich aufzuheben. Die Beschwerdeführerin sei von der Rückerstattung der bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen für die Monate März bis August 2020 im Umfang von Fr. 526'371.– (recte: Fr. 525'371.–) zu befreien.

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 15. Juli 2020 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Rechtsbegehren. Die mit Revisionsverfügung vom 3. Dezember 2020 bzw. Einspracheentscheid vom 11. März 2021 verfügte Rückforderung von Fr. 525'371.– sei zu bestätigen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist zur 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 Verwaltungsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

**1.2** Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37

VGG). Vorbehalten bleiben nach Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (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).

**1.3** Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet einzig der vorinstanzliche Einspracheentscheid vom 11. März 2021. Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren denn auch erst durch den Einspracheentscheid abgeschlossen, welcher die ursprüngliche Verfügung ersetzt (BGE 142 V 337 E. 3.2.1 in fine). Soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren die Aufhebung der Revisionsverfügung vom 3. Dezember 2020 beantragt, ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

**1.4** Die Beschwerdeführerin ist eine GmbH nach Art. 722 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und anwaltlich vertreten. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG). Sie hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), 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). Auf die Beschwerde ist einzutreten, soweit sie sich gegen den Einspracheentscheid vom 11. März 2021 richtet.

## **2.**

**2.1** Die Vorinstanz begründet die Rückforderung mit der fehlenden Bestimm- und Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls. Damit sei eine Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigungen nicht erfüllt, weshalb die Auszahlung zu Unrecht erfolgt sei. An der Arbeitgeberkontrolle seien keine Arbeitsverträge, Arbeitszeiterfassungen oder Unterlagen vorgelegt worden, die belegten, ob und in welchem Umfang die in den Kurzarbeitsabrechnungen aufgeführten Arbeitnehmer bei der Beschwerdeführerin tätig gewesen seien. Nachgereichte Unterlagen könnten nur akzeptiert werden, wenn Rückschlüsse auf deren Authentizität möglich seien. Dies sei vorliegend nicht der Fall, was die Beschwerdeführerin, welcher die Beweislast für die Bestimm- und Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls obliege, zu verantworten habe. Es seien teilweise Arbeiten vorgenommen

worden, ohne dass entsprechende Arbeitszeiterfassungen bestünden. Da die Löhne angeblich bar ausgerichtet worden seien, könne auch gestützt darauf nicht bestimmt werden, in welchem Umfang die Mitarbeitenden tatsächlich für die Beschwerdeführerin tätig gewesen seien. Zudem bestünden Ungereimtheiten in Bezug auf die nachgereichten Arbeitsverträge. Angesichts des Ausmasses könne nicht von einzelnen Fehlern ausgegangen werden. Es müsse mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die vorgelegten Unterlagen nachträglich erstellt bzw. gefälscht worden seien und nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprächen. In welchem Umfang bei wie vielen Mitarbeitenden tatsächlich ein Arbeitsausfall entstanden sei, habe nicht festgestellt werden können. Deshalb bestünden begründete Zweifel an der Korrektheit des ausgewiesenen Arbeitsausfalls. Die Revisionsverfügung und der Einspracheentscheid seien rechtmässig.

**2.2** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihrer Mitwirkungsrechte an der Beweiserhebung, weshalb die Beweise nicht verwertet werden dürften und der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sei. Weiter müsse davon ausgegangen werden, dass die Vorinstanz über geheime Akten verfüge. Die Vorinstanz sei ihrer Beweisführungspflicht nicht nachgekommen und habe die rechtsrelevanten Umstände falsch ermittelt. Sie habe nicht beweisen können, dass die Voraussetzungen für die Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigungen nicht erfüllt gewesen seien. Die Arbeitsverhältnisse, für welche Kurzarbeitsentschädigungen beantragt worden seien, existierten. Es sei nicht bewiesen, dass Arbeitsverträge, Barquittungen und Lohnabrechnungen nachträglich erstellt worden seien und inhaltlich nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hätten. Die Anspruchsvoraussetzungen seien erfüllt gewesen: Die Arbeit sei ganz eingestellt worden, die Arbeitnehmenden seien beitragspflichtig und der Arbeitsausfall anrechenbar. Da die Ausfallstunden von April bis August 2020 100 % betragen hätten, habe auch keine Arbeitszeit registriert werden können und eine detaillierte Aufzeichnung der Arbeitszeit sei nicht notwendig gewesen. Die der Arbeitslosenkasse eingereichten Unterlagen hätten offensichtlich für die Zusprache von Kurzarbeitsentschädigungen genügt, weshalb das Revisionsverfahren unzulässig sei. Ausserdem sei die Verfügung schon wegen des verspätet eingeleiteten Verfahrens aufzuheben.

### **3.**

**3.1** Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantiert die ordnungsgemässe

Anwendung des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts (Urteil des BGer 2C\_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2; BVGE 2018 IV/5 E. 4.3). Das Verfahren vor einer Bundesbehörde im Geltungsbereich des ATSG (das vorliegend gestützt auf Art. 1 Abs. 1 AVIG anwendbar ist; vgl. E. 1.2) richtet sich nach dem VwVG, ausser wenn sie, wie vorliegend, über sozialversicherungsrechtliche Leistungen, Forderungen und Anordnungen entscheidet. (Art. 55 Abs. 2 ATSG; vgl. Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> VwVG; UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 [nachfolgend: Kommentar ATSG], Art. 55 N 32 und N 35). Entscheidet eine Bundesbehörde über entsprechende Leistungen, Forderungen und Anordnungen, richtet sich das Verfahren zunächst nach den Art. 27 bis Art. 54 ATSG (was etwa die Notwendigkeit der Durchführung eines Einspracheverfahrens mit sich bringt) bzw. nach dem anzuwendenden versicherungszweigspezifischen Einzelgesetz. Soweit damit ein Verfahrensbereich nicht abschliessend geregelt wird, kommt ergänzend das VwVG zur Anwendung (Art. 55 Abs. 1 ATSG; BGE 137 V 210 E. 3.4; KIESER, Kommentar ATSG, Art. 55 N 36). Dies gilt u.a. für Art. 12 ff. VwVG (BGE 135 V 254 E. 3.3.1 zum Sachverständigen-gutachten; KIESER, Kommentar ATSG, Art. 55 N 26), Art. 18 VwVG (BGE 132 V 443 E. 3.3) und Art. 19 VwVG (BGE 137 V 210 E. 3.4.2; vgl. Urteil des BGer 8C\_834/2013 vom 18. Juli 2014 E. 5.1; KIESER, Kommentar ATSG, Art. 55 N 26).

