



---

Abteilung II  
B-3764/2023

## Urteil vom 3. April 2024

---

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch  
Thomas Wehrlin, Rechtsanwalt,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Prof. Dr. Isabelle Häner und/oder Dr. Florian Brunner,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

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

Die X. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in [Angaben zum Sitz und Domizil] (nachfolgend: Beschwerdeführerin), ist gemäss Handelsregisterauszug ein Full Service Provider für Output Management, Business Process Outsourcing, Procurement, Datenmanagement, Marketing, Kommunikation und Druckdienstleistungen, sowie sämtliche damit zusammenhängende Tätigkeiten. Die Beschwerdeführerin bezog im Zeitraum März 2020 bis September 2021 Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 582'846.75.

**A.a** Am 13. Dezember 2022 führte die von der Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung beauftragte Treuhandstelle eine Arbeitgeberkontrolle im Betrieb der Beschwerdeführerin durch, überprüfte die beanspruchte Kurzarbeitsentschädigung auf ihre Rechtmässigkeit hin und stellte verschiedene Mängel fest.

**A.b** Mit Revisionsverfügung vom 16. März 2023 kam das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum März 2020 bis September 2021 Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 499'492.60 unrechtmässig bezogen habe und diese innert 90 Tagen der zuständigen Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten seien.

**A.c** Die Beschwerdeführerin ersuchte, inzwischen anwaltlich vertreten, mit Schreiben vom 24. März 2023 um Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 28. März 2023 stellte ihr die von der Ausgleichsstelle beauftragte Treuhandstelle die Akten zu. Mit Schreiben vom 11. April 2023 erklärte die Beschwerdeführerin, welche Aktenstücke fehlten und ersuchte um deren Zustellung. Mit Schreiben vom 14. April 2023 erhielt sie die geforderten Dokumente.

**A.d** Mit Einsprache vom 28. April 2023 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Revisionsverfügung. Eventualiter sei die Revisionsverfügung teilweise aufzuheben und die Rückerstattungsforderung gemäss den in der Einsprache dargelegten Korrekturen zu reduzieren.

**B.**

Mit Entscheid vom 2. Juni 2023 hiess die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin teilweise gut, hob die Verfügung vom 16. März 2023 auf und verfügte neu (Dispositiv-Ziff. 1). Sie bezifferte die Rückforderung neu auf Fr. 484'799.40 (Dispositiv-Ziff. 2). Die unrechtmässig bezogenen

Versicherungsleistungen seien innert 90 Tagen der kantonalen Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten (Dispositiv-Ziff. 3).

### **C.**

Mit Eingabe vom 4. Juli 2023 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der Einspracheentscheid sei aufzuheben. Eventualiter sei der Einspracheentscheid insoweit aufzuheben, als darin Kurzarbeitsentschädigung für das Jahr 2020 zurückgefordert werde, und die Rückforderungssumme sei auf maximal Fr. 271'392.55 zu reduzieren.

### **D.**

Mit Vernehmlassung vom 13. Oktober 2023 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

## **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 Verwaltungsgerichtsgesetzes 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 Verwaltungsgerichtsgesetz 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** Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 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 nachgewiesen

(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.

## 2.

**2.1** Die Vorinstanz verfügt die Rückforderung aus mehreren Gründen. Erstens aberkennt sie die Kurzarbeitsentschädigung im gesamten Prüfungszeitraum für Arbeitnehmende mit Vertrauensarbeitszeit, da diese Personen keine Arbeitszeitkontrolle geführt hätten und die geltend gemachten Arbeitsausfälle auch nicht anhand anderer betrieblicher Unterlagen hätten plausibilisiert werden können; lediglich die bezogenen Ferientage seien ersichtlich (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG i.V.m. Art. 46b der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]). Auch die geltend gemachten Arbeitsausfälle des Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin werden aufgrund fehlender Arbeitszeitkontrolle in den Abrechnungsperioden März bis Mai 2020 als nicht überprüfbar qualifiziert und daher aberkannt (Art. 1 und 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in der bis zum 30. Mai 2020 geltenden Fassung [AS 2020 877]). Zweitens aberkennt die Vorinstanz geltend gemachte Arbeitsausfälle im Zeitraum vom 24. April bis zum 4. Mai 2021 aufgrund fehlender Voranmeldung beziehungsweise Bewilligung (Art. 36 AVIG). Drittens aberkennt die Vorinstanz geltend gemachte Ausfallstunden im Umfang von Abwesenheiten wegen Kompensation positiver Gleitzeitsaldi (Art. 46 Abs. 2 AVIV). Gleichzeitig qualifiziert sie Mehrstunden von anspruchsberechtigten, aber nicht von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden nicht als Minderung der wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden. Viertens hält sie fest, dass für Mitarbeitende auf Abruf, die vor Beginn der Kurzarbeit noch nicht sechs Monate angestellt gewesen waren, kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe (Art. 8f Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in der bis zum 30. September 2021 geltenden Fassung [AS 2020 1201] und in der bis zum 31. März 2022 geltenden Fassung [AS 2022 39]). Gleichzeitig berechnet die Vorinstanz die Ausfallstunden eines Mitarbeiters auf Abruf, der schon länger im Betrieb angestellt war, neu, da Unstimmigkeiten in seiner Arbeitszeiterfassung bestünden. Fünftens berechnet die Vorinstanz die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden mehrerer Mitarbeitenden in den Abrechnungsperioden Mai, Juli und August 2020 sowie Februar, März und Juni bis September 2021 neu, da für sie mehr Ausfallstunden geltend gemacht worden seien, als in den Arbeitszeitkontrollen ausgewiesen seien. Gleichzeitig aberkennt die Vorinstanz Kurzarbeitsentschädigung für Tage, an denen die Mitarbeitenden keine wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfälle

