



## **Urteil vom 12. Dezember 2022**

---

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler, Richterin Eva Schneeberger,  
Gerichtsschreiber Benjamin Märkli.

---

Parteien

**Z. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Christof Enderle, Advokat,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,**  
Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung.

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

Die Z. \_\_\_\_\_ AG (Beschwerdeführerin) ist eine im Handelsregister des Kantons Basel-Landschaft eingetragene Aktiengesellschaft, die den Handel mit [verschiedenen Industrieprodukten] bezweckt. Im Rahmen der Covid-19-Pandemie hat sie Kurzarbeitsentschädigung beantragt und erhalten, und zwar für die Monate April bis Juni 2020.

**B.**

Anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle am 21. August 2020 stellte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Vorinstanz) fest, dass erstens zwischen den aufgrund der Einsatzplanung erstellten und den im Betrieb elektronisch oder handschriftlich erfassten Arbeitszeiterfassungen diverse Differenzen bestünden. Nur für einzelne Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter liege eine solche handschriftliche oder elektronische Arbeitszeiterfassung vor, weise dann aber mehr Arbeitsstunden aus als die aufgrund des Einsatzplans erstellten Zeiterfassungen. Zudem seien Arbeitsausfälle für ferien-, krankheits- und feiertagsbedingte Abwesenheiten oder während Arbeitszeiten geltend gemacht worden. Ebenso seien die Sollstunden abweichend von den Arbeitsverträgen einzelner Mitarbeitender ermittelt worden. Zweitens sei für andere Mitarbeitende überhaupt keine Arbeitszeitkontrolle geführt worden und ein weiterer Mitarbeiter arbeite in Deutschland und die Sozialversicherungsbeiträge würden auch dort entrichtet. Drittens führten die aufgrund dieser Feststellungen notwendigen Korrekturen dazu, dass für den in die Prüfung mit einbezogenen Monat Juli 2020 die anrechenbaren Ausfallstunden weniger als 10 % der üblichen Sollstunden ausmachten und somit für diesen Monat die Anspruchsberechtigung insgesamt zu verneinen sei.

Mit dieser Begründung forderte die Vorinstanz mit Verfügung vom 1. September 2020 für die in der Periode vom April bis Juni 2020 bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen insgesamt Fr. 97'446.20 zurück und verneinte einen Anspruch auf die (noch nicht bezogene) Kurzarbeitsentschädigung im Juli 2020.

**C.**

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 29. September 2020 Einsprache. Mit Entscheid vom 22. Oktober 2020 wies die Vorinstanz die Einsprache ab und hielt am vollen Rückforderungsbetrag fest. Sie gehe davon aus, dass nur die Frage der Kontrollierbarkeit und

der Zeiterfassungen noch bestritten sei, da sich die (damalige) Einsprecherin nur hierzu äussere. Inhaltlich wies sie auf die insbesondere auf den Antragsformularen und den kantonalen Verfügungen enthaltenen Ausführungen zur Erforderlichkeit der Kontrollierbarkeit der geltend gemachten Arbeitsausfälle hin.

**D.**

Mit Eingabe vom 23. November 2020 ficht die Beschwerdeführerin den ablehnenden Einspracheentscheid an. Sie beantragt, ihn (unter Kostenfolgen) aufzuheben, die Vorinstanz zu verpflichten, der Beschwerdeführerin die gesetzlichen Leistungen zu erbringen und "insb. festzustellen, dass keine Rückerstattungspflicht der Beschwerdeführerin besteht" oder diese eventuell zu reduzieren. Eventualiter beantragt sie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie eine Nachfrist zur Einreichung einer ergänzenden Beschwerdeschrift, eventualiter die Gelegenheit, sich erneut zu äussern, wobei in beiden Fällen die Vorinstanz ihr die vollständigen Akten zur Verfügung zu stellen habe.

**E.**

Die Vorinstanz liess sich am 22. Februar 2021 vernehmen und reichte ihre Akten sowie diejenigen der kantonalen Amtsstelle ein. Sie beantragt, die Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen vollumfänglich abzuweisen und den Einspracheentscheid inklusive Rückforderung von Fr. 97'446.20 zu bestätigen.

**F.**

Mit Zwischenverfügung vom 24. Februar 2021 wurde die Vernehmlassung samt Beilagen der Beschwerdeführerin zugestellt und ihr Gelegenheit eingeräumt, ihre Beschwerdebegründung allenfalls zu ergänzen.

**G.**

Nach mehrfach erstreckter Frist reichte die Beschwerdeführerin am 21. Mai 2021 eine als Ergänzung der Beschwerde betitelte Eingabe ein, die inhaltlich und in puncto Umfang aber eine eigentliche Replik darstellt.

**H.**

Mit Verfügung vom 26. Mai 2021 wurde diese neuerliche Eingabe der Vorinstanz zur Kenntnis zugestellt, welche hierauf erneut eine Stellungnahme in Aussicht stellte und dazu am 15. Juni 2021 eine Fristerstreckung beantragte, die das Bundesverwaltungsgericht mit Verfügung vom 16. Juni 2021

gewährte. Mit Stellungnahme vom 6. Juli 2021 äusserte sich die Vorinstanz zur Ergänzung der Beschwerdebegründung, wobei sie im Wesentlichen an ihrer Position festhielt.

**I.**

Mit Verfügung vom 8. Juli 2021 stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin das Doppel der Stellungnahme der Vorinstanz zur Kenntnis zu und schloss den Schriftenwechsel unter Vorbehalt weiterer Parteieingaben oder Instruktionen ab.

**J.**

Mit Verfügung vom 21. Juni 2022 forderte das Bundesverwaltungsgericht ein noch fehlendes Aktenstück von der Vorinstanz nach und forderte diese auf, sich zur Authentizität einzelner Zeiterfassungen zu äussern. Dieser Aufforderung kam die Vorinstanz mit Eingabe vom 29. August 2022 nach, zu der sich die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 18. Oktober 2022 äusserte. Am 3. November 2022 reichte die Vorinstanz abschliessende Bemerkungen ein; von der Beschwerdeführerin ging darauf keine weitere Stellungnahme ein.

**K.**

Auf die Eingaben der Parteien wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen inhaltlich eingegangen.

### **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]). 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.

**1.2** Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher grundsätzlich einzutreten.

**1.3** Nicht einzutreten ist auf die Beschwerde, soweit die Feststellung beantragt wird, dass keine Rückforderung gegenüber der Beschwerdeführerin bestehe. Feststellungsbegehren sind subsidiär zu Gestaltungs- oder Leistungsbegehren. Die Gutheissung des Leistungsbegehrens enthält die Aussage, dass keine Rückforderung bestehe, mit. Mithin ist das Feststellungsbegehren unzulässig.

## **2.**

**2.1** Im vorliegenden Fall ist für eine Vielzahl der Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin umstritten, inwiefern ihnen überhaupt oder für einzelne Stunden ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zukommt. Die Beschwerdeführerin bringt gegen die Rückforderung der ihr ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung im Wesentlichen vor, die notrechtlichen Massnahmen des Bundesrats hätten Erleichterungen (auch) bei der Kurzarbeit umfasst. Daher müsse einerseits für gewisse Mitarbeitende auch ohne Arbeitszeiterfassung ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bejaht werden. Andererseits sei für andere Mitarbeitende auf die Einsatzpläne abzustellen, soweit keine Arbeitszeiterfassung vorliege. Im Zusammenhang mit dem Corona-bedingten, kurzfristig mehrmals geänderten Notrecht ist jedoch zunächst abzuklären, welches Recht – in sachlicher (sogleich E. 2.2 und 2.3) und in zeitlicher Hinsicht (nachstehend E. 2.4) – anwendbar ist.

**2.2** Die Kurzarbeit ist im AVIG geregelt, das durch die Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02) konkretisiert wird. Im Rahmen der Corona-Pandemie ist der Bundesrat zulässigerweise (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.5) punktuell von dieser Regelung abgewichen. Vorliegend einschlägig ist insbesondere die Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19)

(Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033), deren Tragweite und Auswirkung in Bezug auf die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung umstritten sind. Zunächst ist demnach in grundsätzlicher Weise der anwendbare Rechtsbestand zu ermitteln.

