



Urteil vom 13. November 2023

Besetzung

Richterin Mia Fuchs (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Daniel Willisegger,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch Remo Busslinger, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Am 30. März 2022 überprüfte die Z. _____ AG im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO, Vorinstanz) die von der X. _____ AG (Beschwerdeführerin) im Zuge der Corona-Pandemie beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen.

B.

Durch Revisionsverfügung vom 25. Mai 2022 auferlegte das SECO der Beschwerdeführerin die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. [...] an die Arbeitslosenkasse des Kantons [...]. Als Begründung hielt es fest, der Betrieb habe für Q. _____ in den Abrechnungsperioden Juni bis November 2020 sowie Januar bis Juli und September bis Dezember 2021 wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht, obwohl dieser als Geschäftsführer und Alleinaktionär nach Aufhebung der Covid-Bestimmungen ab der Abrechnungsperiode Juni 2020 keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mehr gehabt habe.

In den Abrechnungsperioden April 2020 (Q. _____, R. _____) und April 2021 (R. _____, S. _____) seien wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden abgerechnet worden, obwohl die Mitarbeitenden nicht wirtschaftlich bedingt, sondern aufgrund von Feiertagen arbeitsabwesend gewesen seien. Bei der Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung für die Perioden April 2020 (S. _____), Mai 2021 (S. _____) und Dezember 2021 (R. _____) habe der Betrieb die Absenzen für Feiertage nicht in die Summe der Sollstunden miteinbezogen. Der Lohn hingegen sei bei der AHV-pflichtigen Lohnsumme korrekterweise auch für diese Absenzzzeiten berücksichtigt worden. Dadurch sei der prozentuale, wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall teilweise zu hoch gewesen.

C.

Am 27. Juni 2022 erhob die Beschwerdeführerin beim SECO Einsprache gegen diese Verfügung, wobei sie deren Aufhebung beantragte. Zur Begründung erklärte sie namentlich, entgegen den Feststellungen in der Revisionsverfügung sei Q. _____ nicht Geschäftsführer. Er sei zwar Aktionär, habe aber keine Zeichnungsberechtigung und arbeite nur Teilzeit (50 %) bei der Beschwerdeführerin. Seine Einflussnahme auf die Geschäfte unterscheide sich in keiner Weise von derjenigen der anderen Teilzeitmitarbeitenden. Die Tatsache allein, dass er Aktionär der

Beschwerdeführerin sei, ermögliche ihm noch keinen direkten Einfluss auf das Tagesgeschäft, von welchem er sich vor geraumer Zeit zurückgezogen habe.

Unter dem Titel des Vertrauensschutzes ergänzte die Beschwerdeführerin, die Fehler, die ihr beim Ausfüllen des Antrags auf Kurzarbeitsentschädigung unterlaufen seien, seien ihr nicht bewusst gewesen, in Bezug auf die Feiertage für April 2020 und 2021 sowie die Sollstunden für Dezember 2021 aber grundsätzlich unbestritten. Nicht nachvollziehbar sei hingegen, wie eine Behörde wie die Arbeitslosenkasse des Kantons [...], welche tagtäglich derartige Gesuche prüfe, diese Fehler nicht sogleich entdeckt und korrigiert habe. Die Beschwerdeführerin sei zwei Jahre lang davon ausgegangen, dass die Anträge gestimmt hätten. Schliesslich ergebe sich aus der Revisionsverfügung vom 25. Mai 2022 kein Grund, der eine Revision der Versicherungsleistungen rechtfertige.

D.

Mit Entscheid vom 11. August 2022 wies das SECO die Einsprache ab. Es erwog dabei insbesondere, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin könne Q. _____ als am Betrieb finanziell beteiligte Person die Entscheidungen der Einsprecherin bestimmen oder massgeblich beeinflussen. Ob er auch deren Geschäftsführer sei, könne offenbleiben.

Betreffend Vertrauensschutz legte das SECO dar, die kantonalen Amtsstellen, wie auch die Arbeitslosenkassen, seien nicht in der Lage, die Rechtmässigkeit der geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigungen abschliessend zu beurteilen. Endgültige Klarheit könne nur eine dem Leistungsbezug nachgelagerte Kontrolle am Sitz des Betriebes, bei welchem umfassender Einblick in die betrieblichen Unterlagen genommen werde, bringen.

Während der Covid-19-Pandemie sei ausserdem die möglichst rasche Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigungen im Vordergrund gestanden, weshalb ein summarisches Abrechnungsverfahren eingeführt worden sei. Dieses beinhalte denn auch eine lediglich summarische Prüfung. Entgegen den Ausführungen der Einsprecherin seien die Voraussetzungen für das Zurückkommen auf formell rechtskräftige Verfügungen beziehungsweise für eine Rückforderung gegeben.

E.

Mit Rechtsschrift vom 12. September 2022 focht die Beschwerdeführerin den Einspracheentscheid des SECO vom 11. August 2022 beim

Bundesverwaltungsgericht an. Dabei beantragte sie, dieser sowie die Revisionsverfügung vom 25. Mai 2022 seien vollumfänglich aufzuheben; alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) zu Lasten der Staatskasse. Ihre Beschwerde begründete sie damit, dass Q._____ weder Verwaltungsratsmitglied noch Direktor sei und auch nicht über eine Prokura oder Handelsvollmacht verfüge. Er sei lediglich mit einem 50 %-Pensum bei der Beschwerdeführerin angestellt; die internen Entscheide würden immer nach Absprache unter allen Mitarbeitenden und dem alleinigen Verwaltungsrat gefällt.

Es gebe keine interne Hierarchie. Die Tatsache allein, dass Q._____ Aktionär sei, gebe ihm noch keine Geschäftsführungsbefugnisse oder Zeichnungsberechtigungen. So könne er das Geschäft nicht mehr beeinflussen als ein gewöhnlicher Arbeitnehmer. Er habe schlicht nicht die Möglichkeit dazu. Als Alleinaktionär könnte er zwar Generalversammlungen einberufen, die Geschäftsführung an sich ziehen und dann Einfluss auf die Beschwerdeführerin nehmen. Solange er das aber nicht tue, obliege die Geschäftsführung dem Verwaltungsrat. Daher sei eine Einflussnahme faktisch nicht möglich und sei es auch im Zeitraum, für den die Beschwerdeführerin die Kurzarbeitsentschädigungen beantragt habe, nicht gewesen.