zu verzeichnen gehabt hätten. Sechstens korrigiert die Vorinstanz die Summe der Sollstunden des gesamten Betriebs sowie die AHV-pflichtige Lohnsumme aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden um die Angaben einer Person, die zwar anspruchsberechtigt gewesen sei, aber keine Ausfallstunden zu verzeichnen gehabt habe. Diese Angaben hätten im während der Covid-19-Pandemie geltenden summarischen Abrechnungsverfahren miteinbezogen werden müssen (Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20. März 2020 [SR 837.033; in Kraft gewesen bis zum 31. März 2022], AS 2022 39). Durch die Korrektur falle die summarische Ausfallquote tiefer aus, dafür erhöhe sich die Lohnsumme als Berechnungsgrundlage für die Kurzarbeitsentschädigung. Schliesslich qualifiziert die Vorinstanz den Arbeitsausfall in den Abrechnungsperioden August 2020, Februar und Mai sowie Juli bis September 2021 als nicht anrechenbar, weil er weniger als 10 % der Arbeitsstunden ausmache, die von den Arbeitnehmenden normalerweise insgesamt geleistet würden (Art. 32 Abs. 1 Bst. b AVIG). Gestützt darauf berechnet die Vorinstanz den Umfang der an die Beschwerdeführerin auszurichtenden Kurzarbeitsentschädigung für den Bezugszeitraum neu, aberkennt insgesamt Fr. 484'799.40 und verfügt in diesem Umfang eine Rückforderung der bereits ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung.

**2.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Voraussetzungen für eine Rückforderung seien vorliegend nicht erfüllt. Sie macht geltend, es sei stossend und widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben, erst im Rahmen der Revisionsverfügung eine ungenügende betriebliche Arbeitszeiterfassung zu beanstanden. Sie habe während der Covid-19-Pandemie aufgrund des Rückgangs der Auftragslage erstmals in ihrer Geschichte Kurzarbeit beantragt. Die massive Reduktion der Arbeitszeit entspreche den Tatsachen und sei belegbar. Deshalb sei auch bei Mitarbeitenden mit Vertrauensarbeitszeit von einer Einschränkung der Arbeitszeit auszugehen. Die Beschwerdeführerin habe mithin rechtmässig Kurzarbeitsentschädigung erhalten und es bestehe kein Grund für eine Revision und einen Rückerstattungsanspruch. Die Beschwerdeführerin habe gemäss Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung trotz massiver Umsatzeinbussen Stellen erhalten und keine Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen ausgesprochen. Die Rückforderung gefährde die Fortführung des Unternehmens. Damit untergrabe der angefochtene Einspracheentscheid den Zweck der Kurzarbeitsentschädigung, der darin liege, drohende Arbeitslosigkeit zu verhindern. Sollte das Bundesverwaltungsgericht wider Erwarten zur Auffassung gelangen, dass die Rückforderung grundsätzlich rechtmässig sei, so sei

diese auf die im Jahr 2021 ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung zu beschränken, da der Rückforderungsanspruch für das Jahr 2020 bereits verwirkt sei.

**2.3** Streitig ist damit die Anwendung der Bestimmungen über die betriebliche Arbeitszeitkontrolle (unten E. 3 und 4) und die Rechtmässigkeit beziehungsweise Zulässigkeit der Rückforderung an sich sowie gegebenenfalls deren Umfang (unten E. 5). Die Aberkennung von geltend gemachten Arbeitsausfällen und damit von Kurzarbeitsentschädigung aufgrund fehlender Voranmeldung beziehungsweise Bewilligung und aufgrund positiver Gleitzeitsaldi, die von der Vorinstanz vorgenommenen Korrekturen betreffend Mitarbeitende auf Abruf, Korrekturen im Umfang von Ausfallstunden, die aus den vorhandenen Arbeitszeiterfassungen nicht hervorgehen, und im Umfang von nicht wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden, Korrekturen hinsichtlich der Summe der Sollstunden und der massgebenden Verdienste als Grundlage für die Abrechnung im summarischen Verfahren und Korrekturen im Umfang von nicht anrechenbaren Abrechnungsperioden werden von der Beschwerdeführerin im Einzelnen nicht bestritten.

### **3.**

**3.1** 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. Als normale Arbeitszeit gilt die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig (Art. 46 Abs. 1 AVIV). Als verkürzt gilt die Arbeitszeit nur, wenn sie zusammen mit geleisteten Mehrstunden die normale Arbeitszeit nicht erreicht (Art. 46 Abs. 2 AVIV). 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 Kurzarbeitsentschädi-

gung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG).

**3.2** 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 (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).

### 3.3

**3.3.1** 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 rechtsgenügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle wird ausschliesslich mit einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan (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 BGer 8C\_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 5.1.2; Urteil des EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a).

**3.3.2** 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 (Urteil des BGer 8C\_699/2022 vom 15. Juni 2023

E. 5.1.2). 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 BVerG 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 EVG C 64/04 vom 19. August 2004 E. 2.1 und C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2). 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 BVerG 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1).

**3.3.3** 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 BVerG B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3).

**3.4** Es ist unbestritten, dass Mitarbeitende, die im Betrieb der Beschwerdeführerin in Vertrauensarbeitszeit arbeiten, im Bezugszeitraum überhaupt keine Arbeitszeitkontrolle geführt haben. Vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist während der Covid-19-Pandemie nicht abgewichen worden; es galten dieselben Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung (BVGE 2021 V/2 E. 4.10; zuletzt bestätigt in Urteilen des BVerG B-4138/2021 vom 11. Dezember 2023 E. 3.5.4 und B-823/2023 vom 18. Januar 2024 E. 6.2 [beide noch nicht rechtskräftig]). Es ist ferner unklar und die Beschwerdeführerin substantiiert auch nicht, wie die Covid-19-Pandemie die Einführung einer den rechtlichen Anforderungen entsprechenden Arbeitszeitkontrolle für Mitarbeitende in Vertrauensarbeitszeit behindert hätte (vgl. Urteil des BVerG 8C\_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 6.4). Dass der Betrieb über einen bestimmten Zeitraum ganz geschlossen gewesen sei

und daher diesbezüglich allenfalls auf eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle hätte verzichtet werden können (vgl. Urteil des BVGer B-194/2022 vom 12. Januar 2024 E. 3.2.1 ff.) macht die Beschwerdeführerin darüber hinaus nicht geltend. Die Beschwerdeführerin bringt aber vor, es sei stossend und widerspreche dem Grundsatz von Treu und Glauben, das Fehlen einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle erst im Rahmen der Revisionsverfügung zu beanstanden (unten E. 4).