**3.2** Der Versicherungsträger prüft die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein. Mündlich erteilte Auskünfte sind schriftlich festzuhalten (Art. 43 Abs. 1 ATSG). Diese Bestimmung ist (sinngemäss) auch auf das Verfahren vor der Vorinstanz anwendbar (vgl. E. 3.1). Verschiedene Aspekte der Abklärungspflicht sind nicht durch das Gesetz geregelt, sodass dafür auf die subsidiär massgebenden Bestimmungen des VwVG zurückgegriffen werden muss (KIESER, Kommentar ATSG, Art. 43 N 6). Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der genannten Beweismittel, wobei deren Aufzählung nicht abschliessend ist (Urteil des BVer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.2). Art. 12 Bst. c VwVG nennt Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen als mögliche Beweismittel. Die Behörde hat im Rahmen des Zumutbaren den entscheidenderheblich erscheinenden Umständen nachzugehen (Urteil des BVer B-616/2012 vom 11. Juli 2012 E. 2.2.1). Entscheid- bzw. rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche die tatbestandlichen Voraussetzungen der anwendbaren Norm erfüllen (Urteil des BGer 2C\_168/2019 vom 15. April 2019 E. 2.5).

**3.3** Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör. Sie müssen nicht angehört werden vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind (Art. 42 ATSG). Art. 42 ATSG entspricht im Wesentlichen der Ordnung gemäss Art. 29 und Art. 30 Abs. 2 Bst. b VwVG (BGE 132 V 368 E. 4.2). Art. 29 VwVG räumt den Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör ein. Nach Art. 30 Abs. 2 Bst. b VwVG braucht die Behörde die Parteien nicht anzuhören vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind. Der Gesetzgeber wollte mit Art. 42 Satz 2 ATSG bezüglich des Anspruchs auf Anhörung der Parteien vor Verfügungen, die durch Einsprache anfechtbar sind, eine abschliessende Regelung treffen. Ein Rückgriff auf das VwVG, wie ihn Art. 55 Abs. 1 ATSG für den Fall statuiert, dass sich in den Art. 27 bis 54 ATSG oder in den Einzelgesetzen keine abschliessende Verfahrensregelung findet, ist daher nicht notwendig (BGE 132 V 368 E. 4.2).

**3.4** Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung ihrer Mitwirkungsrechte an der Beweiserhebung. Die Beweise dürften nicht verwertet werden und der Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt. Dies betreffe die schriftlichen Auskünfte B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, an welchen sie nicht habe teilnehmen, Ergänzungsfragen stellen und sich dazu äussern können. Die schriftliche Informationsbeschaffung bedeute eine Verletzung des Konfrontationsrechts und sei für das vorliegende Verfahren beweisuntauglich. Bei der Auskunft D.\_\_\_\_\_ handle es sich um eine Telefonnotiz der Vorinstanz, deren Korrektheit nicht überprüft werden könne. Auskünfte müssten aber schriftlich eingeholt werden, damit die betroffene Partei ihre Parteirechte wahren könne. Ausserdem könne die Verwaltung bei telefonischen Auskünften keinen persönlichen Eindruck gewinnen, ohne den die Unbefangenheit des Befragten und die Glaubwürdigkeit seiner Auskünfte nur schwer zu beurteilen seien. Die Aussage D.\_\_\_\_\_ dürfe daher auch nicht verwendet werden. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin anlässlich der Einspracheerhebung keine Kenntnis von dieser Aussage gehabt.

**3.5** Die Vorinstanz führt aus, bei der Einholung von verschiedenen Auskünften, die zu berechtigten Zweifeln an der Bestimm- und Kontrollierbarkeit der geltend gemachten Arbeitsausfälle geführt hätten, seien die verfahrensrechtlichen Vorgaben eingehalten und das rechtliche Gehör gewahrt worden. Die Befragung von Auskunftspersonen und die Durchführung von Zeugeneinvernahmen stünden alternativ zur Verfügung, wobei Letztere subsidiär seien.

**3.6** Die Beschwerdeführerin will die fraglichen schriftlichen Auskünfte als Zeugenbefragungen verstanden haben. Damit verkennt sie, dass es sich

dabei um Auskünfte von Drittpersonen und nicht um Zeugenaussagen handelt. Ob die Vorinstanz selbständig überhaupt berechtigt wäre, Zeugeneinvernahmen anzuordnen, ist fraglich. Denn eine Zeugeneinvernahme muss durch eine der in Art. 14 Abs. 1 VwVG genannten Behörden angeordnet werden. Der Zeugenbeweis ist im Verwaltungsverfahrensrecht zudem subsidiär zu anderen Beweismitteln (Art. 14 Abs. 1 VwVG). Es muss ein Ausnahmegrund vorliegen (BGE 130 II 169 E. 2.3.3). Auskünfte von Parteien oder Dritten sind schriftlich einzuholen (BGE 130 II 473 E. 4.2; BGE 117 V 282 E. 4b). Die Verwertung von Auskünften i.S.v. Art. 12 Bst. c VwVG setzt die Gewährung des Anspruchs auf rechtliches Gehör voraus (BGE 130 II 169 E. 2.3.5). Beide Anforderungen sind vorliegend erfüllt: Die Auskünfte wurden schriftlich eingeholt und die Beschwerdeführerin konnte sich dazu, im Rahmen des Einspracheverfahrens, äussern. Die Rüge, wonach ihre Mitwirkungsrechte dabei verletzt worden seien, erweist sich daher als unbegründet.