Die Beschwerdeführerin habe über 19 Monate hinweg Kurzarbeitsentschädigung für ihre drei Angestellten beantragt, stets mit den in gleicher Weise abgefassten Unterlagen. Während der gesamten Dauer habe sie darauf vertraut, dass ihr Anspruch geprüft und korrekt ausbezahlt worden sei. Eine absichtliche Falschangabe könne ihr nicht vorgeworfen werden. Sie habe stets alle angeforderten Unterlagen eingereicht und somit ihre Mitwirkungspflicht erfüllt. Wenn ein Blick in das Aktionärsregister genüge, um diejenigen Personen festzustellen, die keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten, dann hätte die Arbeitslosenkasse dieses herausverlangen und ihrer Abklärungspflicht nachkommen müssen. Dadurch hätte die Situation, wie sie aktuell vorliege, nämlich, dass nach zwei Jahren Leistungen zurückgefordert würden, welche nach Treu und Glauben beantragt und als rechtens ausbezahlt worden seien, vermieden werden können.

Ob Q._____ anspruchsberechtigt sei, hänge davon ab, ob er die Entscheide der Beschwerdeführerin in massgeblicher Weise beeinflussen könne. Dabei handle es sich um eine Ermessensbeurteilung. Die Annahme der Arbeitslosenkasse, er sei vom Anspruch nicht ausgeschlossen, sei nicht zweifellos unrichtig, sondern ebenfalls vertretbar in Anbetracht der Tatsache, dass er die Entscheide der Beschwerdeführerin nicht

massgeblich beeinflussen könne. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei die Leistungsausrichtung daher nicht zweifelsohne unrichtig. Die Korrektur der Ferientage (recte: Feiertage) sei zwar zweifelsohne notwendig, im Ergebnis jedoch nicht so erheblich, dass sich eine Wiedererwägung der Leistungsauszahlung rechtfertige. Deshalb fehle es an den Voraussetzungen für eine Rückforderung der ausgerichteten Leistungen.

F.

In seiner Vernehmlassung vom 24. November 2022 beantragte das SECO, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Es argumentierte, als Alleinaktionär der Beschwerdeführerin sei Q. _____ Gesellschafter sowie finanziell am Betrieb Beteiligter. Er könne die Entscheidungen der Beschwerdeführerin nach eigenem Belieben bestimmen, namentlich jederzeit eine Universalversammlung abhalten und alle in die Zuständigkeit der Generalversammlung fallenden Gegenstände regeln. Insbesondere könne er jederzeit den Verwaltungsrat absetzen und sich selbst zum Verwaltungsrat wählen. Dies gestehe die Beschwerdeführerin selbst ein.

Ob er in einem reduzierten 50%-Pensum arbeite, zusätzlich zur Eigenschaft als Alleinaktionär noch Verwaltungsrat oder Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums sei, sei irrelevant. Dies gelte auch für den unbelegten angeblichen Umstand, dass interne Entscheide stets nach Absprache unter allen Mitarbeitenden und dem alleinigen Verwaltungsrat gefällt würden. Massgeblich sei einzig, dass Q. _____ alles selbst entscheiden könne, wenn er wolle. Irrelevant sei schliesslich auch seine fehlende Zeichnungsberechtigung; sie wirke sich ohnehin nur im Aussenverhältnis aus. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sei Q. _____ somit ein Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung. Damit sei unerheblich, ob er zusätzlich auch noch als Geschäftsführer zu qualifizieren wäre. Seit anfangs Juni 2020 habe er keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mehr.

Auf den Vertrauensschutz könne sich die Beschwerdeführerin nicht berufen. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung lösten auch wiederholte und über längere Zeitdauer vorbehaltlos ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen keinen Vertrauensschutz aus. Die Rechtmässigkeit der Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigungen werde erst in einem späteren Zeitpunkt, nämlich während der Arbeitgeberkontrolle, vertieft geprüft. Im Übrigen habe insbesondere während der Covid-19-Pandemie eine möglichst rasche Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigungen im Vordergrund gestanden.

Die Beurteilung der arbeitgeberähnlichen Stellung sei erstens ein Entscheid über eine rechtliche Frage, welcher der Behörde keinen Ermessensspielraum eröffne. Zweitens habe die Arbeitslosenkasse gar keinen Entscheid über das Vorhandensein einer arbeitgeberähnlichen Stellung getroffen, zumal sie von der Aktionärsstellung von Q. _____ keine Kenntnis gehabt habe und deshalb prima vista nicht habe ausschliessen können, dass dieser anspruchsberechtigt wäre. Somit sei die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung in dem Umfang unrechtmässig, in dem für Q. _____ als arbeitgeberähnlicher Arbeitnehmer kein Anspruch bestanden habe. Die Auszahlung sei folglich zweifellos unrichtig. Sodann bestreite die Beschwerdeführerin korrekterweise nicht, dass die Auszahlung der Ferientage (recte: Feiertage) unrichtig gewesen sei. Insgesamt seien der Beschwerdeführerin unrechtmässigerweise Kurzarbeitsentschädigungen im Umfang von Fr. [...] ausbezahlt worden. Bei diesem Betrag sei die Berichtigung mittels der Revisionsverfügung von erheblicher Bedeutung.

G.

Die Beschwerdeführerin bekräftigte ihren Standpunkt mit Replik vom 2. Februar 2023, die Vorinstanz den ihrigen mit Duplik vom 2. März 2023.

H.

Auf die entscheidwesentlichen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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

1.2 Soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG), richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Vorbehalten bleibt nach Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG das Bundesgesetz 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 Insolvenzenschädi-

gung anwendbar, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

1.3 Als Adressatin ist die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG). Die Beschwerde wurde fristgerecht erhoben (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Sie erfüllt die formellen und die inhaltlichen Anforderungen (Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss (Art. 63 Abs. 4 VwVG) wurde fristgerecht bezahlt.

1.4 Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet einzig der vorinstanzliche Einspracheentscheid vom 11. August 2022. Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren erst durch den Einspracheentscheid abgeschlossen; dieser ersetzt die ursprüngliche Verfügung (vgl. BGE 142 V 337 E. 3.2.1 a.E.). Soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren die Aufhebung der Revisionsverfügung vom 25. Mai 2022 beantragt, ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. Urteil des BVGer B-2334/2022 vom 27. September 2023 E. 1.3).

1.5 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten, soweit sie sich gegen den Einspracheentscheid vom 11. August 2022 richtet (vgl. oben E. 1.4).

2.

Vorab ist der Streitgegenstand einzugrenzen.

2.1 Strittig ist zur Hauptsache, ob Q. _____ die Entscheidungen des Arbeitgebers als Gesellschafter, finanziell am Betrieb Beteiligter oder Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann bzw. konnte und deshalb gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG während des fraglichen Zeitraums ab der Abrechnungsperiode Juni 2020 keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hatte.