#### **4.**

**4.1** Der in Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) 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).

**4.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe die Antragsformulare wahrheitsgemäss und nach bestem Wissen und Gewissen ausgefüllt. Da sie Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt erhalten habe, sei sie davon ausgegangen, alle erforderlichen Unterlagen eingereicht zu haben und alle Anspruchsvoraussetzungen zu erfüllen. Die Arbeitslosenkasse habe mehrmals Rückfragen gestellt, Anweisungen erteilt, Korrekturen oder Unterlagen verlangt. Das Fehlen einer detaillierten betrieblichen Arbeitszeitkontrolle sei nie beanstandet worden. Im Rahmen des internen Kontrollsystems (IKS) der Arbeitslosenkasse habe eine Prüfung betreffend die Abrechnungsperioden März bis Dezember 2020 stattgefunden. Gemäss Prüfprotokoll habe der zuständige Sachbearbeiter die Frage positiv beantwortet, ob geeignete betriebliche Unterlagen wie beispielsweise Stundenlisten

und Lohnjournale vorlägen, um Sollstunden, Lohnsumme und wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden zu belegen und ob diese korrekt auf die Abrechnung von Kurzarbeit übertragen worden seien. Selbst nach dieser Prüfung habe die Arbeitslosenkasse nicht darauf hingewiesen, dass Arbeitszeiterfassungen fehlten und dies problematisch sei. Die Beanstandung sei daher völlig unerwartet gewesen und es sei der Beschwerdeführerin nicht bewusst gewesen, dass dies zum Wegfall des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung führen könne. Aus dem allgemein gehaltenen Hinweis in den Antragsformularen sei nicht ersichtlich, welche zentrale Bedeutung der Arbeitszeiterfassung zukomme. Wenn eine Behörde einem Unternehmen über längere Zeit Kurzarbeitsentschädigung ausbezahle, zu keinem Zeitpunkt das Fehlen einer Arbeitszeitkontrolle beanstande und bei einer Kontrolle ausdrücklich die Vollständigkeit der Unterlagen bestätige, wecke dies das berechtigte Vertrauen, dass der Betrieb sämtliche Anspruchsvoraussetzungen erfülle. Die Beschwerdeführerin habe gestützt darauf Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil wieder rückgängig gemacht werden könnten (Weiterbeschäftigung, Lohnzahlungen). Soweit die Rückforderung mit einer fehlenden Arbeitszeiterfassung begründet werde, sei sie mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar.

**4.3** Die Vorinstanz führt aus, die Pflicht der Arbeitslosenkasse, die Berechtigung für die Leistungen vor der jeweiligen Auszahlung zu prüfen, sei nicht extensiv zu verstehen. Die Kasse verfüge im Zeitpunkt der Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung noch nicht über alle nötigen Informationen, um die Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls vertieft zu prüfen. Es sei Aufgabe der Vorinstanz und nicht der Kasse, vertiefte Abklärungen vorzunehmen. Dabei handle es sich um eine nachgelagerte Kontrolle am Sitz des Betriebs (sog. Arbeitgeberkontrolle). Die Beschwerdeführerin sei zudem ohnehin arbeitsvertraglich verpflichtet, die Löhne der Mitarbeitenden zu bezahlen. Ob sie dies nur wegen der ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigung habe leisten können, sei unerheblich. Dispositionen im Sinne des Vertrauensschutzes lägen nur vor, wenn der Empfänger einer Leistung einzig wegen dieser Leistung eine Disposition tätige, die er ohne die Leistung nicht tätigen würde. Lohnzahlungen seien somit keine Dispositionen im Sinne des Vertrauensschutzes. Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die Anmeldung von Kurzarbeit bei der Beschwerdeführerin zu einem nicht wieder rückgängig zu machenden Nachteil geführt habe. Bereits die Voranmeldung enthalte klare Hinweise auf die Anspruchsvoraussetzung der Arbeitszeitkontrolle, was die Gesuchstellenden jeweils unterschriftlich bestätigten. Ferner ergebe sich die Notwendigkeit einer Arbeitszeitkontrolle aus der

Info-Service-Broschüre (zit. in E. 4.6). Auch die Entscheide des zuständigen kantonalen Amtes über die Voranmeldung hätten einen entsprechenden Hinweis enthalten.

**4.4** 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 vorzunehmen und gegebenenfalls Einspruch gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung 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 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. Anlass zu ergänzenden Abklärungen können aber auch, wie vorliegend, 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 Leistungsbetrag 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). Gleiches muss für die Rechtfertigung gelten, dass die Arbeitgeberin die Antragsformulare bei der Voranmeldung wahrheitsgemäss und nach bestem Wissen und Gewissen ausgefüllt habe (vgl. Urteil des BVer B-4557/2022 vom 17. November 2023 E. 6.7.4 [noch nicht rechtskräftig]). Es liegt daher weder ein Fall von Vertrauensschutz vor noch hat die Vorinstanz gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstossen.

**4.5** Auch die Kontrolle im Rahmen des internen Kontrollsystems (IKS) der Arbeitslosenkasse vermag entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin keine Vertrauensgrundlage zu begründen.