**3.7** Eine formlos eingeholte und in einer Aktennotiz festgehaltene mündliche bzw. telefonische Auskunft stellt nach der Rechtsprechung nur insoweit ein zulässiges und taugliches Beweismittel dar, als damit blosser Nebenpunkte, namentlich Indizien oder Hilfstatsachen, festgestellt werden (BGE 130 II 473 E. 4.2; BGE 117 V 282 E. 4c). Aus den Akten geht hervor, dass eine Mitarbeiterin der Hotline Coronavirus der Vorinstanz mit E-Mail vom 11. Januar 2021 den Revisionsdienst der Vorinstanz darüber informiert hat, dass D. \_\_\_\_\_ sich gleichentags telefonisch gemeldet und welche Angaben er inhaltlich gemacht habe. Die Mitarbeiterin bittet den Revisionsdienst, den Fall zu übernehmen. Aus der Betreffzeile der E-Mail geht hervor, dass bei der Mitarbeiterin aufgrund der Äusserungen von D. \_\_\_\_\_ der Verdacht auf Missbrauch von Kurzarbeitsentschädigungen entstanden war. Mithin hat die Mitarbeiterin die Informationen lediglich an die intern zuständige Stelle weitergeleitet. Die Informationen wurden somit nicht von der Vorinstanz eingeholt. Diese erklärt, die fraglichen Äusserungen würden nicht den massgeblichen Zeitraum betreffen und seien darüber hinaus lediglich als Indiz für mögliche Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit Kurzarbeitsentschädigungen bei der Beschwerdeführerin gewertet worden, weshalb diese Äusserungen für das vorliegende Verfahren nur beschränkte Bedeutung hätten. Die E-Mail vom 11. Januar 2021 bildete seit diesem Zeitpunkt – d.h. nach Einspracheerhebung durch die Beschwerdeführerin – Bestandteil der Akten, jedoch wurde der Beschwerdeführerin das rechtliche Gehör dazu, soweit ersichtlich, vor Eröffnung des angefochtenen Einspracheentscheids nicht gewährt, obschon darin auf die Angaben von D. \_\_\_\_\_ Bezug genommen wird. Diese nicht besonders

schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 137 I 195 E. 2.3), was vorliegend zutrifft.

#### **4.**

**4.1** Gestützt auf Art. 55 Abs. 1 ATSG sind die Art. 26 f. VwVG betreffend Akteneinsicht ergänzend anwendbar (Urteil des BGer 8C\_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2; KIESER, ATSG-Kommentar, Art. 55 N 26 und Art. 47 N 23 ff.). Art. 26 VwVG regelt den Umfang der Akteneinsicht. Der Akteneinsicht unterliegen Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke sowie Niederschriften eröffneter Verfügungen (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Akten eines Verfahrens, die für dieses erstellt oder beigezogen wurden (BGE 144 II 427 E. 3.1.1). Anzuwenden sind ferner die in Art. 27 Abs. 1 VwVG zusätzlich zu Art. 47 ATSG genannten Gründe, um die Akteneinsicht zu verweigern. Nach Art. 47 Abs. 1 Bst. b ATSG steht, sofern überwiegende Privatinteressen gewahrt bleiben, die Akteneinsicht den Parteien zu für die Daten, die sie benötigen, um einen Anspruch oder eine Verpflichtung nach einem Sozialversicherungsgesetz zu wahren oder zu erfüllen oder um ein Rechtsmittel gegen eine auf Grund desselben Gesetzes erlassene Verfügung geltend zu machen.

**4.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Überprüfung der Kurzarbeitsentschädigungen sei durch Aussagen eines angeblichen Whistleblowers, dessen Identität sie nicht kenne, ausgelöst worden. In den Akten befänden sich aber weder ein Protokoll noch sonstige Unterlagen zum Inhalt oder Zeitpunkt dieser Aussage. Es könne daher nicht nachvollzogen werden, ob überhaupt Angaben und welchen Inhalts gemacht worden seien. Die Vorinstanz verfüge über geheime Akten, weshalb das Akteneinsichtsrecht verletzt sei. Die Aussagen des Whistleblowers seien aber ohnehin nicht beweistauglich, da sie aufgrund der Verletzung von Mitwirkungsrechten der Beschwerdeführerin nicht verwendet werden dürften.

**4.3** Die Vorinstanz führt aus, die Aussagen des Whistleblowers hätten, wie bereits im angefochtenen Entscheid dargelegt, ihre Feststellungen lediglich bestätigt. Die fehlende Bestimm- und Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls stütze sich auf die übrigen Unterlagen und Auskünfte. Es sei darüber

hinaus zulässig, die Einsicht in eine Anzeige betreffend den unrechtmässigen Bezug von Kurzarbeitsentschädigungen zu verweigern.

**4.4** Wenn sich nachträglich ergibt, dass die Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitsentschädigungen im fraglichen Umfang nicht erfüllt waren, sieht das Gesetz eine Rückforderung vor (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. E. 6). Vorliegend ist unerheblich, ob das Verfahren tatsächlich von einem Whistleblower angestossen wurde. Das Vorgehen der Vorinstanz ist jedenfalls von ihrem gesetzlichen Auftrag – der Überprüfung der Auszahlungen der Kassen nach Art. 83 Abs. 1 Bst. d und Abs. 3 AVIG, Art. 83a Abs. 3 AVIG und Art. 110 Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 (AVIV, SR 837.02) sowie der Überprüfung der ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen bei den Arbeitgebern (Art. 83a Abs. 3 AVIG und Art. 110 Abs. 4 AVIV) – gedeckt. Die Vorinstanz stützt den angefochtenen Entscheid genau besehen denn auch nicht auf die Angaben des Whistleblowers, sondern auf eigene Sachverhaltsabklärungen, zu deren Ergebnissen sich die Beschwerdeführerin äussern konnte, weshalb die Rüge an der Sache vorbeigeht. Eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts ist zudem nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin hat im vorinstanzlichen Verfahren auch kein entsprechendes Akteneinsichtsgesuch gestellt, obschon die Vorinstanz im Revisionsentscheid wiedergegeben hat, was der Whistleblower ihr mitgeteilt habe. Das Bundesgericht erachtet es im Übrigen als zulässig, die Akteneinsicht in eine Anzeige im Anwendungsbereich des ATSG zu verweigern, falls es dadurch möglich werde, den Urheber zu identifizieren (vgl. Urteil des BGer 9C\_499/2013 vom 20. Februar 2014 E. 6.4.3.2.1 f.). Zudem ist festzuhalten, dass Behörden allfällige Anzeigen entgegennehmen dürfen (vgl. Urteil des BGer 2C\_1026/2015 vom 18. Juli 2016 E. 2.2 zur Revisionsaufsichtsbehörde).