**2.2.1** Das Arbeitslosenversicherungsgesetz möchte den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle unter anderem wegen Kurzarbeit garantieren (Art. 1a Abs. 1 AVIG; vgl. BGE 125 V 475 E. 5a; Urteil des BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014 E. 2.1). Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Kurzarbeit setzt unter anderem voraus, dass der Arbeitnehmer einen Arbeitsausfall erleidet (Art. 31 Abs. 1 Bst. b AVIG), welcher – um anrechenbar zu sein – seinerseits gewisse Voraussetzungen erfüllen muss. Er muss insbesondere auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen, unvermeidbar, vorübergehend, bestimm- und kontrollierbar sein sowie je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der von allen Mitarbeitenden üblicherweise geleisteten Arbeitsstunden ausmachen (Art. 32 f. AVIG; vgl. Urteil B-2470/2013 E. 2.2). Die Einführung von Kurzarbeit liegt in der unternehmerischen Dispositionsfreiheit der Arbeitgeberin. Sie allein bestimmt, ob, wann und für wie lange sie Kurzarbeit einführen will. Bezweckt wird damit eine Produktionsdrosselung und Kosteneinsparung bei gleichzeitiger Erhaltung der Arbeitsplätze und des Personalbestandes. Durch Kurzarbeit sollen während einer beschränkten Zeit Entlassungen vermieden werden, damit das Unternehmen bei einer Normalisierung des Geschäftsganges mit einem intakten Produktionsapparat und Personalstamm weiterarbeiten kann (vgl. BGE 123 V 234 E. 7a).

**2.2.2** Weil es in der Dispositionsfreiheit der Arbeitgeberin liegt, Kurzarbeit einzuführen und – bei Erfüllen der einschlägigen Voraussetzungen – den anspruchsbegründenden Sachverhalt für eine Kurzarbeitsentschädigung zu verwirklichen, ist sie von vornherein vom Anspruch auf Entschädigung ausgeschlossen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.4 f.). Dies kommt darin zum Ausdruck, dass Art. 31 Abs. 1 AVIG ausschliesslich "Arbeitnehmer" als anspruchsberechtigt erklärt. Auch andere Personen, die an den Dispositionen der Arbeitgeberin beteiligt sind (sogenannte "arbeitgeberähnliche Personen"), haben aufgrund ihres Einflusses auf den Geschäftsgang keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG; vgl. BGE 123 V 234 E. 7a).

**2.2.3** Ausgeschlossen sind auch Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Dieser Ausschlussgrund dient in gewisser Weise ebenfalls der Missbrauchsprävention, da das entsprechende Risiko bei unkontrollierbaren Arbeitszeiten besonders hoch wäre. In erster Linie aber handelt es sich beim Erfordernis der Bestimmbarkeit um eine Anspruchsvoraussetzung, die erst den Arbeitsausfall nachweist und gestützt darauf die Bestimmung der Höhe der Kurzarbeitsentschädigung erlaubt (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5). Weil die Entschädigung für Arbeitsausfälle geleistet wird (vorstehend E. 2.2.1), ist die Bestimmbarkeit dieses Ausfalls notwendig, um überhaupt zu errechnen, wie viele Stunden zu entschädigen sind. Damit die Kurzarbeit ausgerichtet werden kann, muss also sowohl die Soll-Arbeitszeit (normale Arbeitszeit, die sich gemäss Art. 46 Abs. 1 AVIV typischerweise aus dem Arbeitsvertrag ergibt) als auch die Ist-Arbeitszeit (effektiv in der betreffenden Abrechnungsperiode geleistete Arbeitsstunden, die sich aus der Zeiterfassung ergeben) bekannt sein. Ist eine oder sind beide dieser Grössen unbekannt, lässt sich der Arbeitsausfall nicht bestimmen und damit auch der Betrag der Kurzarbeitsentschädigung nicht ausrechnen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5) und der Anspruch – für den praxismässig die Arbeitgeberin beweispflichtig ist (vgl. das Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts [EVG] C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2) – ist unbewiesen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.2; Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 3.2). Auch wenn in der Praxis typischerweise die Ist-Arbeitszeit problematisch ist, kann also auch die mangelnde Bestimmbarkeit der Soll-Arbeitszeit zum Entfallen der Anspruchsberechtigung führen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.4; Urteil B-551/2021 E. 3.5).

**2.2.4** Genügende Kontrollierbarkeit setzt eine Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b AVIV), die für jeden einzelnen Tag die geleistete Arbeitszeit ausweist. Sie muss zeitgleich, das heisst fortlaufend und nicht erst im Nachhinein, erstellt werden und genügend detailliert Auskunft über die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden geben. Nachträglich erstellte Dokumente sind nicht ausreichend. Damit eine Arbeitszeitkontrolle die Anforderungen erfüllt, muss mindestens täglich durch die Mitarbeitenden oder ihre Vorgesetzten die gearbeitete Zeit – sei es elektronisch, mechanisch oder handschriftlich – erfasst werden, wobei diese Einträge nachträglich nicht abänderbar sein dürfen, ohne dass dies im System vermerkt würde (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1; Urteile des BVGer B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 4.3.3; B-4226/2019 vom 25. Mai 2021 E. 4.1; B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2; B-1911/2014 vom 10. Juli 2015 E. 6.2.1 f.; B-3083/2012

vom 20. August 2013 E. 3.2 m.w.H.). Ebenfalls nicht ausreichend ist nach der Praxis der Hinweis auf fixe Arbeitszeiten, die von den Arbeitnehmenden einzuhalten gewesen waren und auch eingehalten worden seien. In der Situation der Kurzarbeit sei es geradezu wahrscheinlich, dass an einzelnen Tagen mehr oder weniger gearbeitet wird, um so Restarbeiten zu verhindern (vgl. Urteile des EVG C 115/06 vom 23. März 2006 E. 2; BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1; Urteile des BVGer B-7902/2007; B-7903/2007 vom 24. Juni 2007 E. 6.2.2 m.w.H.; B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 2.2).

**2.2.5** Schliesslich ist in der Praxis auch etabliert, dass die Arbeitszeitkontrolle zum Zeitpunkt der Kontrolle vorgelegt werden muss und nicht nachträglich noch Belege beigebracht werden können, um eine ungenügende Dokumentation zu ergänzen (vgl. Urteile B-741/2020 E. 4.3.6; B-4226/2019 E. 6.2; B-6200/2011 E. 3.3 m.w.H.). Ein nachgereichter Beleg könnte nur dann berücksichtigt werden, wenn seine Authentizität offensichtlich gegeben ist (Urteil B-4689/2018 E. 2.5.3). Ansonsten gilt er als untauglich zum Nachweis der Arbeitsausfälle. Mit diesem Erfordernis der Offensichtlichkeit wird mithin eine hohe beweismässige Hürde an den Beleg der Authentizität der Dokumente angelegt, welcher der Beschwerdeführerin obliegt (vgl. Urteil B-741/2020 E. 4.3.5). Von den Anforderungen des Art. 46b AVIV als formeller Beweisvorschrift darf nur dann abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, d.h. die prozessuale Formenstrenge exzessiv ist, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. Urteil C 115/06 E. 1.1; BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3; Urteil B-741/2020 E. 4.6).

**2.2.6** Die Bestimmbarkeit beziehungsweise ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (sog. condition de fond; vgl. Urteile des BVGer B-4559/2021 vom 20. Oktober 2022 E. 7.2.1; B-2480/2020 vom 9. November 2021 E. 5.1; B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2 m.H.), deren Nichterfüllung die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet. Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG; vgl. Urteile B-664/2017 vom 7. März 2019 E. 2.5; B-3996/2013 E. 2.4) und werden durch die Kasse vom Arbeitgeber zurückgefordert (Art. 95 Abs. 2 AVIG).

Voraussetzung für die Rückforderung ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprache zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 2.1; des EVG C 115/06 E. 1.2). Zweifellos unrichtig ist eine Leistungszusprache, wenn sie erwiesenermassen gesetzeswidrig ist. Nicht die Grobheit des Fehlers ist entscheidend, sondern das Ausmass der Überzeugung, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Es darf kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass eine Unrichtigkeit vorliegt (vgl. BGE 126 V 399 E. 2b/bb).

Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 Satz 2 AVIG; vgl. Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 5.1).