2.2 Weiter ist streitig, ob die Revisionsvoraussetzungen erfüllt sind und ob sich die Beschwerdeführerin auf einen Tatbestand des Vertrauensschutzes berufen darf. Letzterer würde sich ihrer Ansicht nach insbesondere auch auf die von ihr als solche nicht bestrittenen Fehler beim Ausfüllen des Antrags auf Kurzarbeitsentschädigung (vgl. Sachverhalt, B., C. und E.) erstrecken.

3.

Sodann muss das anwendbare Recht bestimmt werden.

3.1 Rechtsgrundlage der Kurzarbeitsentschädigung bilden die Art. 31 ff. des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 (AVIG, SR 837.0). Art. 31 Abs. 1 AVIG regelt die Anspruchsvoraussetzungen wie folgt (Zitat):

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn:

- a. sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben;
- b. der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32);
- c. das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist;
- d. der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können.

Nach Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG haben Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (sog. arbeitgeberähnliche Stellung).

Gemäss Art. 32 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Bst. a) und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Bst. b). Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Ausführungsbestimmungen zu Art. 31 ff. AVIG finden sich in den Art. 46 ff. der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 (AVIV, SR 837.02).

Art. 34 AVIG regelt die Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung.

3.2 Gestützt auf Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) erliess der Bundesrat während der Corona-Pandemie die Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung ALV, AS 2020 877; aktuelle Fassung mit Stand 1. Juli 2022: SR 837.033). Sie enthält unter anderem von den Art. 31 ff. AVIG abweichende Vorschriften und wurde

mehrfach revidiert (vgl. BGE 148 V 144 E. 4 und Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 2.2).

3.3 Entsprechend den Abweichungen der Covid-19-Verordnung ALV von den einschlägigen Gesetzesbestimmungen bedarf unter Umständen auch die diesbezügliche Praxis gewisser Modifikationen. Namentlich wegen der Regelungstechnik der Verordnung muss allerdings davon ausgegangen werden, dass der Bundesrat am bestehenden System grundsätzlich festhalten und nur insoweit davon abweichen wollte, als die Verordnung eine Gesetzesvorschrift jeweils explizite derogierte (Urteile des BVGer B-801/2022 vom 18. September 2023 E. 3.3.4, B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.3, B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 2.2 und BVGE 2021 V/2, E. 2.3.1, 4.4.1 und 4.5).

3.4 In Abweichung von Art. 31 Abs. 3 Bst. c sowie Art. 34 Abs. 1 und 2 AVIG räumten Art. 2 und Art. 5 Bst. b der Covid-19-Verordnung ALV Personen, welche die Entscheidungen des Arbeitgebers als Gesellschafter, finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums bestimmen oder massgeblich beeinflussen konnten, einen limitierten, pauschalisierten Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ein (Covid-19-Verordnung ALV, Fassung vom 20. März 2020, AS 2020 877). Diese Vorschrift galt bis 31. Mai 2020 (vgl. Änderung der Covid-19-Verordnung ALV vom 20. Mai 2020, AS 2020 1777). Folglich ist über das Vorliegen einer arbeitgeberähnlichen Stellung bei Q._____ nach ordentlichem Recht zu befinden, denn die Thematik betrifft den Zeitraum ab Juni 2020, in welchem hinsichtlich der fraglichen Bestimmung keine pandemiebedingte Sonderregelung mehr galt.

3.5 Die Covid-19-Verordnung ALV modifizierte die Bestimmungen des ATSG betreffend Rückerstattung (Art. 25) sowie Revision und Wiedererwägung (Art. 53) nicht. Deshalb beurteilt sich die Frage der Rückerstattungspflicht ebenfalls nach ordentlichem Recht. Das gilt einerseits hinsichtlich der Rückforderung aufgrund der Stellung von Q._____. Andererseits gilt es bezüglich derjenigen Rückforderung, welche aus dem seitens der Beschwerdeführerin grundsätzlich eingeräumten Fehler beim Erfassen von Feiertagsabwesenheiten resultiert.

4.

In materieller Hinsicht ist nun zu prüfen, ob Q._____ im massgeblichen Zeitraum eine arbeitgeberähnliche Stellung innehatte.

4.1 Eine solche haben nach Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG, wie bereits erwähnt, namentlich Personen, die die Entscheidungen des Arbeitgebers als Gesellschafter, finanziell am Betrieb Beteiligte oder Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums bestimmen oder massgeblich beeinflussen können.

4.2 Die Beschwerdeführerin argumentiert, Q. _____ sei weder Verwaltungsratsmitglied noch Direktor und verfüge auch nicht über eine Prokura oder Handelsvollmacht. Er sei lediglich mit einem 50 %-Pensum bei der Beschwerdeführerin angestellt. Die internen Entscheide würden immer nach Absprache zwischen allen Mitarbeitenden und dem alleinigen Verwaltungsrat gefällt. Es gebe keine interne Hierarchie. Eine Einflussnahme von Q. _____ auf die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin sei im Zeitraum, für den diese die Kurzarbeitsentschädigungen beantragt habe, faktisch nicht möglich gewesen. Die Tatsache allein, dass er Aktionär sei, gebe ihm noch keine Geschäftsführungsbefugnisse oder Zeichnungsberechtigungen. Als Alleinaktionär könnte er zwar Generalversammlungen einberufen, die Geschäftsführung an sich ziehen und dann Einfluss auf die Beschwerdeführerin nehmen. Solange er das aber nicht tue, obliege die Geschäftsführung dem Verwaltungsrat.

4.3 Dem hält das SECO entgegen, als Alleinaktionär der Beschwerdeführerin sei Q. _____ Gesellschafter sowie finanziell am Betrieb Beteiligter. Wenn er wolle, könne er die Entscheidungen der Beschwerdeführerin nach eigenem Belieben bestimmen, namentlich jederzeit eine Universalversammlung abhalten und alle in die Zuständigkeit der Generalversammlung fallenden Gegenstände regeln. Irrelevant sei, ob er in einem reduzierten Pensum arbeite, zeichnungsberechtigt, Verwaltungsrat oder Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums sei. Gleiches gelte für den unbelegten Umstand, dass interne Entscheide stets in Absprache aller Mitarbeitenden mit dem alleinigen Verwaltungsrat gefällt würden.