## **5.**

**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 Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32 AVIG), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist, der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er auf

wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG). Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben u.a. Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG).

**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). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; Urteil des BGer 8C\_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 2.3 in fine). Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, jederzeit möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes einzelnen Arbeitnehmers feststellen zu können. Dies entbindet die Verwaltung aber nicht davon, bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle, dem Betrieb die Gelegenheit zu geben, die Zweifel zu entkräften. Indessen liegt es nicht an der Behörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede zur Kurzarbeit angemeldete Person individuell zu beweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1).

**5.3** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe nicht bewiesen, dass die Anspruchsvoraussetzungen für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen nicht erfüllt gewesen seien. Es sei nicht bewiesen, dass Arbeitsverträge, Barquittungen und Lohnabrechnungen nachträglich erstellt worden seien und inhaltlich nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hätten. Die Arbeitsverhältnisse, für welche Kurzarbeitsentschädigungen beantragt worden seien, existierten. Die Anspruchsvoraussetzungen seien erfüllt gewesen: Die Arbeit sei ganz eingestellt worden, die Arbeitnehmer seien beitragspflichtig und der Arbeitsausfall anrechenbar. Da die Ausfallstunden 100 % betragen hätten, habe auch keine Arbeitszeit registriert werden können und eine detaillierte Aufzeichnung der

Arbeitszeit sei nicht notwendig gewesen. Wenn während einer Phase überhaupt keine Arbeit geleistet werde, könne auch keine Arbeitszeit registriert werden. Die Ist-Arbeitsstunden würden null betragen, die Soll-Arbeitsstunden ergäben sich aus den Arbeitsverträgen. Der Arbeitsausfall sei daher bestimm- und kontrollierbar. Die Vorinstanz ziehe aufgrund von einzelnen Unstimmigkeiten in Bezug auf einige Arbeitsverhältnisse Rückschlüsse auf alle Arbeitsverhältnisse. Das sei unzulässig. Die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass keine betrieblichen Unterlagen existierten, weil die Beschwerdeführerin erst ab Juli 2019 ihre Tätigkeit aufgenommen habe, erst Ende 2019 über eine verbesserte Auftragslage verfügt habe und die Buchhaltungsunterlagen vom Treuhänder nicht erhältlich gewesen seien.

**5.4** Die Vorinstanz führt aus, sie habe begründete Zweifel an der Korrektheit des geltend gemachten Arbeitsausfalls, an dessen Bestimm- und Kontrollierbarkeit. Das Fehlen von betrieblichen Unterlagen anlässlich der Kontrolle habe die Beschwerdeführerin zu verantworten. Gleiches gelte für den Umstand, dass keine Rückschlüsse auf die Authentizität der nachgereichten Unterlagen möglich seien. Zudem könne der anrechenbare Arbeitsausfall nur dann bestimmt und kontrolliert werden, wenn sowohl Sollarbeitszeit als auch die effektiv gearbeitete Zeit bekannt sei. Die Echtheit von Unterlagen, in denen Sollarbeitszeiten und massgebende Verdienste festgehalten seien, sei daher ebenso wichtig wie die Arbeitszeiterfassungen. Vorliegend bestünden Unstimmigkeiten beim ausgewiesenen Arbeitsausfall und Ungereimtheiten bei den nachgereichten Arbeitsverträgen. Eine Befreiung von der Arbeitszeiterfassung falle vorliegend nicht in Betracht, zumal es der Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitraum nie untersagt gewesen sei, Arbeiten auszuführen. Dass die Hauptauftraggeberin die Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin eingestellt habe, bedeute nicht, dass gar keine Arbeiten mehr hätten erledigt werden können (z.B. Reinigungs-, Wartungs- und Administrativarbeiten im Betrieb). Die Beschwerdeführerin habe den Arbeitsausfall per 20. März 2020 vorangemeldet. Gegenüber der Arbeitslosenkasse sei für alle Mitarbeiter ein Arbeitsausfall ab dem 17. März 2020 geltend gemacht worden. Es bestünden jedoch Hinweise, dass noch bis zum 30. März 2020 gearbeitet worden sei. Der Schadenminderungspflicht sei die Beschwerdeführerin zwar nachgekommen, da sie in der Einsprache dargelegt habe, es sei ihr nicht gelungen, weitere Aufträge zu erhalten. Diese Akquisebemühungen müssten allerdings in der Arbeitszeiterfassung ausgewiesen werden. Es sei drei Personen gekündigt worden, für die dennoch Kurzarbeitsentschädigungen abgerechnet worden seien. Der geltend gemachte Arbeitsausfall sei zusammengefasst schlicht nicht kontrollierbar.

## 5.5

**5.5.1** Die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen lässt sich regelmässig einzig anhand von detaillierten betrieblichen Unterlagen, namentlich aufgrund eines hinreichenden Zeiterfassungssystems im Sinne des Erfordernisses der täglich fortlaufenden Aufzeichnung feststellen (Urteil des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1). Dem Erfordernis der rechtsgenügelichen betrieblichen Arbeitszeitkontrolle wird ausschliesslich mit einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan (Urteil des BGer 8C\_469/2011 E. 6.2.1.2; Urteil des EVG C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4). Ein geltend gemachter Arbeitsausfall ist erst dann genügend kontrollierbar, wenn für jeden einzelnen Tag die geleistete Arbeitszeit überprüfbar ist (Urteil des EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a). Fehlen geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitznachweis, 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).