**2.3** Die Notverordnungen, insbesondere die bereits erwähnte Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, konnten vom bestehenden System, wie es durch die Art. 31 ff. AVIG aufgestellt und vorstehend geschildert wurde, abweichen. Im Umfang dieser Abweichung ist demnach unter Umständen auch von der zur Kurzarbeit entwickelten Praxis abzuweichen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.3.1). Dabei ist aber – vor allem aufgrund der in der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung angewandten Regelungstechnik, die für jede Abweichung die derogierte Gesetzesbestimmung explizit nennt – davon auszugehen, dass der Bundesrat grundsätzlich am vorbestehenden System festhalten wollte und eine Abweichung nur soweit erfolgen soll, als dies eine entsprechende Verordnungsbestimmung so vorsieht (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1 und 4.5; Urteil B-551/2021 E. 4.4.2 f.).

**2.3.1** Die Notverordnungen sehen eine spezifisch auf die Bewältigung der Krisensituation ausgerichtete Spezialregelung vor, können sich auf Art. 185 Abs. 3 BV stützen und können demnach auch entgegenstehendem Gesetzesrecht vorgehen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.3; DAVID RECHSTEINER, Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen, 2016, Rz. 471 ff.).

**2.3.2** Die Beschwerdeführerin bringt zutreffend vor, der Bundesrat habe mit den Corona-Notverordnungen Erleichterungen zum vorbestehenden System einführen wollen, um die von der Pandemie und auch von den Massnahmen zur Pandemiebekämpfung stark betroffenen Wirtschaftsbetriebe schnell, einfach, wirksam und unbürokratisch zu unterstützen. Er hat dies aber in unterschiedlichen Bereichen auf unterschiedliche Art und Weise ge-

tan. So hat er etwa in der Kultur und bei Selbständigerwerbenden auf direkte Unterstützungsbeiträge gesetzt, in anderen Fällen auf Solidarbürgschaftskredite und in wieder andere Bereichen – wie dem vorliegenden – auf eine Unterstützung durch die Kurzarbeitsentschädigung. Damit hat er einen bewussten Entscheid gefällt, diese letzteren Hilfen grundsätzlich im vorbestehenden System der Kurzarbeitsentschädigung anzusiedeln, mithin an diesem System *grundsätzlich* festzuhalten. Der Zweck der Erleichterung bedingt dabei eine Lockerung gewisser Vorgaben; gleichwohl war kein gänzlicher Verzicht auf die Voraussetzungen angestrebt. Dies zeigt auch eine Gesamtsicht der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, welche zwar Abweichungen vorsieht, diese aber sehr präzise bezeichnet. Hätte der Bundesrat beabsichtigt, gänzlich unabhängig von den Voraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigung Gelder auszurichten, hätte er sich auch bei den Unselbständigerwerbenden für direkte Bundesbeiträge entscheiden können, ohne diese im System der Kurzarbeitsentschädigung anzusiedeln. Die Abweichungen waren mithin punktuell und werden durch die Verordnung genau bezeichnet.

**2.3.3** Demnach wollte der Bundesrat zwar erleichtert Beiträge gewähren, wollte aber weiterhin und trotz krisenbedingter Sondersituation nicht, dass diese Beiträge voraussetzungslos gewährt werden. Insbesondere ist aus der Tatsache, dass die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung keine eigenen Sicherungen gegen Missbräuche vorsieht, nicht zu schliessen, dass sie gänzlich auf solche Sicherungen verzichten wollte, sondern umgekehrt, dass sie die vorbestehenden Sicherungsmechanismen beibehalten wollte, wo sie nicht explizit davon abweicht.

**2.4** Da das Corona-Notrecht einer grossen Zahl von Änderungen unterworfen war, ist bei Fällen, die davon erfasst werden, jeweils die in zeitlicher Hinsicht anwendbare Fassung der Rechtsgrundlagen zu bestimmen.

**2.4.1** Die dem angefochtenen Einspracheentscheid zugrundeliegende Revisionsverfügung aberkannte der Beschwerdeführerin einen Teil der für März 2020 bis und mit Juni 2020 ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung.

**2.4.2** Die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes ist im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen, ausser das seither geänderte Recht sehe ausdrücklich eine andere Ordnung vor. Hat sich das massgebliche materielle Recht zwischen

dem Verwaltungsakt und der Erhebung der Beschwerde oder dem Zeitpunkt der Urteilsfällung geändert, ist deshalb regelmässig auf das alte Recht abzustellen. Ohne gesetzliche Übergangsregelung ist neues materielles Recht nur dann sofort anzuwenden, wenn zwingende Gründe, insbesondere die Wahrung der öffentlichen Ordnung oder überwiegender öffentliche Interessen, dafür sprechen (vgl. BGE 141 II 393 E. 2.4; 129 II 497 E. 5.3.2).

**2.4.3** Im Fall der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung sieht das Recht eine ausdrückliche intertemporale Regelung vor, indem die Bestimmungen in der Anfangsphase rückwirkend in Kraft gesetzt wurden. Dies betraf die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in ihrer ursprünglichen Fassung und die ersten beiden Änderungen vom 25. März 2020 und dem 8. April 2020, die gesamthaft rückwirkend per 1. März 2020 in Kraft gesetzt wurden (AS 2020 877, 1075, 1201; vgl. zur Inkraftsetzung BVGE 2021 V/2 E. 2.4.10). Demnach ist im vorliegenden Fall auf den Zeitraum vom 1. März 2020 bis 31. Mai 2020 die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in dieser Fassung anwendbar. Auf den Monat Juni 2020 kommt die Verordnung demgegenüber in der Fassung gemäss Änderung vom 20. Mai 2020 (AS 2020 1777) zur Anwendung; namentlich wurde dann der Anspruch arbeitgeberähnlicher Personen aufgehoben.

### **3.**

**3.1** Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage sind die aufgeworfenen Rechtsfragen zu beantworten. Eine erste Frage dreht sich um den Anspruch der Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin, A.\_\_\_\_\_, auf Kurzarbeitsentschädigung. Unbestritten ist, dass sie trotz ihrer arbeitgeberähnlichen Stellung im Betrieb aufgrund der gewährten Erleichterungen durch die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; dazu vorstehend E. 2.3) grundsätzlich einen Anspruch haben könnte, wenn die massgeblichen Voraussetzungen erfüllt sind. Ebenso ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin für A.\_\_\_\_\_ keine Arbeitszeiterfassung führte. Umstritten ist demnach einzig, ob für sie eine Arbeitszeiterfassung hätte geführt werden müssen, um einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu begründen.

**3.1.1** Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass ihre Geschäftsführerin, A.\_\_\_\_\_, trotz fehlender Arbeitszeiterfassung einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe. Sie begründet dies damit, dass Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung von Art. 31

Abs. 3 Bst. c AVIG abgewichen sei und damit der Geschäftsführerin einen Anspruch eingeräumt habe. Gemäss Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung gälte für sie ein Pauschalansatz von Fr. 3'320.–, der nur deshalb eingeführt worden sei, weil der Arbeitsausfall schwierig zu kontrollieren und es daher sinnlos sei, von den betroffenen Personen eine Zeiterfassung zu verlangen. Die Aberkennung verletze nicht nur die "gesetzlichen Grundlagen", sondern sei auch "unangemessen und unverhältnismässig". Im Rahmen ihrer Replik ergänzt sie, es sei von Erleichterungen durch das Notrecht auszugehen, denn im Rahmen des summarischen Verfahrens könne nicht der bisherige Standard der Voraussetzungen an die Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls aufrechterhalten werden. Insbesondere gelte für Personen gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. b und c AVIG (also mitarbeitende Ehegatten bzw. Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung im Betrieb) – denen Art. 1 und 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung einen Anspruch eingeräumt hat – "nicht automatisch" Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG, da dies von der Gesetzessystematik her sinnlos wäre. Die Tatsache, dass auf den Formularen die Hinweise auf die Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls gleich lauteten wie in normalen Zeiten, deute darauf hin, dass die Formulare nicht auf die Ausnahmesituation abgestimmt seien.