4.4 Art. 31 Abs. 1 AVIG erklärt ausschliesslich Arbeitnehmer als anspruchsberechtigt. Arbeitgeber haben von vornherein keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, denn es liegt in ihrer Dispositionsfreiheit, den anspruchsbegründenden Sachverhalt zu verwirklichen und Kurzarbeit einzuführen, soweit die Voraussetzungen dafür erfüllt sind. Je nach Rechtsform, in der sich ein Arbeitgeber konstituiert hat, sind aber auch andere Personen an seinen Dispositionen beteiligt. Daher nimmt Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG arbeitgeberähnliche Personen vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aus (BGE 123 V 234 E. 7a m.H.; BVGE 2021 V/2 E. 3.4 m.H. und

Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.2; vgl. BARBARA KUPFER BUCHER, Fokus Arbeitslosenversicherung, 2. A., 2023, S. 30). Eine arbeitgeberähnliche Funktion kann zur Verneinung der Anspruchsberechtigung führen, wenngleich die versicherte Person als Arbeitnehmerin erfasst ist (BGE 145 V 200 E. 4.4.1; vgl. MICHAEL E. MEIER, In der eigenen Gesellschaft beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, SZS 1/2022 S. 30 ff., 39, sowie PATRICIA USINGER-EGGER, Arbeitgeberähnliche Stellung ohne Lohnauszahlung: Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung?, SZS 4/2020 S. 191).

Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG trägt den Schwierigkeiten bei der Überprüfung des Arbeitsausfalls solcher Personen, der praktisch unkontrollierbar ist, Rechnung. Insbesondere will die Bestimmung Missbräuche – etwa die Ausstellung der notwendigen Dokumente für sich selber, Gefälligkeitsbescheinigungen, Mitbestimmung oder Mitverantwortung bei der Einführung der Kurzarbeit und Ähnliches, vor allem durch Arbeitnehmer mit Gesellschafts- oder sonstiger Kapitalbeteiligung in Leitungsfunktion des Betriebes – verhindern (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b/bb; BVGE 2021 V/2 E. 3.4, Urteile des BVGer B-7908/2007 vom 21. August 2008 E. 3.1.2 und B-7820/2006 vom 19. Juni 2008 E. 3.2; Botschaft des Bundesrates vom 2. Juli 1980 zu einem neuen Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, BBl 1980 III 489, nachfolgend «Botschaft», 591, sowie speziell zum Missbrauchsgedanken 518 f.). Eines tatsächlichen Missbrauchs bedarf es nicht; das dahingehende Risiko reicht nach der Rechtsprechung aus (vgl. BGE 142 V 263 E. 4.1; Urteile des BGer 8C_242/2022 vom 4. August 2022 E. 5.5 m.H. und 8C_509/2007 vom 8. Mai 2008 E. 3.2; KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 33; vgl. auch MICHAEL E. MEIER, von Fledermäusen und Teufeln, in: Vokinger/Kradolfer/Egli, Begegnungen, Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter, 2021, S. 37 ff.; THOMAS GÄCHTER/AGNES LEU, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, Beiträge (fast) ohne Gegenleistung?, SZS Sonderheft 2014, S. 88 ff., 93). Nach dem klaren Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG («können») genügt denn auch die Möglichkeit, entsprechende Entscheidungen des Arbeitgebers zu bestimmen oder in wesentlichem Masse zu beeinflussen (vgl. BGE 148 V 265 E. 5.3.3, zur Auslegungsmethodik).

4.5 Ob Arbeitnehmende dem obersten betrieblichen Entscheidungsgremium angehören und ob sie die Unternehmensentscheidungen in massgeblicher Weise beeinflussen können, ist aufgrund der betriebsinternen Struktur zu eruieren (Urteil des BGer 8C_242/2022 vom 4. August 2022

E. 3.2). Keine Prüfung des Einzelfalles braucht es allerdings, wenn sich die betreffende Entscheidungsbefugnis (zwingend) aus dem Gesetz selbst ergibt. Dies gilt namentlich für Gesellschafter einer GmbH (Art. 804 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911, OR, SR 220) und (mitarbeitende) Verwaltungsräte einer AG, für welche Art. 716a Abs. 1 OR unübertrag- sowie unentziehbare Kompetenzen vorsieht, anhand derer die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmt oder in massgeblicher Weise beeinflusst werden können (BGE 145 V 200 E. 4.2 m.H., insbesondere auf BGE 123 V 234 E. 7a und 122 V 270 E. 3 sowie das Urteil des BGer 8C_412/2017 vom 10. Januar 2018 E. 5.1). Gemäss Rechtsprechung ist der Ausschluss arbeitgeberähnlicher Personen vom Entschädigungsanspruch absolut. Amtet ein Arbeitnehmer beispielsweise als Verwaltungsrat, so verfügt er von Gesetzes wegen über massgebliche Entscheidungsbefugnis, selbst dann, wenn seine Kapitalbeteiligung gering und er nur kollektiv zeichnungsberechtigt ist (BGE 123 V 234 E. 7a m.H.; THOMAS NUSSBAUMER, in: Ulrich Meyer, SBVR Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. A., 2016, N. 464 m.H. in Fn. 1049).

4.6 Q. _____ ist Alleinaktionär, aber nicht Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin. Ihr Verwaltungsrat besteht ebenfalls aus einer einzelnen Person. Fraglich ist, ob es ihm diese Konstellation im betreffenden Zeitraum ermöglichte, die Entscheidungen der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG zu bestimmen oder in massgeblicher Weise zu beeinflussen.

4.6.1 Das oberste Organ der Aktiengesellschaft (AG) bildet die Generalversammlung der Aktionäre (Art. 698 Abs. 1 OR). Als unübertragbare Befugnisse stehen ihr namentlich die Wahl der Mitglieder des Verwaltungsrats (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 2 OR) sowie deren Entlastung (Art. 698 Abs. 2 Ziff. 7 OR) zu. Neben dem Verwaltungsrat (Art. 699 Abs. 1 OR) können bei nicht börsenkotierten Aktiengesellschaften insbesondere Aktionäre, welche über mindestens zehn Prozent des Aktienkapitals oder der Stimmen verfügen, eine Generalversammlung einberufen (Art. 699 Abs. 3 Ziff. 2 OR). Der Verwaltungsrat wiederum kann in allen Angelegenheiten, die nicht nach Gesetz oder Statuten der Generalversammlung zugewiesen sind, Beschluss fassen (Art. 716 Abs. 1 OR). Er führt die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat (Art. 716 Abs. 2 OR). An unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben obliegen ihm unter anderem die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 OR), Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen

(Art. 716a Abs. 1 Ziff. 4 OR) sowie die Oberaufsicht über diese (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR).