**5.5.2** Unter einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung versteht man ein System, bei welchem die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag und Arbeitnehmer in hinreichend verlässlichen Belegen wie Zeiterfassungskarten, Stunden-, Regie- oder Reiserapporten fortlaufend festgehalten werden (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Die gearbeiteten Stunden können elektronisch, mechanisch oder von Hand erfasst werden. Wesentlich ist allein, dass die Dokumentierung ausreichend detailliert ist und zeitgleich erfolgt (Urteil des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1). Zeitgleich ist eine Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nicht beliebig nachträglich abgeändert werden können, ohne dass dies vermerkt wird (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst nachträglich erstellt wurden (Urteile des EVG C 64/04 vom 19. August 2004 E. 2.1 und C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.1). Eine im Nachhinein präsentierte Zusammenstellung der angeblich tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden stellt kein adäquates Mittel für die Kontrolle des Arbeitsausfalls dar, weil es ihr am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung fehlt (Urteil des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1).

**5.5.3** Entscheidend ist sodann die jederzeitige Kontrollierbarkeit: Eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung

muss sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten jedes Arbeitnehmenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall machen können (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2). Nachträglich eingereichte Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können; andernfalls würde die vom Gesetz auferlegte Kontrollaufgabe der Verwaltung ihres Sinnes beraubt werden (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3).

**5.5.4** Eine Arbeitszeitkontrolle kann 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). Bei systematisch auftretenden Fehlern in der Arbeitszeitkontrolle gilt der Arbeitszeitausfall als nicht erstellt und die Antragstellenden haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Urteil des BVGer B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 3.5.2).

## **5.6**

**5.6.1** Aus den Akten geht hervor, dass anlässlich der Kontrolle im Betrieb lediglich Computerausdrucke verschiedener Lohnabrechnungen für den kontrollierten Zeitraum sowie unvollständige Kontoauszüge zweier Banken (Juli 2019 bis Oktober 2020) vorhanden waren. Es fehlten Arbeitszeiterfassungen, Arbeitsverträge, Unterlagen über Absenz- oder Ferienmeldungen, Bankbelege zu Lohnüberweisungen, die Buchhaltung sowie Arbeitsplanungen. Der Geschäftsführer erklärte, die Löhne teilweise bar bezahlt zu haben. Entsprechende Barzahlungsquittungen waren jedoch nicht vorhanden. Zu den fehlenden Arbeitsverträgen erklärte er, diese seien bei den Arbeitnehmern. Die Arbeitszeiterfassungen befänden sich beim Vorarbeiter, der am Kontrolltermin telefonisch nicht erreicht werden konnte. Weiter ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin vorgängig zur Kontrolle mehrfach darauf hingewiesen wurde und somit wusste, dass sämtliche betriebliche Unterlagen der Jahre 2019 und 2020 im Betrieb verfügbar sein mussten. Dies bestreitet sie denn auch nicht. Ferner ist aktenkundig, dass die Inspektoren mit dem Geschäftsführer ein Vorgehen vereinbart hatten, wie die erforderlichen Unterlagen gleichentags noch zu ihnen gelangen könnten, woran sich dieser jedoch nicht gehalten hatte. Wenige Arbeitszeiterfassungen (handschriftliche Stundenrapporte betreffend Januar bis März 2020)

wurden statt dessen am Kontrolltag per A-Post aufgeben und die Arbeitsverträge und Lohnauszahlungsquittungen erst in der Folgewoche per Post übermittelt.

**5.6.2** Die Beschwerdeführerin hat für 23 Personen (später für 21, nachdem der Bundesrat den Kreis der anspruchsberechtigten Personen wieder eingeschränkt hatte) einen gänzlichen Arbeitsausfall von März bis August 2020 geltend gemacht, weil ihre damals – gemäss eigenen Angaben – einzige Kundin ihr mit Brief vom 27. März 2020 (vorgängig mündlich) mitgeteilt hatte, die Zusammenarbeit mit den Subunternehmern wegen der gesundheitlichen Situation per sofort einzustellen. Zwar trifft es zu, dass in den Arbeitszeitkontrollen keine Arbeitszeit registriert werden kann, wenn während einer bestimmten Phase überhaupt keine Arbeit geleistet wurde (Urteil des BGer 8C\_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.3 zu Schlechtwetterentschädigungen). Dennoch ist es notwendig, dass auch ein allfälliger Gleitzeitsaldo, Absenzen infolge Ferien, Krankheit, Unfall oder Weiterbildung und sonstige Fehlzeiten sowie Mehrstunden tatsächlich und korrekt eingetragen werden (Urteil des BGer 8C\_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.4), was vorliegend nicht der Fall war. Der Schluss der Vorinstanz, wonach es unwahrscheinlich sei, dass während nahezu eines halben Jahres keine der 21 oder 23 genannten Personen, für die Kurzarbeitsentschädigungen bezogen wurden, auch nur an einem Tag gearbeitet hätte, krankheits- oder unfallbedingt abwesend gewesen sei oder Ferien bezogen hätte, ist deshalb nicht zu beanstanden. Der Umstand, dass die meisten Arbeitnehmer im Jahr 2019 noch gar nicht bei der Beschwerdeführerin tätig gewesen seien, wie sie vorbringt, erklärt nicht hinreichend, weshalb es während der fraglichen Zeit zu keinerlei Absenzen gekommen sein sollte.

**5.6.3** Es liegt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch kein Fall vor, in dem vom Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nach Art. 46b AVIV abgewichen werden könnte, weil deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch wäre, d.h. die prozessuale Formensstrengung exzessiv wäre, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt wäre, zum blossen Selbstzweck würde und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert würde (Urteil des BGer 8C\_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 2; Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2). Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, wurde dies für einen Betrieb bejaht, der auf Anordnung der Behörden wegen akuter Lawinengefahr schliessen musste und von der Stromversor-

gung sowie von Zufahrtsstrassen abgeschnitten war. Ein Arbeiten war somit aus objektiven Gründen unmöglich (Urteil des EVG C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2). Der vorliegende Fall ist damit nicht vergleichbar.