**3.1.2** Die Vorinstanz bringt in ihrer Vernehmlassung vor, dass Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV nicht aufgehoben oder abgeändert worden seien. Zudem verweist sie auf Dokumente, die der Beschwerdeführerin vorlagen, in denen auf die Notwendigkeit einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle als Voraussetzung der Kurzarbeitsentschädigung hingewiesen wird (Formular "Voranmeldung von Kurzarbeit"; Verfügung der Kantonalen Amtsstelle). Es sei der Beschwerdeführerin daher bewusst gewesen, dass sie die Arbeitszeitkontrolle zu führen habe. In ihrer Duplik führt die Vorinstanz aus, es seien gewisse Erleichterungen eingeführt worden, dies bedeute aber nicht, dass vom Erfordernis der Kontrollierbarkeit abgewichen worden sei, worauf auch die zitierten Formulare hinwiesen. Zudem sei nicht ersichtlich, inwiefern im summarischen Verfahren die Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nicht eingehalten werden könne. Die Kontrollierbarkeit sei eine Anspruchsvoraussetzung, die sich aus der Natur der Kurzarbeitsentschädigung ergäbe und ihr Fehlen führe zur Verneinung des Anspruchs und zur Rückforderung der geleisteten Beiträge. Die Tatsache, dass die entsprechenden Ausführungen auf dem Formular gleich lauteten wie in regulären Zeiten deute nicht darauf hin, dass das Formular nicht angepasst worden sei, sondern dass die Voraussetzungen unverändert beibehalten worden seien. Schliesslich führe auch die Tatsache, dass eine

Pauschale vorgesehen worden sei, nicht dazu, dass ein Arbeitsausfall nicht nachgewiesen werden müsse.

**3.2** Die vorliegende Frage entspricht damit genau derjenigen, die das Bundesverwaltungsgericht in BVGE 2021 V/2 zu entscheiden hatte.

**3.2.1** In diesem Fall legte das Gericht die Modalitäten des in Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung eingeräumten Anspruchs auf Kurzarbeit der Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung aus. Aufgrund des klaren Wortlauts, der systematischen Stellung und des Zwecks der Norm gelangte es dabei zum Schluss, dass zwar zusätzliche Personen (insb. die gegenständlich relevanten arbeitgeberähnlichen Personen) von der Kurzarbeitsentschädigung profitieren können sollten, dass diese aber die unveränderten Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung einhalten mussten, um den anspruchsbegründenden Nachweis für die zu entschädigende Arbeitszeit zu erbringen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.5 f.). Damit zeigt sich, dass die Vorinstanz zu recht am Erfordernis der Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls festgehalten hat.

**3.2.2** Die Kurzarbeit ermöglicht wirtschaftlich betroffenen Arbeitgebern, ihre Mitarbeitenden nur für die Zeit arbeiten lassen, in der Arbeit vorhanden ist, diese für die übrige Zeit vom Erscheinen am Arbeitsplatz zu befreien und dadurch für den auf diese Ausfallzeit entfallenden Lohn aus der Arbeitslosenkasse entschädigt zu werden. Die Kurzarbeitsentschädigung erfasst also immer nur die tatsächlich weggefallene Arbeitszeit; sie ist arbeitsbezogen, nur mittelbar ein Instrument der Wirtschaftshilfe und bezweckt in erster Linie den Stellenerhalt (Art. 1a Abs. 2 AVIG; vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.5). Da gerade dann, wenn nur wenig Arbeit vorhanden ist, der konkret eingetretene Arbeitsanfall schwer abschätzbar und damit auch der Umfang der geschuldeten Entschädigung nur schwer feststellbar ist, "kommt der [...] Arbeitszeitkontrolle als beweismässige Anspruchsvoraussetzung [...] durchaus ihre Berechtigung zu" (Urteil B-7902/2007 E. 6.2.2). Die Kurzarbeitsentschädigung ist keine Ausfallentschädigung für generelle wirtschaftliche Einbussen, sondern eine Entschädigung für die jeweils konkret ausgefallene Arbeit. Dass von der Anforderung nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG demnach nicht abgewichen worden ist, ist sachgerecht. Erst die Arbeitszeiterfassung weist die konkret gearbeiteten Stunden aus und erlaubt es überhaupt, die Differenz zur vertraglichen Arbeitszeit (Art. 46 Abs. 1 AVIV) zu ermitteln und damit den Umfang der zu leistenden Entschädigung zu bestimmen (vgl. vorstehend E. 2.2.3). Das Vorgehen der Vorinstanz ist also nicht nur rechtmässig (vgl. vorstehend E. 3.2.1), sondern sie ist geradezu

verpflichtet, den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung abzuerkennen, wo der Arbeitsausfall nicht nachgewiesen ist. Entgegen dem Vorwurf der Beschwerdeführerin (zu dem im Übrigen eine eigentliche Begründung fehlt) war das Vorgehen der Vorinstanz also auch nicht unangemessen, da das Recht dieser vorliegend gar kein Ermessen einräumt.

**3.2.3** Auch die Rüge der Unverhältnismässigkeit verfährt nicht. Abgesehen davon, dass die Beschwerdeführerin auch diese Rüge nicht begründet, ist nicht ersichtlich, inwiefern das Vorgehen der Vorinstanz das Verhältnismässigkeitsgebot verletzen sollte. Insbesondere ist in diesem Zusammenhang auf die Tatsache hinzuweisen, dass – wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt – die Beschwerdeführerin im Voraus auf die Notwendigkeit der Zeiterfassung hingewiesen wurde: Das Formular "Vor Anmeldung von Kurzarbeitsentschädigung" (Vernehmlassungsbeilage 5), S. 2, enthält über dem Unterschriftsfeld unter dem Titel "Bestätigung des Arbeitgebers" den Text: "Zudem nehme ich zur Kenntnis, dass ich für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) führen muss." Dieses Formular ist ausdrücklich und erkennbar auf die Covid-19-Pandemie zugeschnitten; der Untertitel lautet: "(Ausserordentliches Formular) gilt nur für die Voranmeldung von Kurzarbeit aufgrund von behördlichen Massnahmen infolge Pandemie Covid-19".

**3.2.4** Im Übrigen ist auch nicht leichthin erkennbar, inwiefern die Zeiterfassung überhaupt eine unverhältnismässige Härte begründen könnte, da sie keine eigentliche Belastung, sondern vielmehr blosser Voraussetzung für die Gewährung eines Vorteils ist, den die Beschwerdeführerin erlangen möchte. Zudem bringt die Beschwerdeführerin in ihrer sehr umfangreichen Beschwerde in mehreren Eingaben jedenfalls kein Argument vor, weshalb es nicht oder nur erschwert möglich gewesen wäre, eine Zeiterfassung für die betroffenen Arbeitnehmenden – i.C. für A. \_\_\_\_\_ – zu erstellen, um den Arbeitsausfall nachzuweisen, wie es Art. 46b AVIV verlangt.

**3.2.5** Demnach ergibt sich zusammenfassend, dass für A. \_\_\_\_\_ kein Arbeitsausfall nachgewiesen ist, der von der Kurzarbeitsentschädigung zu ersetzen wäre. Da die in Art. 31 Abs. 3 AVIG genannten Gründe alternative Ausschlussgründe sind (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1), entfällt der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, sobald einer der Gründe gegeben ist. Die Tatsache, dass die Notverordnung einen Ausschlussgrund entfallen liess, bedeutet nicht, dass sie auf sämtliche anderen, nicht genannten Ausschlussgründe ebenfalls verzichten wollte. Auch für Personen, die erst

durch die Notverordnungen überhaupt anspruchsberechtigt geworden sind, ist mithin ein Arbeitsausfall nachzuweisen, damit ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entstehen kann. Dies ergibt sich auch aus dem Wesen der Kurzarbeitsentschädigung, die nur den Lohn für tatsächlich weggefallene Arbeit ersetzen soll (vgl. E. 3.2.2).

**3.3** Die in Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vorgesehene Pauschale für eine Vollzeitstelle ändert ebenfalls nichts an der Notwendigkeit der Zeiterfassung (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.7 m.w.H.). Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung begrenzt damit die Höhe der möglichen Kurzarbeitsentschädigung für leitende Angestellte (vgl. UELI KIESER, § 23 COVID-19-Erlasse und Sozialversicherungsrecht, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], COVID-19, 2020, Rz. 60), macht aber den Nachweis eines Arbeitsausfalls nicht überflüssig. Dass die Bestätigung auf Seite 2 keine Ausnahme für bestimmte Kategorien von Arbeitnehmenden vorsieht, macht deutlich, dass solche Ausnahmen nicht vorgesehen waren.

**3.3.1** Die gegenteilige Ansicht, wonach Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung den Betrag der Entschädigung festschreibe, ohne dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung einen entsprechenden Arbeitsausfall nachzuweisen hätten, würde ein beachtliches Missbrauchspotential aufweisen, das die Regelungen zur Kurzarbeitsentschädigung aber typischerweise gerade ausschliessen wollen (vgl. zum Ganzen BVGE 2021 V/2 E. 4.7).