**4.5.1** Gemäss der Weisung "Internes Kontrollsystem (IKS) in den AVIG-Durchführungsstellen" des SECO vom 1. Januar 2019 (nachfolgend: Weisung IKS) pflegt die AVIG-Durchführungsstelle (wozu auch die Arbeitslosenkasse gehört, vgl. Art. 76 Abs. 1 Bst. a AVIG) ein auf ihre spezifischen Verhältnisse angepasstes und systematisches IKS (Ziff. 2.3 Weisung IKS). Das IKS umfasst die Gesamtheit aller regulatorischen, organisatorischen und technischen Grundsätze sowie angeordnete Methoden und Massnahmen, die dazu dienen, einen ordnungsgemässen Ablauf des betrieblichen Geschehens in der Arbeitslosenversicherung sicherzustellen. Die organisatorischen Massnahmen der internen Kontrolle sind in die Betriebsabläufe (Prozesse) integriert, das heisst, sie erfolgen arbeitsbegleitend oder sind der Arbeitserledigung unmittelbar vor- oder nachgelagert (Ziff. 2.1 Weisung IKS). Das IKS unterstützt folgende Ziele: Erreichung der geschäftspolitischen Ziele durch eine wirksame und effiziente Geschäftsführung; Abwicklung und Optimierung der Geschäftsprozesse und -tätigkeiten; klare Verantwortlichkeiten innerhalb der Organisation; Einhaltung von Gesetzen, Verordnungen und Reglementen (Compliance); Schutz des Geschäftsvermögens; Verhinderung, Verminderung und Aufdeckung von Fehlern und Unregelmässigkeiten; Sicherstellung der Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Buchführung; zeitgerechte und verlässliche finanzielle und nicht-finanzielle Berichterstattung (Ziff. 2.2 Weisung IKS). Die Ausgleichsstelle überprüft die Einhaltung der IKS-Weisung (Ziff. 1 Weisung IKS). Die IKS-Komponenten werden durch die Ausgleichsstelle (oder durch beauftragte Revisionsgesellschaften) zweck- beziehungsweise ergebnisorientiert geprüft (Ziff. 5.2 Weisung IKS). Die Periodizität der Prüfung variiert je nach Bereich (vgl. Ziff. 5.3 Weisung IKS). Ferner regelt die Weisung Verantwortlichkeiten (Ziff. 3), Methodik (Ziff. 4) sowie weitere Aspekte. Zudem ist der Weisung eine Protokollvorlage für das IKS angehängt, die vorliegend durch die Kasse genutzt wurde.

**4.5.2** Es trifft zu, dass auf dem Prüfprotokoll durch die prüfende Person der Arbeitslosenkasse mittels ankreuzen bestätigt worden ist, dass betreffend die Abrechnungsperioden März bis Dezember 2020 geeignete betriebliche Unterlagen wie beispielsweise Stundenlisten und Lohnjournale vorlägen, um Sollstunden, Lohnsumme und wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden zu belegen und diese korrekt auf die Abrechnung von Kurzarbeit übertragen worden seien. Es handelt sich dabei jedoch um eine interne Kontrolle der Arbeitslosenkasse selber, die zwar auf Weisung des SECO durchgeführt wird und deren Existenz von diesem auch geprüft wird (sog. Existenz-Prüfungen, vgl. Ziff. 3 in fine Weisung IKS). Dies erfolgt anhand von fünf allgemeinen Voraussetzungen: das IKS ist vorhanden und dokumentiert; das

IKS ist den Geschäftsrisiken und der Geschäftstätigkeit angepasst; das IKS ist den zuständigen Mitarbeitenden bekannt; das definierte IKS wird angewendet; ein Kontroll- und Qualitätsbewusstsein ist in der AVIG-Durchführungsstelle vorhanden (Ziff. 5.2 Weisung IKS). Soweit ersichtlich findet dabei jedoch keine inhaltliche Kontrolle statt. So schliesst denn auch ein von der Ausgleichsstelle geprüftes IKS "keinesfalls eine Haftung des Trägers aus" (Ziff. 5.2 in fine Weisung IKS). Aus dem von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten Tätigkeitsbericht des Leistungsbereichs Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung des SECO 2019 geht denn auch hervor, dass es sich beim IKS in den Durchführungsstellen um die erste Kontrolle im Rahmen eines mehrstufigen Kontrollsystems handle (neben den Aufsichtsfunktionen der Ausgleichsstelle des Fonds und den Prüfungen durch die interne Revision des SECO bzw. der Eidgenössischen Finanzkontrolle), damit die Risiken der Arbeitslosenversicherung auf einem tragbaren Niveau gehalten werden könnten (S. 10). Es kann somit auf das bereits in E. 4.4 Ausgeführte verwiesen werden.

**4.6** Die Beschwerdeführerin war im Hinblick auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung verpflichtet, den Arbeitsausfall im Rahmen einer überprüfbaren, namentlich die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden deklarierenden Arbeitszeitkontrolle zu erfassen, worauf die Arbeitgeber in zahlreichen Informationsquellen, über welche die Beschwerdeführerin verfügte (Hinweis auf dem Formular "Vor Anmeldung von Kurzarbeit"; Hinweis auf Bewilligungsverfügung der kantonalen Amtsstelle; Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung", Ziff. 6 und 7; vgl. auch AVIG-Praxis KAE, Rz. B34-36), aufmerksam gemacht werden (Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.2; Urteil des BVGer B-2334/2022 vom 27. September 2023 E. 5.4 [noch nicht rechtskräftig]). Dass die Hinweise zu allgemein gefasst seien und die zentrale Bedeutung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle darin nicht zum Ausdruck komme, wie die Beschwerdeführerin vorbringt, trifft nicht zu (Vor Anmeldung: "zudem nehme ich zur Kenntnis, dass ich für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle [z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte] führen muss"; Bewilligungsverfügung: "Für von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende muss eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle [z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte] geführt werden, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden sowie über sämtliche übrigen Absenzen wie z.B. Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärabwesenheiten Auskunft gibt. Die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle sind während fünf Jahren aufzubewahren."; fast identischer, zusätzlich um das Beispiel eines elektronischen Zeiterfassungssystems ergänzter Text in der Info-Service-Broschüre