4.6.2 Mangels Mitgliedschaft im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin stehen Q._____ die mit diesem Amt verbundenen Befugnisse, welche laut Rechtsprechung für den Tatbestand des Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG genügen (vgl. oben E. 4.5), nicht zu. Insofern lässt er sich nicht als Mitglied des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG bezeichnen. Untersucht werden muss daher, ob er entweder ex lege entsprechend einer der anderen Tatbestandsvarianten von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG oder aufgrund der innerbetrieblichen Struktur der Beschwerdeführerin den nach dieser Bestimmung erforderlichen Einfluss genießt.

4.6.2.1 Nicht nur Personen mit formeller Organstellung können Mitglieder oberster betrieblicher Entscheidungsorgane sein; ausschlaggebend sind vielmehr die tatsächlichen Entscheidungsbefugnisse (vgl. BGE 122 III 225 E. 4b; Urteile des BGer 8C_433/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 5.2.2, 8C_191/2014 vom 4. Juni 2014 E. 4.4 und 8C_252/2011 vom 14. Juni 2011 E. 4.5 a.E.; KURT PÄRLI/JOËL KÄMPF, Das Phänomen Lohnträgerschaft: Wann liegt Scheinunselbständigkeit vor?, SZS 5/2023 S. 229 ff., 238; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, Art. 10 N. 24 und Art. 31 N. 41). Dabei spielt der Anstellungsgrad grundsätzlich keine Rolle, und vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung können auch Personen ausgeschlossen sein, welche weder im Handelsregister eingetragen noch formell zeichnungsberechtigt sind (vgl. Urteil des BGer C 61/05 vom 10. April 2006 E. 2.2 m.H.). Allerdings besteht eine Missbrauchsgefahr (vgl. oben E. 4.4) hauptsächlich bei Personen, die als oberste Entscheidungsträger eines Betriebes befugt sind, Kurzarbeit anzuordnen, was auf Angestellte in untergeordneten Kaderfunktionen nicht zutrifft. Einzig Versicherte, die Entscheidungskompetenzen nicht nur im Rahmen des operativen Tagesgeschäfts besitzen, sondern auch in strategischer Hinsicht über die Unternehmung (mit)bestimmen können (Ausrichtung, Einschränkung und Beendigung der Unternehmenstätigkeit), dürfen als arbeitgeberähnlich qualifiziert werden (Urteil des BGer 8C_319/2022 vom 12. Oktober 2022 E. 5.2.1 f. sowie ELISABETH BERGER GÖTZ, Abgrenzungsfragen im Zusammenhang mit der arbeitgeberähnlichen Stellung in der Arbeitslosenversicherung, SZS 2/2023 S. 96 ff., 97).

4.6.2.2 Wie die Beschwerdeführerin erklärt, ist Q._____ auch nicht Direktor. Ebenso wenig verfüge er über Prokura oder Handlungsvollmacht. Er

sei lediglich mit einem 50%-Pensum bei ihr angestellt. Die internen Entschiede würden stets nach Absprache zwischen allen Mitarbeitenden und dem alleinigen Verwaltungsrat gefällt. Es gebe keine interne Hierarchie. Daraus lässt sich schliessen, dass sämtliche Angestellten der Beschwerdeführerin, darunter Q._____, de facto als Mitglieder ihres einzigen und obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG fungieren. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich demnach um ein kleines, nicht hierarchisch strukturiertes Unternehmen (vgl. Urteil des BGer 8C_252/2011 vom 14. Juni 2011 E. 4.4 f. und BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. A., 2019, S. 270, wonach die wenig ausgeprägten Organisationsstrukturen und die flachen Hierarchien eines Kleinbetriebs im konkreten Fall einen massgeblichen Einfluss des Versicherten auf den Arbeitgeber nahelegten). Aus dem Fehlen einer Hierarchie muss gefolgert werden, dass sich keine unterschiedlichen Kaderfunktionen auseinanderhalten lassen. Wenn sodann sämtliche Entscheidungen nach Absprache zwischen allen Mitarbeitenden und dem Alleinverwaltungsrat gefällt werden, dann auch jene über die Ausrichtung, Einschränkung und Beendigung der Unternehmenstätigkeit. Vor diesem Hintergrund bleibt zu analysieren, ob Q._____ derartige Entscheidungen, insbesondere betreffend Einführung von Kurzarbeit, im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG bestimmen oder auf massgebliche Weise beeinflussen konnte. Angesichts des soeben beschriebenen Beschlussfassungsmechanismus stand ihm jedenfalls die Möglichkeit offen, wenigstens einen gewissen Einfluss auf sie zu nehmen.

4.6.2.3 Mit Blick auf die Intensität dieser Einflussmöglichkeit ist nun die Position von Q._____ als Alleinaktionär des Kleinunternehmens der Beschwerdeführerin näher zu würdigen.

4.6.2.3.1 Bei Q._____ fallen die Rollen des finanziell am Betrieb Beteiligten und – aufgrund der konkreten Umstände – des Mitglieds des obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums sowie, je nach Terminologie, auch diejenige des Gesellschafters, zusammen. In Praxis und Lehre finden sich verschiedene Auffassungen darüber, ob Aktionäre unter Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG als Gesellschafter oder finanziell am Betrieb Beteiligte gelten. So gehen etwa die Urteile des BGer C 61/05 vom 10. April 2006 (E. 2.2) und C 120/02 vom 14. März 2003 (E. 6.2) vom Tatbestand der finanziellen Beteiligung aus. KUPFER BUCHER (a.a.O., S. 30) hingegen spricht von der Eigenschaft als Gesellschafter, «z.B. einer AG oder GmbH» (ähnlich offenbar NUSSBAUMER, a.a.O., N. 465 m.H. und RUBIN, a.a.O., Art. 10 N. 25). Die Frage kann hier offengelassen werden, denn ausschlaggebend ist

stets die Möglichkeit der versicherten Person, die Entscheidungen der Gesellschaft konkret und massgeblich zu beeinflussen (Urteile des BGer 8C_433/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 5.2.2 und 8C_1044/2008 vom 13. Februar 2009 E. 3.2.1 m.H.).