**3.3.2** Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass mit der Ausweitung des entschädigungsfähigen Personenkreises nach Art. 1 f. Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung und in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG gleichzeitig auch von der generellen Anspruchsvoraussetzung eines bestimmbareren Arbeitsausfalles, mithin von Art. 31 Abs. 1 Bst. b und d sowie von Art. 31 Abs. 3 Bst. a, abgewichen werden soll, sodass damit auch der Nachweis eines Arbeitsausfalls überflüssig würde. Im Gegenteil bedingt die ausnahmsweise Zulassung zur Kurzarbeit, dass gerade diese Personen nur dann eine Entschädigung erhalten, wenn sie einen Arbeitsausfall tatsächlich nachweisen können.

**3.3.3** Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass der Arbeitsausfall bei arbeitgeberähnlichen Personen schwierig zu bestimmen sei und dass dies der Grund sei, weshalb für sie ein Pauschalansatz gewählt worden sei. Daher könnten keine hohen Ansprüche an den Nachweis des Ar-

beitsausfalls gestellt werden. Es trifft zu, dass bei der Bestimmung des Arbeitsausfalls arbeitgeberähnlicher Personen Schwierigkeiten auftreten können. Solche Schwierigkeiten betreffen aber typischerweise die Sollarbeitszeit, die bei Personen in leitender Stellung oft schwer zu bestimmen ist. Unverändert wie bei den normalen Arbeitnehmenden gilt hingegen für den Nachweis der *effektiven* Stunden, der auch bei arbeitgeberähnlichen Personen ohne Weiteres durch eine Zeiterfassung erfolgen kann (vgl. freilich zu gewissen Erleichterungen BVGE 2021 V/2 E. 4.9).

**3.3.4** Mit der Pauschale für eine Vollzeitstelle in Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ist demnach nicht gemeint, dass den betroffenen Personen unabhängig von einem nachgewiesenen Arbeitsausfall – also gleichsam einfach ohne weitere Prüfung – der Pauschalbetrag ausgerichtet wird. Vielmehr handelt es sich dabei um einen Höchstbetrag für eine Vollzeitstelle, die der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung mittels des nachgewiesenen Arbeitsausfalls zugrundegelegt wird, um diese zu vereinfachen.

**3.3.5** Nicht gefolgt werden kann den Ausführungen der Beschwerdeführerin schliesslich, soweit sie vorbringt, dass im summarischen Verfahren (Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung) erleichterte Anforderungen an die Arbeitszeitkontrollen gelten sollen. Das summarische Verfahren ist eine alternative Methode zur *Berechnung* der bei einem in einem Betrieb gegebenen Arbeitsausfälle auszurichtenden Kurzarbeitsentschädigung (vgl. auch Urteil B-551/2021 E. 4.3). Es setzt weiterhin einen Arbeitsausfall voraus, der unverändert zu bestimmen ist.

**3.3.6** Von selbst versteht sich zudem, dass ohnehin nur eine Anspruchsberechtigung für A. \_\_\_\_\_ bestehen könnte, solange Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in Kraft war, mithin in den Monaten März bis Mai 2020 (vorstehend E. 2.4.3). Danach war sie als arbeitgeberähnliche Person aufgrund des Ausschlusses in Art. 31 Abs. 3 Bst. b AVIG nicht mehr anspruchsberechtigt.

**3.4** Zusammenfassend bleibt es dabei, dass für A. \_\_\_\_\_ kein Anspruch besteht weil die Anforderungen an die Arbeitszeitkontrollen auch im Verfahren nach der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung gelten.

**3.5** Auch B. \_\_\_\_\_ ist eine arbeitgeberähnliche Person, weshalb das zu A. \_\_\_\_\_ Gesagte auch auf ihn übertragbar ist. Auch für ihn führt die blossе Tatsache, dass er zum Kreis der arbeitgeberähnlichen Personen zählt, nicht ungeachtet aller übrigen Voraussetzungen zu einem Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Zusätzlich führt die Beschwerdeführerin betreffend B. \_\_\_\_\_ aus, dass mit ihm einzuhaltende Arbeitszeiten vereinbart gewesen seien, die er auch eingehalten habe.

**3.5.1** Die Tatsache, dass fixe Arbeitszeiten vereinbart wurden, ist höchstens geeignet, eine Aussage über die Soll-Arbeitszeit (Art. 46 Abs. 1 AVIG) zu machen. Sie belegt hingegen nicht, ob in der gegenständlichen Zeit tatsächlich Arbeit vorhanden war oder umgekehrt, ob die abgemachte Zeit zur Bewältigung der tatsächlich vorhandenen Arbeit ausreichend war. Gerade in der Situation der Kurzarbeit sind die Arbeitsreserven unsicher, weshalb nach der Praxis ein Nachweis der Arbeitsstunden unerlässlich ist (vorstehend E. 2.2.4).

**3.5.2** Die Reduktion der Arbeitsreserven, die durch die Covid-19-Pandemie verursacht wurde – namentlich durch Lieferengpässe, Nachfragerückgang, Unterbruch von Produktionsketten, krankheits- oder massnahmenbedingte Ausfälle – unterscheidet sich nicht wesentlich von denjenigen, die in einer regulären Situation der Kurzarbeit bestehen. Auch hier sind insbesondere verschiedene Branchen und verschiedene Berufsfelder unterschiedlich stark und auf unterschiedliche Weise betroffen. Die Überlegungen, welche die Praxis in der regulären Situation der Kurzarbeit angestellt hat, sind auch auf die vorliegende Situation anwendbar. Es ist mithin kein Grund gegeben, weshalb in der Covid-19-Pandemie bei fix vereinbarten Arbeitszeiten anders als üblicherweise von der Bestimmbarkeit und Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls auszugehen wäre. Auch hier ist es nicht nur möglich, sondern geradezu wahrscheinlich, dass die von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden an gewissen Tagen mehr oder weniger arbeiten, als dies vorgesehen ist, um beispielsweise Arbeiten noch fertig zu machen, die sonst am nächsten Tag für nur eine oder wenige Stunden wieder aufgenommen werden müssten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass B. \_\_\_\_\_ im Aussendienst arbeitet, und seine Arbeitszeit gemäss Beschwerdeführerin besonders schwierig zu kontrollieren sei. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern es im Aussendienst nicht möglich sein soll, die konkret geleisteten Arbeitszeiten zu erfassen. Überdies wäre die behauptete erschwerte Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit kein Grund, von einer Zeiterfassung abzusehen, sondern spräche eher für eine besonders hohe Notwendigkeit der Erfassung. Die Beschwerdeführerin verkennt mit dem Hinweis,

sie können die Arbeit der Mitarbeitenden im Aussendienst nicht kontrollieren, die Bedeutung der Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls. Das Erfordernis der Kontrollierbarkeit (vorstehend E. 2.2.4 f.) bezieht sich nicht darauf, ob die Arbeitgeberin für sich selbst überprüfen kann, ob die Arbeitnehmenden in der als Arbeitszeit angegebenen Zeit auch tatsächlich arbeiten, sondern ob die Behörden die Rechtmässigkeit der Kurzarbeit überprüfen können. Die Arbeitszeiterfassung soll nachweisen, ob der geltend gemachte Arbeitsausfall auch tatsächlich vorlag (dann wird Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet) oder ob in dieser Zeit nicht umgekehrt gearbeitet wurde (dann besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, sondern auf regulären Lohn). Für diese richtig verstandene Kontrolle ist es unerheblich, ob die betreffenden Arbeitnehmenden in den Räumlichkeiten der Arbeitgeberin arbeiten oder im Aussendienst, Homeoffice oder Ausland.

**3.5.3** Zudem ist darauf hinzuweisen, dass es in Situationen wie der vorliegenden, wo überhaupt keine Zeiterfassung vorliegt, nicht in erster Linie die mangelnde *Kontrollierbarkeit* des Arbeitsausfalls ist, die zur Aberkennung des Anspruchs führt, sondern überhaupt schon die mangelnde *Bestimmbarkeit*. Diese wäre durch eine Zeiterfassung einfach zu erstellen gewesen.