"Kurzarbeitsentschädigung", Ziff. 7; Titel zu Rz. B34 der AVIG-Praxis KAE: "Kein Anspruch bei fehlender betrieblicher Arbeitszeitkontrolle"). Anhand dieser klaren und unmissverständlichen Hinweise hätte die Beschwerdeführerin bei Anwendung eines Mindestmasses an Aufmerksamkeit ohne weiteres erkennen können und müssen, dass für ihre Angestellten, für welche überhaupt keine Arbeitszeitkontrolle geführt worden ist, kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht (Urteil des EVG C 437/99 vom 11. September 2000 E. 3). Die Beschwerdeführerin kann sich daher nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen.

#### **4.7**

**4.7.1** Im Sozialversicherungsverfahren liegt die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, vorliegend für die geltend gemachten Arbeitsausfälle, bei der Leistungsansprecherin (vgl. BGE 121 V 204 E. 6a; vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/MARKUS WYSSLING, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023, Art. 12 N 230). Zwar muss die Behörde bei begründeten Zweifeln Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften. Indessen liegt es nicht an der Behörde, beispielsweise 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).

**4.7.2** Im Sozialversicherungsrecht ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anzuwenden, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht beziehungsweise die Behörde hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 138 V 218 E. 6; Urteil des BVGer B-2310/2020 vom 27. Dezember 2021 E. 2.4 betreffend Schlechtwetterentschädigung). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1).

**4.7.3** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Arbeitsausfälle hätten im deklarierten Umfang bestanden. Sie habe massive Umsatzeinbussen erlitten, mit Auftragsausfällen zu kämpfen gehabt, und es sei zu zahlreichen Auftragsverschiebungen gekommen. Ihre Mitarbeitenden, die in Vertrauensarbeitszeit tätig seien, seien über das Intranet und mündlich angewiesen worden, ihre Arbeitszeit auf 20 % ihrer üblichen Arbeitszeit zu reduzieren. Die Mitarbeitenden könnten dies ohne Weiteres bestätigen.

**4.7.4** Die Vorinstanz führt aus, eine ungenügende Arbeitszeitkontrolle könne durch Befragungen der Arbeitnehmenden weder ergänzt noch ersetzt werden. Die massgebliche Grösse für die Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung sei die Arbeitszeit und deren Ausfall und nicht der Umsatz der Beschwerdeführerin. Der Anspruch entstehe bei den Arbeitnehmenden. Eine Umsatzeinbusse könne dagegen nur beim Arbeitgeber und nicht beim Arbeitnehmer eintreten. Dieser könne die Folgen von möglichen Umsatzeinbussen lindern, indem er auf die Arbeitsleistung verzichte, mithin die Zahl der Arbeitnehmenden der reduzierten Nachfrage anpasse. In diesem Umfang trete diese an die Stelle des durch die Kurzarbeit reduzierten Lohns (Art. 37 Bst. a i.V.m. Art. 34 Abs. 1 AVIG). Im Übrigen könnten aus den Unterlagen zu den Umsatzeinbrüchen keine Arbeitszeiten abgeleitet werden. Weder die Aussagen von Arbeitnehmenden noch die Unterlagen betreffend erlittene Umsatzeinbrüche hätten einen Beweiswert im Zusammenhang mit der Kontrollierbarkeit und der Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls.

**4.7.5** Fehlen, wie vorliegend, 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; Urteile des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.1 und B-4226/2019 vom 25. Mai 2021 E. 6.2). Die mandatierte Treuhandstelle hat im Rahmen der Arbeitgeberkontrolle am 13. Dezember 2022 einen Mitarbeiter, der in Vertrauensarbeitszeit arbeitet, befragt. Dieser hat bestätigt, dass keine Arbeitszeiterfassung existiere, Ferienbezüge, Krankheit und Militär aber in einem elektronischen System dokumentiert würden, was bezüglich der bezogenen Ferientage bestätigt werden konnte, und er schätzungsweise 20 % gearbeitet habe. Auch diese Angaben vermögen die gänzlich fehlende betriebliche Arbeitszeiterfassung für Mitarbeitende in Vertrauensarbeitszeit nicht zu kompensieren. Überdies sind Schätzungen ungeeignet, die effektive Arbeitszeit mit der von der Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung geforderten Exaktheit zu belegen.

**4.7.6** Auch ermöglicht der dargelegte Umsatzrückgang nicht die (nachträgliche) Bestimmung der Reduktion der Arbeitszeit. Kurzarbeitsentschädigungen sind nicht dazu bestimmt, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern oder Umsatzrückgänge oder Betriebsverluste zu decken (Urteil des BGer 8C\_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 5.2.4; Urteil des BVer B-4557/2022 vom 17. November 2023 E. 6.6.5 [noch nicht rechtskräftig]). Der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht nicht in der Existenzsicherung des Betriebs beziehungsweise der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, sondern – wie die Beschwerdeführerin denn auch selber einräumt – im Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen (BGE 147 V 359 E. 4.6.3).

**4.8** Die Vorinstanz durfte daher ohne Bundesrecht zu verletzen davon ausgehen, dass der gegenüber der Arbeitslosenkasse ausgewiesene Arbeitsausfall zweifelhaft ist. Die Beschwerdeführerin war im Hinblick auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung 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). Indem dies bei Mitarbeitenden mit Vertrauensarbeitszeit (und beim Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin) nicht geschehen ist, fehlt es insoweit am Erfordernis der genügenden Kontrollier- und Überprüfbarkeit des Arbeitsausfalls im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG in Verbindung mit Art. 46b Abs. 1 AVIV. Die sich daraus ergebenden Folgen hat die beweisbelastete Beschwerdeführerin zu tragen.