**5.6.4** Aktenkundig ist weiter, dass der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin sowie seine Ehefrau ab dem 17. April 2020 unbefristete Vollzeitstellen bei der Y. \_\_\_\_\_ AG angenommen hatten. Die Gesellschaft wurde im April 2020 ins Handelsregister eingetragen. Einziges Mitglied des Verwaltungsrats ist der Vorarbeiter der Beschwerdeführerin. Für August 2020 liegen Lohnabrechnungen vor. Gleichzeitig hatten der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer und seine Ehefrau Kurzarbeitsentschädigungen über die Beschwerdeführerin von März bis Mai 2020 abgerechnet (bei vollem Arbeitsausfall). Die Beschwerdeführerin hatte einspracheweise erklärt, die Y. \_\_\_\_\_ AG habe aufgrund der Pandemie ihre Geschäftstätigkeit nicht aufgenommen. Am 6. August 2020 hat die Gesellschaft ebenfalls Kurzarbeit angemeldet und später die Lohnabrechnungen für den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und seine Ehefrau für August 2020 eingereicht. Die Beschwerdeführerin hat für den Vorarbeiter zumindest von Juni bis August 2020 Kurzarbeitsentschädigungen erhalten (für März bis Mai 2020 unklar, da die Beschwerdeführerin die Mitarbeiter in diesen Abrechnungsperioden nur mit Nummern bezeichnet hatte). Der für den alleinigen Gesellschafter und Geschäftsführer und seine Ehefrau geltend gemachte Arbeitsausfall ist aufgrund dieser Aktenlage zumindest in Frage gestellt, zumal allfällige Akquisebemühungen (vgl. E. 5.4) ebenfalls nicht in einer Arbeitszeiterfassung ausgewiesen sind.

**5.6.5** Aus den Akten ergibt sich, dass die Arbeitsverhältnisse dreier Mitarbeiter, für die ein vollständiger Arbeitsausfall von März bis August 2020 geltend gemacht wurde und für die Kurzarbeitsentschädigungen bezogen worden waren, bereits gekündigt waren.

**5.6.5.1** Die Beschwerdeführerin kündigte B. \_\_\_\_\_ am 6. August 2020 fristlos. Mit Schreiben vom 10. August 2020 wehrte er sich gegen seine Kündigung und verlangte rund Fr. 28'700.– (ausstehende Löhne, Kinderzulagen). Eine Woche später meldete er sich zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung ab dem 6. August 2020 an. Am 19. August 2020 fand er eine Anstellung bei einem Personalverleiher und -vermittler (temporär). Dennoch machte die Beschwerdeführerin für August 2020 einen Arbeitsausfall geltend. In den vor Ort erhaltenen Akten ist eine Lohnabrechnung für den gesamten Monat, wobei vermerkt ist, dass der Mitarbeiter am

14. August und am 1. September 2020 den Lohn für August 2020 bar erhalten habe. In den nachgereichten Unterlagen befinden sich zwei Arbeitsverträge (vom 26. Juli 2019 im Stundenlohn; vom 20. Dezember 2019 im Monatslohn) sowie zwei Barquittungen für den Augustlohn. B.\_\_\_\_\_ hat der Vorinstanz eine Lohnabrechnung für Februar 2020 eingereicht. Diese weist eine Bezahlung im Stundenlohn aus, während dagegen die von der Beschwerdeführerin eingereichte Lohnabrechnung Februar 2020 einen Monatslohn ausweist. Zudem hat er der Vorinstanz seine handschriftlichen Arbeitszeiterfassungen eingereicht, welche Diskrepanzen zu den von der Beschwerdeführerin nachgereichten Stundenrapporten von Januar bis März 2020 aufweisen (Ort der Baustelle, tägliche Arbeitszeit). Gemäss den nachgereichten Stundenrapporten wurde nach dem 17. März 2020 nicht mehr gearbeitet, die Arbeitszeiterfassung von B.\_\_\_\_\_ weist aber geleistete Arbeit nach diesem Zeitpunkt aus. Auf Rückfragen der Vorinstanz hin erklärte er, im Stundenlohn angestellt gewesen zu sein, während seiner Anstellung nur zwei Barquittungen unterschrieben zu haben und im Zeitpunkt der Unterschrift des zweiten Arbeitsvertrags im Ausland gewesen zu sein. Die Beschwerdeführerin reicht im Beschwerdeverfahren eine schriftliche Erklärung von B.\_\_\_\_\_ vom 12. Dezember 2020 zum Beweis ein, dass sie die Kündigung im August 2020 wieder aufgehoben habe, der Arbeitsvertrag vom 20. Dezember 2019 (Monatslohn) rückdatiert gewesen sei und nach Aufhebung der Kündigung weiter gegolten habe, weshalb sie auch im August 2020 für den betroffenen Mitarbeiter Kurzarbeitsentschädigungen habe abrechnen dürfen. Aus dem RAV-Verlaufsprotokoll geht aber hervor, dass B.\_\_\_\_\_ am 22. September 2020 immer noch über einen Personalverleiher tätig war. Aufgrund dieser Aktenlage ist der Schluss der Vorinstanz, dass B.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin im August 2020 nicht zur Verfügung gestanden habe und die ausgewiesenen Ausfallstunden im März und im August 2020 nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hätten, nicht zu beanstanden.