**3.5.4** Schliesslich bietet die Beschwerdeführerin als Beweise nachzureichende Bestätigungen der betreffenden Arbeitnehmenden an, vorliegend also unter anderem von B.\_\_\_\_\_, um die effektiven Arbeitszeiten zu belegen. Ebenso beantragt sie, die Arbeitnehmenden als Zeugen zu befragen. Es ist in der Praxis etabliert, dass nachträgliche Auskünfte und nachgereichte Dokumente grundsätzlich nicht berücksichtigt werden können, da sie nicht zeitgleich erfolgen (vgl. Urteil B-741/2020 E. 4.3.6 m.w.H.). Einerseits beinhalten sie damit ein signifikant erhöhtes Missbrauchsrisiko, andererseits sind nachträgliche Aussagen auch deutlich weniger belastbar, da nicht zu erwarten ist, dass die betroffenen Personen eine ausreichend präzise Erinnerung an die Details haben (vgl. Urteil B-4226/2019 E. 6.2).

**3.5.5** Betreffend die Nachreichung von Unterlagen sind die Gründe, die der bisherigen Praxis zugrundeliegen, in der Covid-19-Pandemie weiterhin einschlägig. Eine Ausnahme wäre dort gegeben, wo ein Anspruch durch die rückwirkende Inkraftsetzung der Verordnung erst nachträglich entstanden ist; hier wäre die Plausibilisierung des Arbeitsausfalls anhand nachträglich erstellter Dokumente hinzunehmen (so BVGE 2021 V/2 E. 4.9). Auch in solchen Fällen ist aber daran festzuhalten, dass aus Gründen der Miss-

brauchsverhinderung keine Dokumente oder Zeugenaussagen berücksichtigt werden könnten, die erst nach der Arbeitgeberkontrolle erstellt werden.

**3.5.6** Demnach ergibt sich zusammenfassend, dass auch für B. \_\_\_\_\_ kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nachgewiesen werden konnte.

**3.6** Bei C. \_\_\_\_\_ liegt ebenfalls keine effektive Zeiterfassung vor, sondern auch hier beruft sich die Beschwerdeführerin nur darauf, dass fixe Arbeitszeiten vereinbart gewesen seien. Es kann vollumfänglich auf das zu B. \_\_\_\_\_ Ausgeführte verwiesen werden. Das Ergebnis ist das Gleiche, nämlich dass die Vorinstanz die Kurzarbeitsentschädigung zu Recht aberkannt hat.

**3.7** Bei D. \_\_\_\_\_ besteht schon grundsätzlich keine Anspruchsberechtigung, da er in Deutschland arbeitet und die Sozialversicherungsbeiträge dort entrichtet, wie die Vorinstanz schon in der ursprünglichen Revisionsverfügung richtigerweise feststellte und auch den darauffolgenden Stellungnahmen vorbrachte. Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Tatsache nicht. D. \_\_\_\_\_ fällt damit nicht unter die Personen, denen gestützt auf Art. 31 Abs. 1 Bst. a AVIG überhaupt ein Anspruch zukommen könnte. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz treffen zu. Im Übrigen gälte aber auch für ihn das vorstehend zur fehlenden Kontrollierbarkeit mangels ausreichender Zeiterfassung Gesagte.

**3.8** Die genannten Arbeitnehmenden haben keine Arbeitszeiterfassung vorgenommen (oder haben keinen Anspruch, weil sie in Deutschland die Sozialversicherungsbeiträge entrichten). Unabhängig davon, ob sich ihre Sollarbeitszeit bestimmen lässt, kann deshalb kein Arbeitsausfall nachgewiesen werden. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gelangt ist, dass für diese Arbeitnehmenden kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht.

#### **4.**

**4.1** Bei anderen Mitarbeitenden ist der grundsätzliche Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung unbestritten, doch ist die Höhe der auszurichtenden Kurzarbeitsentschädigung streitig. Ihren Ausführungen zu diesen Mitarbeitenden schickt die Beschwerdeführerin eine allgemeine Vorbemerkung voraus, in deren Rahmen sie sich auf den Standpunkt stellt, dass sie die Arbeiten der Mitarbeitenden im Lockdown nur erschwert habe kontrollieren

können. Da die Arbeitszeit vom fluktuierenden Arbeitsanfall abhängt, sei es nicht möglich, einfach die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit mit den ausgeführten Arbeiten abzugleichen, weshalb ihres Erachtens auf die Einsatzpläne abzustellen sei.

**4.2** Für die Arbeitnehmenden E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ bringt die Beschwerdeführerin lediglich vor, dass auf die Einsatzplanungen abzustellen sei. Dabei unterliegt die Beschwerdeführerin einerseits dem bereits vorstehend (E. 3.5.2 a.E.) erwähnten Irrtum über die Natur der Kontrollierbarkeit. Es geht nicht darum, ob sie selbst die Arbeit, sondern ob die Vorinstanz die Arbeitsausfälle kontrollieren konnte. Aus diesem Grund, ist wie erwähnt (E. 3.5.3 f.), auch bei den hier relevanten Arbeitnehmenden nicht auf die Einsatzpläne abzustellen. Andererseits liefert die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation, wonach die vereinbarten Arbeitszeiten nicht aussagekräftig für die tatsächlich geleistete Arbeit sind, gerade selbst eine muster-gültige Begründung, weshalb nicht auf die Einsatzpläne abgestellt werden kann. Zudem ist es vorliegend nicht nur die mangelnde *Kontrollierbarkeit* des Arbeitsausfalls, sondern schon die fehlende *Bestimmbarkeit*, die zum Entfallen der Anspruchsberechtigung führt. Wenn die Höhe der Ausfallstunden nicht bekannt ist, können diese nicht mit den Sollstunden verrechnet werden, um die Ausfallstunden zu ermitteln und so die Höhe der auszurichtenden Kurzarbeitsentschädigung zu bestimmen.

**4.3** Gleiches gilt für G.\_\_\_\_\_, soweit keine effektive Zeiterfassung besteht, also ab Mai 2020. Auf die zuvor bestehende Zeiterfassung ist abzustellen, was die Vorinstanz unbestrittenermassen getan hat. Auch bei ihm ist nicht über die effektive Zeiterfassung hinaus auf die Einsatzpläne abzustellen.

**4.4** Betreffend H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ gilt im Grundsatz das Gleiche: Soweit keine effektive Zeiterfassung vorliegt, ist nicht auf die Einsatzplanung abzustellen, und soweit eine effektive Zeiterfassung vorliegt, ist auf diese abzustellen. Unbestrittenermassen liegt eine solche Zeiterfassung bei H.\_\_\_\_\_ für den Mai 2020 vor und unbestrittenermassen hat die Vorinstanz diese berücksichtigt. Umstritten ist aber die von der Beschwerdeführerin eingereichte Zeiterfassung für den Juni 2020 und die im Rahmen der Beschwerdeergänzung eingereichten Zeiterfassungen für Mai und Juni 2020 für I.\_\_\_\_\_, welche die Vorinstanz nicht berücksichtigt hat.

**4.4.1** Die Beschwerdeführerin verlangt, es sei "[e]ventuell [...] auch für den Monat Juni 2020 auf die handschriftliche Zeiterfassung von Herrn

H. \_\_\_\_\_ abzustellen", die sie als Beschwerdebeilage eingereicht hat. Zu I. \_\_\_\_\_ führte sie zunächst aus, dass eine effektive, von ihm ausgefüllte Zeiterfassung nicht vorhanden sei, weshalb auf die Einsatzplanung abzustellen sei. Die Vorinstanz stellte sich in ihrer Vernehmlassung den Standpunkt, sie habe für H. \_\_\_\_\_ deshalb nicht auf die Zeiterfassung für den Juni 2020 abgestellt, weil diese bei der Arbeitgeberkontrolle nicht vorgelegen habe. Damit gälte diese Zeiterfassung als nachgereichte Unterlage. Da keine Rückschlüsse auf ihre Authentizität möglich seien, sei sie nicht mehr zu berücksichtigen. Für I. \_\_\_\_\_ liege unbestrittenermassen keine Zeiterfassung vor, weshalb auch nicht darauf abgestellt werden könne.