## **5.**

**5.1** Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückzuerstatten. Dazu bedarf es, dass die Bedingungen für eine prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder eine Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) der ursprünglichen Verfügung erfüllt sind (BGE 142 V 259 E. 3.2; Urteil des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.2). Die Rückerstattungsnorm von Art. 25 ATSG dient letztlich der Durchsetzung des Legalitätsprinzips (BGE 142 V 259 E. 3.2.2). Voraussetzungen für ein wiedererwägungswises Zurückkommen auf die Auszahlungen sind, dass die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG) Zusprache von Leistungen zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteil des BGer 8C\_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6). Die Abwägung zwischen der

Durchsetzung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Bestandeskraft der Verfügung ist damit durch den Gesetzgeber abstrakt und verbindlich vorgenommen worden (Urteil des BGer 8C\_680/2017 vom 7. Mai 2018 E. 4.1.3.1). Der Gesetzgeber hat dem Interesse an einer richtigen Gesetzesanwendung gegenüber dem Interesse am Bestand einer Verfügung von vornherein das grössere Gewicht zugeordnet. Eine zeitliche Befristung der Wiedererwägungsmöglichkeit besteht nicht (BGE 149 V 91 E. 7.7). Vorbehalten bleiben die Verwirkungsfristen von Art. 25 ATSG.

**5.2** Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, die im SECO geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), überprüft unter anderem die Auszahlungen der Kassen und überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen (Art. 83 Abs. 1 Bst. d und l AVIG). Sie und die von ihr beauftragten Treuhandstellen prüfen stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (Art. 83a 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 ausgerichtete Wiedererwägungsverfahren (mit den dabei geltenden Grundsätzen: zweifelloser 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).

**5.3** Streitig und zu prüfen ist, ob die Rückforderung teilweise, namentlich für das Jahr 2020, verwirkt ist. Die Rückforderung wurde am 16. März 2023 verfügt und betrifft den Bezugszeitraum März 2020 bis September 2021. Die Arbeitgeberkontrolle durch die beauftragte Treuhandstelle – auf welche die Vorinstanz für den Beginn des Fristlaufs abstellt – fand am 13. Dezember 2022 statt, die Kontrolle im Rahmen des IKS der Arbeitslosenkasse – auf welche die Beschwerdeführerin abstellen will – am 3. Dezember 2020 (betreffend die Abrechnungsperioden März bis Dezember 2020).

**5.3.1** Der Rückforderungsanspruch erlischt drei Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre seit der Auszahlung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 ATSG in der seit dem 1. Januar 2021 geltenden Fassung). Die Fristen nach Art. 25

Abs. 2 ATSG sind Verwirkungsfristen (BGE 148 V 217 E. 2.1). Die Bestimmung wurde während des Bezugszeitraums der Beschwerdeführerin revidiert: Bis Ende 2020 galt eine einjährige relative Verwirkungsfrist (AS 2002 3376), per 1. Januar 2021 wurde sie auf drei Jahre erhöht (Änderung vom 21. Juni 2019 [AS 2020 5137]; Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 2. März 2018, BBI 2018 1607 ff., 1633; vgl. UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 25 N 3 ff.).

**5.3.2** Die Beschwerdeführerin bringt vor, für die Rückforderung betreffend die Abrechnungsperioden im Jahr 2020 sei die (altrechtliche) einjährige Verwirkungsfrist anwendbar. Die Anwendung der am 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Bestimmung auf einen Sachverhalt im Dezember 2020 führe zu einer, vorliegend unzulässigen, weil belastenden, echten Rückwirkung. Für den Beginn des Fristlaufs sei auf die IKS-Prüfung abzustellen. Sämtliche, die Verwirkungsfrist auslösenden Tatbestandsmerkmale hätten sich bereits am 3. Dezember 2020 verwirklicht. Bei Anwendung der zumutbaren Sorgfalt hätte der Sachbearbeiter erkennen müssen, dass für Mitarbeitende in Vertrauensarbeitszeit keine genügenden Unterlagen vorhanden gewesen seien. Im Zeitpunkt der Rückforderung sei die einjährige Verwirkungsfrist daher längst abgelaufen und ein Rückforderungsanspruch für die im Jahr 2020 ausgerichteten Leistungen verwirkt gewesen. Damit verhalte es sich vorliegend anders als in Fällen, in denen der Anspruch beziehungsweise dessen genaue Höhe erst im Rahmen einer detaillierten Prüfung der Unterlagen beim Arbeitgeber überprüft werden könne und die Frist erst mit der Arbeitgeberkontrolle zu laufen beginne. Entfalle der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung grundsätzlich, wenn es an einer Arbeitszeiterfassung fehle, seien der Behörde bereits im Zeitpunkt der Feststellung alle erheblichen Umstände zugänglich, aus deren Kenntnis sich der Rückforderungsanspruch ergebe. Daher beginne die Verwirkungsfrist in solchen Fällen bereits im Zeitpunkt, in dem der Versicherungsträger das Fehlen einer Arbeitszeiterfassung festgestellt habe beziehungsweise bei Anwendung zumutbarer Sorgfalt hätte feststellen müssen.