4.6.2.3.2 Die Beschwerdeführerin legt dar, als Alleinaktionär könnte Q._____ zwar Generalversammlungen einberufen, die Geschäftsführung an sich ziehen und dann Einfluss auf die Beschwerdeführerin nehmen. Solange er das aber nicht tue, obliege die Geschäftsführung dem Verwaltungsrat. Daher sei eine Einflussnahme faktisch nicht möglich und sei es auch im Zeitraum, für den die Beschwerdeführerin die Kurzarbeitsentschädigungen beantragt habe, nicht gewesen. Letzteres widerspricht allerdings der Aussage der Beschwerdeführerin, die internen Entscheidungen würden stets in Absprache aller Mitarbeitenden mit dem alleinigen Verwaltungsrat gefällt. Abgesehen davon genügt nach dem klaren Gesetzeswortlaut und der einschlägigen Gerichtspraxis schon die *Möglichkeit* der Einflussnahme (vgl. oben E. 4.4 a.E. und E. 4.6.2.3.1). Diese Möglichkeit aber hatte Q._____ im fraglichen Zeitraum auch aufgrund seiner Stellung als Alleinaktionär, was die Beschwerdeführerin selber einräumt. So konnte er gar jederzeit eine Universalversammlung nach Art. 701 OR abhalten, ohne die Vorschriften über die Einberufung von Generalversammlungen beachten zu müssen (zu den Kompetenzen der Generalversammlung vgl. oben E. 4.6.1).

4.6.2.3.3 Aktienbesitz bildet praxismässig eines der für einen Ausschluss vom Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung in Betracht fallenden Kriterien (Urteil des BGer C 61/05 vom 10. April 2006 E. 2.2). Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts begründet die blosse Beteiligung am Aktienkapital allerdings für sich allein noch keine arbeitgeberähnliche Position (Urteile 8C_1044/2008 vom 13. Februar 2009 E. 3.2.1 und C 45/04 vom 27. Januar 2005 E. 3.2; vgl. auch SECO, Weisung AVIG ALE, Stand 1. Juli 2023, B20, wonach der blosse Besitz von z.B. Mitarbeiteraktien nicht zu einem Leistungsausschluss führt). Ob es dafür eines Mindestanteils am Kapital bedarf, wurde bislang offengelassen (vgl. Urteil des BGer C 61/05 vom 10. April 2006 E. 2.2; zum Ganzen auch Urteil des BGer 8C_433/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 5.2.1 ff.).

Betreffend einen vormaligen Verwaltungsrat stellte das Bundesgericht fest (Urteil C 120/02 vom 14. März 2003 E. 6.2), er habe weiterhin die Möglichkeit gehabt, das Schicksal der Aktiengesellschaft zu beeinflussen, was er im Übrigen als Präsident einer ausserordentlichen Generalversammlung

bestätigt habe. Wenn nicht als Verwaltungsrat, dann habe er die Befugnisse, welche Versicherungsleistungen entgegenstünden, als finanziell am Betrieb Beteiligter, nämlich als Alleinaktionär, beibehalten.

Ein Versicherter, der acht von 50 Namenaktien, d.h. einen Anteil von 16 %, besass, während sein Vater die Aktienmehrheit innehatte, wurde hingegen nicht als arbeitgeberähnlich qualifiziert; die blossе Tatsache, dass er mit den übrigen Aktionären und dem Geschäftsführer verwandt war, genügte dafür laut Bundesgericht nicht (Urteil C 45/04 vom 27. Januar 2005 E. 3.2).

Im Urteil C 61/05 vom 10. April 2006 (E. 2.2) erwog das Bundesgericht, obwohl der Beschwerdegegner ab 1. September 2003 nicht mehr Verwaltungsratsmitglied, nicht mehr zeichnungsberechtigt und nur noch mit einem reduzierten Pensum von 20 % für das Unternehmen tätig gewesen sei, habe er doch bis Ende 2003 49.5 % der Aktien besessen und sei damit finanziell in erheblichem Ausmass am Betrieb beteiligt gewesen. Dabei könne offenbleiben, ob für eine arbeitgeberähnliche Stellung ein Mindestanteil von $33 \frac{1}{3}$ % am Kapital vorliegen müsse. Mit 49.5 % sei der Versicherte in der Lage gewesen, erheblichen Einfluss auf den Betrieb auszuüben, was für die Verneinung eines Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ausreiche.

Bei einem Versicherten, der neben zwei weiteren Aktionären mit je 30 % einen Aktienanteil von 40 % hielt, schloss das Bundesgericht, er bleibe der einflussreichste Aktionär, zumal er praktisch seit Gründung der Gesellschaft Verwaltungsratspräsident und später Verwaltungsrat mit Einzelnunterschrift gewesen sei. Die Generalversammlung der Gesellschaft sei in jedem Fall beschlussfähig, wenn 70 % des Aktionariats anwesend oder vertreten seien; jede Aktie verleihe eine Stimme. So könne sich der Beschwerdegegner mit einem der beiden anderen Aktionäre verständigen, auf dass die Generalversammlung rechtsgültige Beschlüsse fasse. Dies sei anlässlich zweier Generalversammlungen, bei denen die anwesenden oder vertretenen Aktionäre gemeinsam 70 % des Kapitals repräsentiert hätten, auch geschehen. Demnach habe der Beschwerdegegner einen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Gesellschaft behalten, was zum Schluss führe, dass er trotz seiner Demission als Verwaltungsrat in einer arbeitgeberähnlichen Position verbleibe (Urteil 8C_1044/2008 vom 13. Februar 2009 E. 3.2.2).

Hinsichtlich des Rechtsinstituts der arbeitgeberähnlichen Stellung verglich das Bundesgericht in BGE 145 V 200 (Urteil des BGer 8C_621/2018 vom

20. März 2019 E. 4.5) die Kompetenzen von GmbH-Gesellschaftern mit denjenigen von Aktionären. Dabei legte es unter anderem dar, eine Vielzahl unübertragbarer Befugnisse erlaube es den Gesellschaftern der GmbH, über die Gesellschafterversammlung einen viel stärkeren Einfluss auf die Geschäftsführung zu nehmen als Aktionäre an der Generalversammlung. Die unübertragbaren Befugnisse eines GmbH-Gesellschafters nach Art. 804 Abs. 2 OR seien mit Blick auf die arbeitslosenversicherungsrechtliche Qualifikation einer arbeitgeberähnlichen Person nicht anders zu werten als jene eines Verwaltungsrats einer AG. Als personenbezogene Kapitalgesellschaft weise die GmbH eine persönliche Nähe zu ihren Gesellschaftern auf. Zwischen Gesellschaftern und GmbH bestehe eine engere Verbindung als zwischen Aktionären und AG. Das Risiko eines Missbrauchs von Arbeitslosenversicherungsleistungen könne deshalb bei GmbH-Gesellschaftern selbst bei minimaler finanzieller Beteiligung nicht negiert werden.