**4.4.2** In der Beschwerdeergänzung bestritt die Beschwerdeführerin die Position der Vorinstanz. Die Zeiterfassung für H. \_\_\_\_\_ für den Juni 2020 sei echtzeitlich, authentisch und in gleicher Handschrift verfasst. Zudem sei für H. \_\_\_\_\_ in den vorinstanzlichen Akten kein Stundenzettel vorhanden, auch nicht die Zeiterfassung für den Mai 2020, die unbestrittenermassen bereits anlässlich der Arbeitgeberkontrolle übergeben und daher auch berücksichtigt worden sei. Es sei folglich davon auszugehen, dass auch die Zeiterfassung für den Juni 2020 übergeben worden sei, dass aber die zuständige Person bei der Vorinstanz sie nicht zur Kenntnis genommen habe. Es gäbe keine Hinweise darauf, dass die Juni-Zeiterfassung nachträglich erstellt worden sei. Entgegen ihren eigenen Ausführungen in der Beschwerde sei zudem für I. \_\_\_\_\_ eine effektive Zeiterfassung vorhanden, die sie einreiche und die auch der Vorinstanz übergeben worden sein sollten.

**4.4.3** In der Tat fand sich in den ursprünglich von der Vorinstanz übergebenen Akten keine der umstrittenen Arbeitszeiterfassung, also von H. \_\_\_\_\_ weder diejenige für den Mai 2020 noch diejenige für den Juni 2020. Auch von I. \_\_\_\_\_ befanden sich keine Zeiterfassungen der genannten Monate in den Akten. Die Vorinstanz führt selbst aus, die Zeiterfassung von H. \_\_\_\_\_ für den Mai 2020 anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vorgefunden zu haben. Weil damit die vorinstanzlichen Akten als zumindest lückenhaft erschienen, forderte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz im Rahmen einer Nachinstruktion zur Ergänzung der Vorakten auf, und "insbesondere alle vorerwähnten handschriftlichen Zeiterfassungen einzureichen [...], die ihr vorliegen". Im Anschluss daran reichte die Vorinstanz die handschriftlichen Zeiterfassungen von H. \_\_\_\_\_ für Mai 2020 und Juli 2020 sowie von I. \_\_\_\_\_ für Juli 2020 ein. Diese Dokumente seien dem Gericht versehentlich nicht übergeben worden. Als nachgereichte Dokumente seien die nicht bereits anerkannten Zeiterfassungen

unbeachtlich, sofern sie nicht offensichtlich authentisch seien, dies sei vorliegend aber nicht der Fall. Was I. \_\_\_\_\_ betreffe, lasse schon die ursprüngliche Aussage der Beschwerdeführerin, diese Zeiterfassungen existierten gar nicht, erhebliche Zweifel daran aufkommen, dass die nun doch noch vorgelegten Dokumente authentisch seien; überdies seien unterschiedliche Handschriften, verschiedentliche inhaltliche Unstimmigkeiten sowie Rechenfehler erkennbar, welche das Vertrauen in die Authentizität weiter unterminierten. Was H. \_\_\_\_\_ betreffe, so die Vorinstanz weiter, sei nicht plausibel, dass sie mutwillig die Zeiterfassung vom Juni 2020 ausser Acht gelassen, gleichzeitig aber jene vom Mai 2020 und vom Juli 2020 berücksichtigt habe. Zudem seien keine Hinweise auf einen möglichen Erstellungszeitpunkt des Dokuments ersichtlich, wonach eine *offensichtliche* Authentizität gerade nicht vorliege.

**4.4.4** Die Beschwerdeführerin ist dagegen der Auffassung, auch die umstrittenen Zeiterfassungen von I. \_\_\_\_\_ für Mai 2020 und Juni 2020 sowie von H. \_\_\_\_\_ für Juni 2020 seien als authentisch zu beurteilen. Ob sie schon anlässlich der Arbeitgeberkontrolle übergeben worden seien, lasse sich zwar nicht mehr eruieren, doch sei zu ihren Gunsten hiervon auszugehen, nachdem die Vorinstanz im gerichtlichen Verfahren wie auch schon im Einspracheverfahren lückenhafte Akten zur Verfügung gestellt habe. Die vorinstanzliche Bestätigung zum Akteneinsichtsgesuch weise die vorhandenen Akten nicht im Detail aus. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz einfach behaupten könne, es lägen nun sämtliche Akten vor.

**4.4.5** Es trifft zu, dass die Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht auf die ursprüngliche Aufforderung hin lückenhafte Akten überwiesen hat. Erst nach der entsprechenden Instruktionsverfügung reichte sie die noch fehlenden Aktenstücke nach. Diese Situation muss als unschön bezeichnet werden und lässt die Vermutung der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz könnte insgeheim noch über weitere, nicht offengelegte Aktenstücke verfügen, nicht als undenkbar erscheinen. Gleichwohl kann dieser Vermutung nicht gefolgt werden. Einerseits liegen neben der Unvollständigkeit bei der Aktenüberweisung keinerlei Anhaltspunkte auf eine Verheimlichung von Akten durch die Vorinstanz vor und es ist auch keine Motivation ersichtlich, welche die Vorinstanz veranlassen könnte, bewusst Aktenstücke zu unterschlagen. Aber auch die Beschwerdeführerin vermag keine weitergehenden Indizien vorzubringen, welche ihre Behauptung begünstigen, wonach die umstrittenen Zeiterfassungen schon anlässlich der Arbeitgeberkontrolle übergeben worden seien. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen,

dass die lückenhafte Überweisung der Akten durch die Vorinstanz tatsächlich ein blosses Versehen war, wie es bei jeder Tätigkeit vorkommen kann, und dass die nun vorhandenen Akten vollständig sind, mithin der Vorinstanz keine weiteren rechtserheblichen Dokumente vorliegen. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die Stundenmeldungen von H. \_\_\_\_\_ für den Juni 2020 sowie diejenigen von I. \_\_\_\_\_ für den Mai und Juni 2020 als nachgereichte Unterlagen zu behandeln sind. Insbesondere für jene letzteren ist die Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin als unglaubwürdig zu beurteilen. Sie führte zunächst aus, diese Dokumente existierten nicht; erst im Rahmen der Beschwerdeergänzung reichte sie diese nach, weil sie sie in Kopie aufgefunden haben wollte, nachdem sie im Rahmen der Akteneinsicht erfahren hatte, dass diese der Vorinstanz nicht vorlagen. Diese Position ist geradezu widersprüchlich, da die Beschwerdeführerin ursprünglich nicht von einem unklaren Verbleib grundsätzlich existierender Zeiterfassungen ausging, sondern von deren Nichtexistenz. Das nachträgliche Umschwenken begründet erhebliche Zweifel an der Plausibilität der Sachverhaltsdarstellung.

**4.4.6** Im Zusammenhang mit der (berechtigten) Kritik an der Überweisung der Vorakten ist allerdings der Vorwurf der Beschwerdeführerin zu thematisieren, die Vorinstanz habe ihr nur mangelhaft die Akteneinsicht gewährt, da sie ihr die anlässlich der Arbeitgeberkontrolle kopierten Zeiterfassungen nicht oder nicht vollständig übergeben habe. Dieser Vorwurf, den die Beschwerdeführerin im Verfahren verschiedentlich geäussert hat, geht fehl. Da die Zeiterfassungen von der Beschwerdeführerin selbst zu erstellen waren, hätten sie ihr notwendigerweise bereits vorliegen müssen. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz darauf verzichtet hat, der Beschwerdeführerin deren eigene Dokumente nochmals zuzustellen, weil sich die Originale der Dokumente noch bei der Beschwerdeführerin befinden (vgl. die Antwort der Vorinstanz vom 10. November 2020 auf das Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin vom 6. November 2020). Eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts ist dadurch nicht ersichtlich. Es reicht aus, wenn die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mitteilt, auf welche der Aktenstücke, die der Beschwerdeführerin bereits vorliegen, sie sich bezieht. Dies ist in der Beilage 1 zur angefochtenen Revisionsverfügung erfolgt. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Tatsache, dass die von der Vorinstanz zur Verfügung gestellten Akten unvollständig waren, es der Beschwerdeführerin erschweren, geschweige denn verunmöglichen sollten, sich sachgerecht zur Existenz oder zum Inhalt der von ihr selbst erstellten Zeiterfassungen zu äussern.