**5.3.3** Die Vorinstanz führt aus, die Verwirkungsfrist sei gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf eine Rückforderungsverfügung ergehe. Die Verwirkungsfrist beginne im Moment, in dem die Vorinstanz beziehungsweise das beauftragte Treuhandunternehmen im Rahmen einer Arbeitgeberkontrolle feststelle, dass unrechtmässig Kurzarbeitsentschädigung bezogen worden sei. Für den Beginn der Verwirkungsfrist sei daher nicht auf die Prüfung im

Rahmen des IKS der Arbeitslosenkasse abzustellen. Diese Kontrolle sei weder von der Vorinstanz noch von einer von ihr beauftragten Treuhandstelle durchgeführt worden. Die Kontrolle befasse sich damit, ob die Sachbearbeitung der Arbeitslosenkasse die vor der Auszahlung nötigen Prüfungen und Abklärungen vorgenommen habe. Es sei im Rahmen der Geschäftsabwicklung der Arbeitslosenkasse lediglich eine summarische auf zehn Punkte beschränkte Prüfung gestützt auf die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen durchgeführt worden. Inwiefern beispielsweise eine den gesetzlichen Anforderungen genügende und anspruchsbegründende Arbeitszeiterfassung geführt werde, habe dabei weder geprüft noch erkannt werden können. Die Arbeitslosenkasse sei nicht in der Lage gewesen, die Rechtmässigkeit der geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigung abschliessend zu beurteilen. Die Vorinstanz habe rund drei Monate nach der für den Fristlauf massgebenden Arbeitgeberkontrolle entschieden, weshalb die Verwirkungsfrist eingehalten sei. Da die Arbeitgeberkontrolle nach dem 1. Januar 2021 stattgefunden habe, erübrigten sich Ausführungen zum anwendbaren Recht. Selbst wenn jedoch die (altrechtliche) einjährige Frist gelten würde, wäre sie gewahrt.

**5.3.4** Das Übergangsrecht richtet sich nach allgemeinen Grundsätzen nur, wenn das Gesetz keine ausdrückliche Regelung enthält (BGE 148 V 162 E. 3.2.1, BGE 144 II 3260 E. 2.1.1, BGE 139 II 470 E. 4.2; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 290, 292). Der Gesetzgeber hat für diese Änderung des ATSG ausdrücklich eine Übergangsbestimmung erlassen. Sie hat folgenden Wortlaut: "Für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 21. Juni 2019 beim erstinstanzlichen Gericht hängige Beschwerden gilt das bisherige Recht" (Art. 82a ATSG). Die Änderung ist seit dem 1. Januar 2021 in Kraft. Das erstinstanzliche Gericht kann das kantonale Versicherungsgericht (Art. 57 und Art. 58 Abs. 1 ATSG) oder das Bundesverwaltungsgericht sein (Art. 101 AVIG). Die Übergangsbestimmung besagt: Für alle Beschwerden, die vor dem Inkrafttreten (vor dem 1. Januar 2021) schon hängig sind, gilt das bisherige Recht. Der Umkehrschluss besagt: Für alle Beschwerden, die erst nach dem Inkrafttreten (nach dem 1. Januar 2021) hängig werden, gilt das bisherige Recht nicht (Art. 82a ATSG *e contrario*). Wenn eine Beschwerde durch Umkehrschluss unter die Bestimmung fällt, beruft dies das neue Recht, das mit dem Inkrafttreten grundsätzlich sofort gilt. Eine Weitergeltung des bisherigen Rechts ist alsdann ausgeschlossen. Da das Gesetz eine eindeutige Übergangsbestimmung aufstellt, bleibt kein Raum, die intertemporalrechtliche Anknüpfung anders vorzunehmen. Im vorliegenden Fall ist die Beschwerde am 4. Juli 2023

hängig geworden; dementsprechend ist aufgrund der Übergangsbestimmung das neue Recht anwendbar.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liegt keine (unzulässige) echte Rückwirkung vor. Eine Rückwirkung ist echt, wenn das neue Recht auf abgeschlossene Sachverhalte anwendbar ist; sie ist unecht, wenn das neue Recht auf andauernde Sachverhalte Anwendung findet (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 268 ff., 279 ff.; PIERRE TSCHANNEN/MARKUS MÜLLER/MARKUS KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022, Rz. 557, 562). Eine unechte Rückwirkung ist – im Gegensatz zur echten Rückwirkung – grundsätzlich zulässig (BGE 144 II 427 E. 9.2.1, BGE 133 II 97 E. 4.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 283). Sie ist ausnahmsweise unzulässig, wenn die neue Rechtsbestimmung in ein wohlerworbenes Recht eingreift, wenn sie ein berechtigtes Vertrauen verletzt oder wenn keine angemessene Übergangsregelung vorgesehen wird (BGE 146 V 364 E. 7.1, BGE 145 II 140 E. 4; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 283 f.). Die Übergangsbestimmung beruft das neue Recht für die Rückerstattung. Der Rückforderungsanspruch entsteht mit der unrechtmässig bezogenen Leistung und er bleibt bestehen, bis die Leistung zurückerstattet wird oder der Anspruch durch Verwirkung untergeht. Der zugrunde liegende Sachverhalt ist dauerhaft. Er setzt mit dem unrechtmässig gewordenen Bezug der Leistung ein und dauert bis zur Beendigung der unrechtmässigen Bereicherung. Da die Bestimmung zur Verwirkung des Rückforderungsanspruchs auf einen zeitlich offenen Sachverhalt abstellt, ergibt die Übergangsbestimmung eine unechte Rückwirkung, die grundsätzlich zulässig ist. Die Ausnahmebedingungen, unter denen sie unzulässig sein kann, sind nicht erfüllt. Eine unrechtmässig bezogene Leistung ist kein wohlerworbenes Recht, begründet keinen Vertrauenstatbestand und keine berechtigte Erwartung, dass zur Wahrung der Rechtsposition eine angemessene Übergangsfrist vorgesehen wird. Die Übergangsbestimmung mit der verlängerten Verwirkungsbestimmung stellt eine unechte Rückwirkung dar, die zulässig ist.