In seinem Urteil 8C_433/2019 vom 20. Dezember 2019 (E. 5.2.4) legte das Bundesgericht dar, der Beschwerdeführer sei am 13. August 2018 als Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft zurückgetreten. Es sei ausgeschlossen, dass er als fristlos entlassener ehemaliger Geschäftsführer sowie Minderheitsaktionär (Beteiligung von 25 % am Aktienkapital) mit den für die sofortige Auflösung des Arbeitsverhältnisses verantwortlichen Verwaltungsräten und Aktionären Mehrheiten finden könnte, um die Entscheidungen der Gesellschaft zu beeinflussen. Ein Missbrauchspotential bestehe daher nach seinem Rücktritt als Verwaltungsrat nicht mehr.

Folglich lässt sich zusammenfassen, dass nach der bundesgerichtlichen Praxis beispielsweise eine Beteiligung am Aktienkapital von knapp der Hälfte eine arbeitgeberähnliche Position herbeizuführen vermag, selbst wenn nur (noch) ein relativ geringer Anstellungsgrad und keine exekutiven Befugnisse (mehr) vorliegen. Umso mehr gilt nach der Rechtsprechung ein Alleinaktionär als arbeitgeberähnlich (vgl. auch UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. A., 2017, N. 283); eine erhebliche Beteiligung genügt also.

4.6.2.3.4 Angesichts dessen muss Q._____ als Alleinaktionär der Beschwerdeführerin mit Blick auf den fraglichen Zeitraum als arbeitgeberähnliche Person im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG qualifiziert werden. Dafür spricht zusätzlich, dass es sich bei der Beschwerdeführerin um ein kleineres Unternehmen handelt, bei welchem alle Mitarbeitenden, also

auch der Alleinaktionär, in die Entscheidungsfindung der Geschäftsleitung einbezogen werden.

Es bleibt daran zu erinnern, dass tatsächlicher Missbrauch des Instruments der Kurzarbeitsentschädigung gemäss langjähriger Rechtsprechung zu Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG nicht nachgewiesen sein muss; vielmehr genügt eine entsprechende Gefahr (vgl. oben E. 4.4), und diese wird für einen Alleinaktionär nach der Praxis als gegeben erachtet.

4.7 Als Schlussfolgerung lässt sich festhalten, dass Q. _____ ab der Abrechnungsperiode Juni 2020, d.h. nach Aufhebung der einschlägigen Covid-Spezialbestimmungen, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mehr hatte.

5.

Im Weiteren beruft sich die Beschwerdeführerin auf den Vertrauensschutz. Sie rügt zudem eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes durch das SECO und vertritt den Standpunkt, die Voraussetzungen für eine Rückforderung seien nicht erfüllt.

5.1 Die Beschwerdeführerin erklärt, sie habe über 19 Monate hinweg Kurzarbeitsentschädigung für ihre drei Angestellten beantragt, stets mit den gleich abgefassten Unterlagen. Dabei habe sie darauf vertraut, dass ihr Anspruch geprüft und korrekt ausbezahlt worden sei. Eine absichtliche Falschangabe könne ihr nicht vorgeworfen werden. Sie habe immer alle angeforderten Unterlagen eingereicht und somit ihre Mitwirkungspflicht erfüllt. Wenn ein Blick in das Aktionärsregister genüge, um festzustellen, wer keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe, dann hätte die Arbeitslosenkasse dieses herausverlangen und ihrer Abklärungspflicht nachkommen müssen. Dadurch hätte die aktuelle Situation, dass nach zwei Jahren Leistungen zurückgefordert würden, vermieden werden können. Die Leistungsausrichtung sei nicht zweifelsohne unrichtig gewesen. Zwar sei die Korrektur der Ferientage (recte: Feiertage) zweifellos notwendig, im Ergebnis jedoch nicht so erheblich, dass sich eine Wiedererwägung der Leistungsauszahlung rechtfertige. Deshalb fehle es an den Voraussetzungen für eine Rückforderung der ausgerichteten Leistungen.

5.2 Darauf erwidert die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Gemäss konstanter bundesgerichtlicher Rechtsprechung lösten auch wiederholte und über längere Zeitdauer vorbehaltlos ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen keinen

Vertrauensschutz aus. Die Rechtmässigkeit ihrer Auszahlung werde erst in einem späteren Zeitpunkt, nämlich bei der Arbeitgeberkontrolle, vertieft geprüft. Im Übrigen habe insbesondere während der Covid-19-Pandemie eine möglichst rasche Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigungen im Vordergrund gestanden. Zweifellos sei die Auszahlung von Fr. [...] unrechtmässig gewesen. Bei diesem Betrag sei die Berichtigung mittels Revisionsverfügung von erheblicher Bedeutung.

5.3 Schon unabhängig von der Corona-Pandemie hat die Arbeitslosenkasse keine vertiefte Prüfung aller Anspruchsvoraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigung 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 zu treffen und gegebenenfalls Einspruch gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigungen zu erheben (Art. 36 Abs. 3 und 4 AVIG; BGE 124 V 75 E. 4b/aa). Die Kasse prüft die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 AVIG sowie die Voraussetzung nach Art. 32 Abs. 1 Bst. b AVIG (Art. 39 Abs. 1 AVIG); sie ist jedoch nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (BGE 124 V 75 E. 4b/aa und bb). Anlass zu ergänzenden Abklärungen können auch erst die durch die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung nachträglich angeordneten Arbeitgeberkontrollen bilden (vgl. Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2; Urteile des BVGer B-410/2022 vom 5. Mai 2023 E. 3.3, B-5863/2020 vom 1. März 2022 E. 3.2.5 und B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 6.6).

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 sowie die von ihr beauftragten Treuhandstellen kontrollieren insbesondere die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen stichprobenweise bei den Arbeitgebern (Art. 83a AVIG, "Revision und Arbeitgeberkontrolle"; 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 dar, wobei nicht die Verwaltungsstelle, welche die Leistungsverfügungen erlassen hat, auf die Angelegenheit zurückkommt, sondern die dafür vom Gesetz vorgesehene höchste verantwortliche Instanz in der Gestalt der Ausgleichsstelle (Urteil des BGer

8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5; Urteile des BVGer B-5863/2020 vom 1. März 2022 E. 4.3 und B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 6.2).

Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist die Pflicht der Arbeitslosenkasse, die Leistungsberechtigung vor der Auszahlung zu prüfen, nicht als extensiv zu verstehen. Vertiefte Abklärungen sind nicht Aufgabe der Arbeitslosenkasse, sondern des SECO, welches die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen bei den Arbeitgebern stichprobenweise zu prüfen hat (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Diese Normierung verkäme zum toten Buchstaben, wenn bereits die Leistungszusprechung durch die Arbeitslosenkasse einer Anerkennung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung gleichkäme. So vermag denn auch der Umstand, dass die Arbeitslosenkasse – selbst über längere Zeit – vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt hat, nach der bundesgerichtlichen Praxis keinen Vertrauensschutz auszulösen (vgl. Urteile des BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6, 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.2 und 8C_469/2011 E. 6.2.1.2; Urteile des BVGer B-40/2018 vom 4. Oktober 2019 E. 5.4.3 und B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 6.4). Da die Arbeitslosenkasse ihre Leistungen in diesem Stadium praktisch ausschliesslich aufgrund der Angaben des gesuchstellenden Betriebes erbringt, ist es eher sie, die in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben sowie die Erfüllung der Voraussetzungen durch den Betrieb zu schützen ist und daher Anspruch auf Rückerstattung zu Unrecht ausbezahlter Leistungen hat, als jener gesuchstellende Betrieb, der die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt (vgl. Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.10).

Wie erwähnt, muss die Arbeitslosenkasse die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung also schon im ordentlichen Verfahren nicht vertieft prüfen. Umso mehr galt dies aber während der Pandemie. Ziel der Einführung eines vereinfachten Verfahrens bei der Voranmeldung und eines summarischen Verfahrens für die Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigungen war die schnelle, unbürokratische Auszahlung derselben, mit einer Reduktion des administrativen Aufwands für die Arbeitgeber und die Verwaltung in der durch die Covid-19-Pandemie bedingten ausserordentlichen Situation, in welcher das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung in grossem Umfang beansprucht wurde (BGE 148 V 144 E. 5.2.2; vgl. Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Gesetz, BBl 2020 6563, 6585 f., 6613 ff. sowie

MYRIAM MINNIG/CHRISTA KALBERMATTEN, Kurzarbeitsentschädigungen – einen Prüfpunkt wert?, Expert Focus 12/2020 S. 989 ff., 990 Ziff. 1.2).

5.4 Im Lichte dieser Rechtslage musste die Arbeitslosenkasse keine weiteren Abklärungen treffen. Insbesondere war sie nicht gehalten, das Aktienbuch (vgl. Art. 686 ff. OR) der Beschwerdeführerin herauszuverlangen. Andernfalls wäre die Arbeitslosenkasse gezwungen, bei zahlreichen Angestellten von Aktiengesellschaften anzunehmen, sie könnten möglicherweise Aktien ihrer Arbeitgeberin besitzen und allenfalls gar eine arbeitgeberähnliche Position innehaben. Die Kasse sähe sich dann veranlasst, regelmässig Aktienbücher zu konsultieren, um nach einem eventuellen arbeitgeberähnlichen Status zu forschen. Weil sich ein solcher aber, gerade angesichts der einzelfallorientierten Praxis, nicht ohne Weiteres aus dem Aktienbuch herauslesen lässt, müsste die Kasse den Sachverhalt mit Blick auf die konkreten Gegebenheiten des betreffenden Unternehmens in der Regel detaillierter ermitteln. Letzteres würde jedoch dem oben (E. 5.3) beschriebenen System, in welchem die Arbeitslosenkassen die Anspruchsberechtigung vor der Auszahlung nicht vertieft prüfen, zuwiderlaufen.

5.5 Abgesehen davon nennt schon der Wortlaut von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG insbesondere den Ausnahmetatbestand der finanziellen Beteiligung am Betrieb explizit. Wiedergegeben wurde dieser auch in Ziff. 6 («Wer hat keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung?») der Informationsbroschüre «Kurzarbeitsentschädigung» des SECO (einsehbar über <http://www.arbeit.swiss>), auf welche das Formular «Voranmeldung von Kurzarbeit» verweist. Ebenso findet er sich auf dem Formular «Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung». Die Beschwerdeführerin hätte also erkennen können, dass die Stellung von Q. _____ als Alleinaktionär und damit finanziell am Betrieb Beteiligter den Ausschluss vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nach sich ziehen konnte.

Ihre Aufklärungs- und Beratungspflicht gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG kann die Arbeitslosenkasse anhand der Informationsbroschüre "Kurzarbeitsentschädigung" erfüllen. Verzichtet die Gesuchstellerin darauf, die Informationsbroschüre mit gebührender Aufmerksamkeit zu lesen, trägt sie die damit verbundenen Nachteile (vgl. Urteile des BVGer B-4950/2019 vom 1. September 2021 E. 3.1.6, bestätigt durch Urteil des BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6, B-269/2019 vom 31. März 2020 E. 3.3.5, B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 4.2, B-5566/2012 vom 18. November 2014 E. 6.3.1, bestätigt durch Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 5.3 und B-325/2013 vom 20. Mai 2014 E. 6.2, je m.H.).

5.6 Vor diesem Hintergrund kann sich die Beschwerdeführerin ebensowenig auf Vertrauensschutz berufen, zumal ihn selbst eine vorbehaltlose Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigungen während längerer Zeit nicht auslöst (vgl. oben E. 5.3).

5.7 Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteile des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2 und C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je m.H.; vgl. Urteil des BVGer B-801/2022 vom 18. September 2023 E. 6.1).

Materiell erfolgte die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung an Q._____, wie oben (E. 4.7) dargelegt, für die Abrechnungsperioden ab Juni 2020 eindeutig zu Unrecht. Unbestrittenermassen erhielt die Beschwerdeführerin fälschlicherweise auch Kurzarbeitsentschädigungen aufgrund nicht korrekter Deklaration von Feiertagsabwesenheiten und Sollstunden. Daher erweist sich die streitige Rückforderung von Fr. [...] als rechtmässig. Nach Art. 95 Abs. 2 Satz 2 AVIG fordert die Kasse zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen vom Arbeitgeber zurück (vgl. auch Art. 83a Abs. 3 AVIG); die Berichtigung ist auch angesichts des Betrags von erheblicher Bedeutung (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG).

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist, soweit darauf einzutreten ist (vgl. oben E. 1.4 f.).

7.

7.1 Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend den Vollzug des AVIG sind kostenpflichtig, selbst wenn es dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder die Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen geht (Urteile des BVGer B- 410/2022 vom 5. Mai 2023 E. 12, B-5863/2020 vom 1. März 2022 E. 6 und B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7). Weil die Beschwerdeführerin unterliegt, hat sie die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) sind diese in Anwendung

der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 2'500.– festzusetzen.

7.2 Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Zur Bezahlung wird der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss einbehalten.

3.

Parteientschädigungen werden keine zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Mia Fuchs

Urs Küpfer

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: 14. November 2023

Zustellung erfolgt an:

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

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons [...] (A-Post)