**5.6.5.2** E.\_\_\_\_\_ erhielt von der Beschwerdeführerin ebenfalls die fristlose Kündigung am 6. August 2020. Er meldete sich am 23. September 2020 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Als letzte Arbeitgeberin gab er die Z.\_\_\_\_\_ AG an (Arbeitsvertrag vom 10. August 2020, Vollzeit). Dennoch hat die Beschwerdeführerin für August 2020 einen vollständigen Arbeitsausfall ausgewiesen. Bei den der Vorinstanz nachgereichten Unterlagen befinden sich eine entsprechende Lohnabrechnung sowie Barquittungen. Die Beschwerdeführerin reicht im Beschwerdeverfahren eine schriftliche Erklärung des Betroffenen zum Beweis ein, dass man sich geeinigt habe und die Kündigung nach einigen Tagen zurückgezogen worden

sei, weshalb er im August 2020 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigungen gehabt habe. Aufgrund der Aktenlage durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall zumindest fraglich war.

**5.6.5.3** C.\_\_\_\_\_ wurde von der Beschwerdeführerin während der Probezeit am 6. März 2020 per 13. März 2020 gekündigt. Der im Kündigungsschreiben genannte Arbeitsvertrag datiert vom 14. Februar 2020. C.\_\_\_\_\_ meldete sich am 9. März 2020 zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung an. Die Beschwerdeführerin machte von März bis August 2020 durchgehend einen vollständigen Arbeitsausfall geltend. Bei den der Vorinstanz nachträglich eingereichten Unterlagen befinden sich ein Arbeitsvertrag vom 31. Januar 2020, Lohnabrechnungen für Februar bis August 2020 und Barquittungen denselben Zeitraum betreffend. Die Tochter des Betroffenen gab gegenüber der Vorinstanz an, dass die Lohnabrechnungen und Barquittungen nicht den Tatsachen entsprechen würden und die Unterschriften gefälscht seien. Der Betroffene erhielt vorerst auch keine Arbeitslosenentschädigung, weil die Beschwerdeführerin sich weigerte, gegenüber der zuständigen Arbeitslosenkasse ihrer Auskunftspflicht nachzukommen (gegen den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin wurde diesbezüglich ein Strafbefehl erlassen). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Aussage der Tochter des Betroffenen könne nicht überprüft werden. Er sei sehr wohl weiterhin für die Beschwerdeführerin tätig gewesen. Er habe sich aber doppelt zahlen lassen (durch die Beschwerdeführerin und den Erhalt von Arbeitslosenentschädigung). Die Akten ergeben damit ein widersprüchliches Bild, weshalb der Schluss der Vorinstanz, dass die Glaubwürdigkeit des gegenüber der Arbeitslosenkasse ausgewiesenen Arbeitsausfalls beeinträchtigt sei, nicht zu beanstanden ist.

**5.6.6** Die Beschwerdeführerin reicht zum Beweis, dass die nachträglich eingereichten Arbeitsverträge, Barquittungen und Lohnabrechnungen entgegen der Ansicht der Vorinstanz echt seien, ein Schreiben der UNIA vom 1. April 2021 ein, in welchem diese im Namen eines Mitarbeiters das Arbeitsverhältnis mit der Beschwerdeführerin kündigt. Aus dem Schreiben ergebe sich, dass der Betroffene einen Arbeitsvertrag mit einem Bruttolohn von Fr. 5'000.– zuzüglich Spesen von Fr. 262.– mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen habe. Dies entspreche den übrigen Arbeitsverträgen, welche die Beschwerdeführerin jeweils geschlossen habe und die der Vorinstanz vorlägen. Die Beschwerdeführerin verkennt, dass alleine aus dem Umstand, dass dieser Arbeitsvertrag den übrigen von der Beschwerdefüh-

rerin nachträglich eingereichten Arbeitsverträgen entspricht, nicht geschlossen werden kann, dass Letztere nicht nachträglich erstellt worden wären oder den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hätten.

**5.6.7** Die Vorinstanz hat weitere Ungereimtheiten in den Unterlagen entdeckt. Beispielsweise werden in der gegenüber der Arbeitslosenkasse eingereichten Auflistung der Ausfallstunden bei zwei Mitarbeitenden in den Monaten März und April 2020 jeweils 4.5 Stunden ausgewiesen, aber auf den entsprechenden Anträgen jeweils ein Arbeitsausfall von 100 % angegeben.

**5.6.8** Der gegenüber der Arbeitslosenkasse ausgewiesene Arbeitsausfall ist demnach zweifelhaft. Die Vorinstanz durfte ferner ohne Bundesrecht zu verletzen davon ausgehen, dass die Authentizität der nachgereichten Unterlagen fraglich ist. Es bestehen in vielerlei Hinsicht Widersprüche. Die Beschwerdeführerin war im Hinblick auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigungen verpflichtet, den Arbeitsausfall im Rahmen einer überprüfbaren Arbeitszeitkontrolle zu erfassen (vgl. Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.2 betreffend Schlechtwetterentschädigungen). Sie verkennt, dass ihr die Beweislast für die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls obliegt (vgl. E. 5.2). Die Vorinstanz hat ihrerseits alles Zumutbare unternommen, die tatsächlichen Verhältnisse trotz mehrheitlich fehlender Unterlagen und widersprüchlicher Angaben und Unterlagen aufzuklären. Die bestehenden zahlreichen Widersprüche und Lücken konnten jedoch nicht ausgeräumt werden. Daher ist der Schluss der Vorinstanz, dass die Unterlagen den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht genügten und der Arbeitsausfall letztlich nicht bestimm- und kontrollierbar i.S.v. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sei, nicht zu beanstanden. Die Kurzarbeitsentschädigungen im Umfang von Fr. 525'371.– für den Zeitraum von März bis August 2020 wurden der Beschwerdeführerin demnach gesetzeswidrig und damit zu Unrecht ausgerichtet.

## **6.**

**6.1** Unrechtmässig ausgerichtete Leistungen der Arbeitslosenversicherung können zurückgefordert werden (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG), sofern die Voraussetzungen für ein wiedererwägungs- oder revisionsweises Zurückkommen auf die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung gegeben sind (Art. 53 ATSG; BGE 129 V 110 E. 1.2.3; Urteil des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August

2019 E. 3.2). Voraussetzungen für ein wiedererwägungsweises Zurückkommen auf die Auszahlungen sind, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Zusprache von Leistungen (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG) zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; BGE 122 V 367 E. 3; Urteil des BGer 8C\_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6). Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 Satz 2 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG).