**4.4.7** Demnach sind die Arbeitszeiterfassungen von H. \_\_\_\_\_ für Juni 2020 und von I. \_\_\_\_\_ für Mai und Juni 2020 als nachgereichte Dokumente zu qualifizieren. Als solche sind sie nur beachtlich, wenn sie offensichtlich authentisch sind (vorstehend E. 2.2.5; vgl. Urteil B-741/2020 E. 4.3.6). Die Beurteilung der Vorinstanz, dass die Dokumente nicht authentisch seien bzw. jedenfalls nicht *offensichtlich* authentisch, ist nicht zu beanstanden. Wie ausgeführt spricht insbesondere die ursprüngliche Aussage der Beschwerdeführerin, die Zeiterfassungen von I. \_\_\_\_\_ für Mai und Juni 2020 existierten nicht, deutlich gegen deren angeblich offensichtliche Authentizität. Die übrigen von der Vorinstanz angeführten Gründe wie Rechnungsfehler und unterschiedliche Schriften sind ebenfalls nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, H. \_\_\_\_\_ habe die Einträge für I. \_\_\_\_\_ vorgenommen; dies bleibt allerdings eine reine Behauptung, die nicht ausreicht, die Zeiterfassungen als "offensichtlich authentisch" erscheinen zu lassen. Auch, dass die Rechnungsfehler nicht zu Lasten der Beschwerdeführerin fallen dürfen, könnte bei einer allfälligen Berechnung der Stunden relevant sein, ist aber zur Beurteilung der Authentizität der Zeiterfassungen schlicht nicht relevant. Betreffend die Zeiterfassung von H. \_\_\_\_\_ für Juni 2020 beschränkt sich die Beschwerdeführerin schliesslich auf die Behauptung, die Dokumente seien offensichtlich authentisch, was aufgrund der gleichen Handschrift und der Unvollständigkeit der vorinstanzlichen Akten naheliegend sei. Dies vermag wie bereits erwähnt nicht zu überzeugen, denn beide Indizien legen insbesondere nicht nahe, dass die Zeiterfassung zeitgleich erstellt worden bzw. offensichtlich authentisch ist.

**4.4.8** Entsprechend den bisherigen Ausführungen steht fest, dass die Vorinstanz zu Recht nicht auf nachgereichte Dokumente und Einsatzpläne (dazu vorstehend E. 4.4.7) abgestellt hat, da diese nicht als offensichtlich authentisch erscheinen und in diesem Sinn keine verlässliche Aussage über die tatsächlich gearbeiteten Stunden ermöglichen. Die Beurteilung der Vorinstanz, die Stunden von H. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ gälten als nicht nachgewiesen, ist demnach nicht zu beanstanden.

**4.5** Es trifft zu, dass gerade bei nachträglich und rückwirkend eingeführter Anspruchsberechtigung unter Umständen keine ausreichende Dokumentation der Arbeitszeiten vorhanden ist. Wie in BVGE 2021 V/2 E. 4.9 ausgeführt, ist es unter diesen Umständen erforderlich, allenfalls auch Dokumente zur Plausibilisierung des Arbeitsausfalls zuzulassen, die unter normalen Bedingungen nicht ausreichend wären, da sie insbesondere nicht

zeitgleich – sondern nachträglich – erstellt worden sind. An dieser Rechtsprechung ist festzuhalten. Dies ändert aber nichts daran, dass gemäss stehender Praxis der Vorinstanz, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts unter keinen Umständen Dokumente berücksichtigt werden können, die erst nach der Kontrolle erstellt oder angeboten worden sind, da diesen der notwendige Beweiswert abgeht. Aus dem gleichen Grund bleiben auch die von der Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht angebotenen Bestätigungen (Ziff. 5 der Beschwerdeergänzung) unbeachtlich, da sie keine belastbaren Aussagen über den Sachverhalt erlauben.

## 5.

Die Beschwerdeführerin reichte zudem Ferienlisten der Arbeitnehmenden ein und führt gestützt darauf aus, die Vorinstanz habe teilweise zu viele Ferientage berücksichtigt, weil sie ihre Berechnungen nur auf die anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vorgelegten Dokumente gestützt hat. Für G.\_\_\_\_\_ und J.\_\_\_\_\_ seien je zweieinhalb Tage zu viel, für E.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ je ein halber Tag zu viel als Ferien veranschlagt worden, was sich zeige, wenn man auf die nun nachgereichten Dokumente abstelle. Die Vorinstanz verweist auf die anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vorgelegten Dokumente und hält an der abgezogenen Anzahl Ferientage fest.

Wiederum ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die nachgereichten Ferienlisten nicht zu berücksichtigen sind. Für Dokumente betreffend Ferien gilt nichts anderes als für übrige Belege zur Arbeitszeit. Entsprechend kann dazu auf das vorstehend zur Beweiskraft nachgereichter Dokumente für die Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls Gesagte (E. 2.2.4 f.) verwiesen werden. Die Ausführungen der Vorinstanz sind nachvollziehbar. Grundsätzlich sind demnach die veranschlagten Ferientage nicht zu beanstanden, denn wenn nur die anlässlich der Arbeitgeberkontrolle schon vorgelegten Ferienlisten ausschlaggebend sind, kann auf die vorinstanzlichen Beanstandungen in der Beilage 1 zur Revisionsverfügung vom 1. September 2020 sowie auf die detaillierten Ausführungen (Ziff. 2.10) in der Vernehmlassung vom 22. Februar 2021 verwiesen werden. Auch die nachträglichen Ausführungen der Beschwerdeführerin, bei den anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vorgelegten Ferienzeiten habe es sich um noch nicht bereinigte, im Voraus erfasste Ferien gehandelt, sind als nachträgliche Vorbringen zu betrachten, die nur unter den erwähnten strengen Voraussetzungen (vorstehend E. 2.2.5) Beachtung finden könnten. Diese Vorausset-

zungen sind vorliegend nicht erfüllt, da die Ausführungen der Beschwerdeführerin im Widerspruch zu den Einträgen in den an der Arbeitgeberkontrolle vorgefundenen Dokumenten stehen.

## **6.**

**6.1** Im vorliegenden Fall hat sich gezeigt, dass mit der Bestimmbarkeit bzw. Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls (dazu vorstehend E. 3 und 4) eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (vorstehend E. 2.2.6) fehlt. Die Leistungszusprache war demnach ohne Zweifel unrichtig. Mit dem Rückforderungsbetrag von Fr. 97'446.20 liegt auch eine erhebliche Bedeutung der Berichtigung vor. Somit ist die Revisionsverfügung der Vorinstanz gerechtfertigt und die Beschwerde, soweit darauf eingetreten wird, abzuweisen.

**6.2** Zuhanden der Beschwerdeführerin ist auf die Möglichkeit eines Erlassgesuchs hinzuweisen. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss diese nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 4 und 5 der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV, SR 830.11]). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (vgl. für Einzelheiten die Urteile B-741/2020 E. 1.5; B-664/2017 E. 7 sowie das Kreis Schreiben des SECO über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso, KS RVEI, Teil C).

Die Beschwerdeführerin wird zudem darauf hingewiesen, dass mit BGE 148 V 144 die vorinstanzliche Praxis betreffend Berücksichtigung von Ferien- und Feiertagen bei der Kurzarbeitsentschädigung korrigiert wurde. Unternehmen, die in den Jahren 2020 und 2021 im summarischen Verfahren Kurzarbeitsentschädigung abgerechnet haben, können bei der Vorinstanz ein Gesuch um Überprüfung ihrer Ansprüche gemäss neuer Praxis stellen. Diese können bis am 31. Dezember 2022 via eService auf dem Portal [arbeit.swiss](http://arbeit.swiss) eingereicht werden (vgl. [www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss) > Arbeitgeber > Kurzarbeitsentschädigung > Nachzahlung; zuletzt besucht am 12. Dezember 2022).

**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 (Urteile des BVGer B-6609/2016 E. 7; B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7 m.H.). Vorliegend dringt die Beschwerdeführerin mit keinem ihrer Anträge durch und unterliegt daher.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]); ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) sind praxisgemäss Verfahrenskosten von Fr. 3'800.– angemessen. Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario).

Abzuweisen ist der Antrag der Vorinstanz, die Beschwerde nicht nur unter Kosten-, sondern auch unter Entschädigungsfolgen abzuweisen. Die Vorinstanz ist eine Bundesbehörde (Art. 45a Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 RVOG). Bundesbehörden haben keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'800.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF und wird auszugsweise der öffentlichen Arbeitslosenkasse Baselland mitgeteilt.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Benjamin Märkli

**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: 16. Dezember 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)
- die öffentliche Arbeitslosenkasse Baselland (Auszugsweise; A-Post)