**5.3.5** Die Frist nach Art. 25 Abs. 2 ATSG ist gewahrt, wenn vor deren Ablauf eine Rückerstattungsverfügung ergeht (Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 2.2). Mit Bezug auf den Beginn des Fristlaufs hat das Bundesgericht seine bisherige Rechtsprechung in BGE 148 V 217 detailliert zusammengefasst und präzisiert (betreffend die im damaligen Fall noch anwendbare einjährige Verwirkungsfrist). Schliesslich hat es erwogen, dass es für den Beginn der relativen einjährigen Verwirkungsfrist nicht

genüge, dass bloss Umstände bekannt seien, die möglicherweise zu einem Rückforderungsanspruch führen könnten, oder dass der Anspruch nur dem Grundsatz nach, nicht aber in masslicher Hinsicht feststehe. Die Frist beginne vielmehr erst dann, wenn der Versicherungsträger über sämtliche für die Ermittlung der Rückforderung wesentlichen Umstände Kenntnis habe beziehungsweise unter Anwendung der zumutbaren Aufmerksamkeit haben müsste, indem vor allem die Gesamtsumme der unrechtmässig ausbezahlten Leistungen bereits vor Erlass der Rückerstattungsverfügung feststellbar sei (BGE 148 V 217 E. 5.2.1). Weiter hat das Bundesgericht ausgeführt, dass es stets daran festgehalten habe, dass die einjährige relative Verwirkungsfrist im Zeitpunkt der zumutbaren Kenntnisnahme einsetzen könne (vgl. etwa BGE 119 V 431 E. 3b; Urteile des BGer 9C\_241/2018 vom 2. April 2019 E. 3 und 9C\_534/2009 vom 4. Februar 2010 E. 3.4). Die Verwaltung solle zwar eine angemessene Zeit für nähere Abklärungen (betreffend Grundsatz, Ausmass oder Adressat) erhalten, wenn und soweit sie über hinreichende, aber noch unvollständige Hinweise auf einen möglichen Rückforderungsanspruch verfüge. Unterlasse sie dies, so sei der Beginn der relativen Verwirkungsfrist auf den Zeitpunkt festzusetzen, in welchem die rückfordernde Behörde ihre unvollständige Kenntnis mit dem erforderlichen und zumutbaren Einsatz derart zu ergänzen im Stande gewesen sei, dass der Rückforderungsanspruch hätte geltend gemacht werden können. Ergebe sich jedoch die Unrechtmässigkeit der Leistungserbringung direkt aus den Akten, so beginne die einjährige Frist in jedem Fall sofort, ohne dass Zeit für eine weitere Abklärung zugestanden würde (BGE 148 V 217 E. 5.2.2).

**5.3.6** Vorliegend hat die Vorinstanz in ihrer die Ausgleichsstelle führenden Funktion über die von ihr beauftragte Treuhandstelle erst anlässlich der Arbeitgeberkontrolle erkennen können, dass Leistungen unrechtmässig bezogen wurden und die Voraussetzungen für eine Rückforderung bestehen. Das Nichterkennen des unrechtmässigen Bezugs durch die Vollzugsbehörden (kantonale Amtsstelle, Arbeitslosenkasse) wirkt, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, nicht bereits fristauslösend (Urteil des BVGer B-543/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.4). Eine Verwirkung des Rückforderungsanspruchs kann nicht damit begründet werden, dass die Arbeitslosenkasse die Mangelhaftigkeit der Unterlagen bereits früher hätte feststellen müssen. Nach der gesetzlichen Regelung ist die Arbeitslosenkasse nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (oben E. 4.4), weshalb es auch nicht naheliegend ist, für den Beginn des Fristlaufs für die Rückforderung von unrechtmässig bezogenen Leis-

tungen auf eine Prüfungshandlung im Rahmen des IKS der Arbeitslosenkasse abzustellen. Im Übrigen entspricht es der gefestigten Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts auf den Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle abzustellen (vgl. bspw. Urteile des BGer 8C\_919/2013 vom 27. Mai 2014 E. 5.3 f., C 11/00 vom 10. Oktober 2001 E. 4, C 140/02 vom 8. Oktober 2002 E. 4; Urteile des BVGer B-2418/2012 vom 15. November 2013 E. 5.1.1, B-543/2013 vom 11. Juli 2013 E. 6.3 und B-1911/2014 vom 10. Juli 2015 E. 5.4.2), was wohl auch durch BGE 148 V 221 keine Änderung erfahren hat. Anzumerken bleibt, dass selbst wenn für den Beginn des Fristlaufs vorliegend der Zeitpunkt der Prüfungshandlung im Rahmen des IKS der Arbeitslosenkasse massgebend wäre, die Rückforderungsverfügung innert der dreijährigen Verwirkungsfrist ergangen wäre.

**5.4** 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). Es geht also um die Konstellation, in der die Leistung von Anfang an zu Unrecht zugesprochen wurde, jedenfalls sofern sich aufgrund der nachträglich korrekten Rechtsanwendung ergibt, dass die Leistung nicht geschuldet gewesen wäre. Zweifellose Unrichtigkeit meint dabei, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung möglich, also einzig dieser Schluss denkbar ist (Urteil des BGer 8C\_110/2023 vom 31. Oktober 2023 E. 3.1). 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 (UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 53 N 78).

**5.5** Das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit ist in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprache aufgrund falsch oder unzutreffend verstandener Rechtsregeln erfolgt war oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (Urteil des BGer 8C\_110/2023 vom 31. Oktober 2023 E. 3.2). Die Unrichtigkeit der Leistungszusprache im Umfang von Fr. 484'799.40 für den Zeitraum von März 2020 bis September 2021 ergibt sich aus den unbestritten gebliebenen Beanstandungspunkten

(oben E. 2.3) sowie mangelnder Kontrollier- und Überprüfbarkeit des Arbeitsausfalls infolge fehlender betrieblicher Arbeitszeitkontrollen (oben E. 4.8). Die Berechnung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung im Bezugszeitraum war zweifellos unrichtig. Dessen 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.

## 6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. Juni 2023 gegen die Rückforderungsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 484'799.40 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

## 7.

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. 10'000.– festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– 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 und die Vorinstanz und wird der zuständigen Arbeitslosenkasse mitgeteilt.

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: 8. April 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Das Urteil wird mitgeteilt:

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