**6.2** Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, die im SECO geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), überprüft u.a. die Auszahlungen der Kassen und überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen (Art. 83 Abs. 1 Bst. d und I AVIG). Sie und die von ihr beauftragten Treuhandstellen prüfen insbesondere stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (Art. 83a Abs. 1 AVIG ["Revision und Arbeitgeberkontrolle"] und Art. 110 Abs. 4 AVIV). Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen verfügt die Ausgleichsstelle, wobei das Inkasso der Arbeitslosenkasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 Abs. 2 AVIV). Die Revision der Auszahlungen stellt ein systematisch durchgeführtes und methodisch auf die Erfassung einer Vielzahl von Fällen ausgerichtetes Wiedererwägungsverfahren (mit den dabei geltenden Grundsätzen: zweifellose Unrichtigkeit der formell rechtskräftigen Leistungsverfügung, Berichtigung von erheblicher Bedeutung; vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG) dar, wobei nicht die Verwaltungsstelle, welche die Leistungsverfügungen erlassen hat, auf die Angelegenheit zurückkommt, sondern die dafür vom Gesetz vorgesehene höchste verantwortliche Instanz in Form der Ausgleichsstelle (Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5).

**6.3** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die angefochtene Verfügung sei schon wegen des verspätet eingeleiteten Revisionsverfahrens aufzuheben. Die relative Frist von 90 Tagen seit Entdeckung des Revisionsgrunds sei nicht eingehalten. Darüber hinaus macht sie geltend, es bestehe kein Revisionsgrund. Die der Arbeitslosenkasse eingereichten Unterlagen hätten offensichtlich für die Zusprache von Kurzarbeitsentschädigungen genügt, weshalb das Revisionsverfahren unzulässig sei. Die Nachlässigkeit der Kasse, keine zusätzlichen oder ergänzenden Unterlagen zu verlangen, könne nicht zu einem Revisionsverfahren führen.

**6.4** Die Vorinstanz erklärt, die Beschwerdeführerin scheine irrtümlich davon auszugehen, dass sich die Revisionsverfügung auf Art. 53 Abs. 1 ATSG stütze. Die Bezeichnung als Revisionsverfügung basiere jedoch auf den von der Vorinstanz bei den Durchführungsstellen der Arbeitslosenversicherung durchzuführenden Revisionen (Überprüfungen), ergebe sich somit aus der im Betrieb vorgenommenen Überprüfung und sei nicht gleichbedeutend mit dem in Art. 53 Abs. 1 ATSG genannten juristischen Begriff der Revision. Die Arbeitgeber gehörten nach Art. 76 Abs. 1 Bst. g AVIG zu den von der Vorinstanz zu revidierenden Durchführungsstellen. Im Übrigen seien die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung i.S.v. Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt.

**6.5** Die Beschwerdeführerin verkennt, dass die Vorinstanz wiedererwägungsweise auf die Auszahlungen zurückgekommen ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Rückkommenstitel bildet vorliegend nicht ein Revisionsgrund nach Art. 53 Abs. 1 ATSG, sondern die unrichtige Leistungszusprache (vgl. E. 5.6.8) und alsdann die erhebliche Bedeutung von deren Berichtigung (vgl. E. 6.7). Daher geht auch die Rüge der Beschwerdeführerin fehl, wonach das Revisionsverfahren verspätet eingeleitet worden sei. Eine zeitliche Befristung der Wiedererwägungsmöglichkeit besteht nicht (BGE 140 V 514; BGE 133 V 50 E. 4.2.2). Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts. Darunter fallen insbesondere eine Leistungszusprache ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen und eine unvollständige Sachverhaltsabklärung aufgrund einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Urteil des BGer 8C\_277/2020 vom 17. August 2020 E. 4.1). Der zeitliche Eintritt der Wirkung der Wiedererwägung ist beim Tatbestand des unrechtmässigen Leistungsbezugs in Art. 25 Abs. 1 ATSG geregelt, indem eine rückwirkende Korrektur vorzunehmen ist (KIESER, Kommentar ATSG, Art. 53 N 78).

**6.6** Soweit die Beschwerdeführerin rügt, die Arbeitslosenkasse hätte im Zeitpunkt der Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigungen die Bestimm- und Kontrollierbarkeit prüfen müssen, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die Arbeitslosenkasse hat keine vertiefte Prüfung aller Anspruchsvoraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigungen vorzunehmen (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 vorzunehmen 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) und sie ist nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (BGE 124 V 75 E. 4b/aa und bb). Anzumerken ist jedoch, 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 (Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2). Anlass zu ergänzenden Abklärungen können aber auch, wie vorliegend, erst die durch die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung nachträglich angeordneten Arbeitgeberkontrollen bilden. Insbesondere die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen lässt sich regelmässig einzig anhand von detaillierten betrieblichen Unterlagen, namentlich aufgrund eines hinreichenden Zeiterfassungssystems feststellen (vgl. E. 5.5.1). Diese Prüfung obliegt dem SECO. Die Rechtfertigung, dass dem Arbeitgeber 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 Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2).

**6.7** Die Bestimmbarkeit bzw. ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (*condition de fond*; statt vieler Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). Die Berichtigung ist, angesichts des in Frage stehenden Betrags, von erheblicher Bedeutung. Somit ist das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden. Die Höhe der Rückforderungssumme wird von der Beschwerdeführerin im Einzelnen nicht bestritten.

## 7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Abweisung der Einsprache gegen die Rückforderungsverfügung von Kurzarbeitsentschädigungen im Um-

fang von Fr. 525'371.– bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Der Antrag der Beschwerdeführerin, sie sei von der Rückerstattung zu befreien, ist damit ebenfalls unbegründet. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### **8.**

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. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 8'000.– festzusetzen. Es ist keine Parteient-schädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 8'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

und wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons A. \_\_\_\_\_

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 24. Februar 2022