



Urteil vom 18. September 2023

Besetzung

Richterin Mia Fuchs (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X._____,
vertreten durch die Rechtsanwälte
lic. iur. Kaspar Hemmeler LL.M. und Dr. Marcel Lanz,
Beschwerdeführerin,
gegen

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

Gegenstand

Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Am 9. September 2021 überprüfte die Y._____ AG im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO, Vorinstanz) die von der X._____ (Beschwerdeführerin) im Zuge der Corona-Pandemie geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigungen.

B.

Durch Revisionsverfügung vom 18. November 2021 auferlegte das SECO der Beschwerdeführerin die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. [...] an die öffentliche Arbeitslosenkasse des Kantons [...]. Als Begründung hielt es sinngemäss fest, der Mitarbeiter Z._____, der vom 24. Mai 2020 bis zum 30. April 2021 wegen eines Unfalls teilweise arbeitsunfähig gewesen sei, habe von Juni 2020 bis März 2021 keine wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden gehabt. In der Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung seien seine Sollstunden und Verdienste für diese Monate bei der "Summe Sollstunden insgesamt aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden" und bei der "AHV-pflichtigen Lohnsumme aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden" fälschlicherweise nicht berücksichtigt worden. Die Korrektur der Sollstunden führe zu einem tieferen prozentualen wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall. Dementsprechend sei [insbesondere] der Arbeitsausfall vom März 2021 nicht anrechenbar; er werde vollumfänglich aberkannt, da er nicht mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmache, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet würden.

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Beschwerdeführerin am 14. Dezember 2021 Einsprache beim SECO. Mit Entscheid vom 18. Januar 2022 wies das SECO die Einsprache ab. Es erwog, die Tatsache, dass unfallbedingte Absenzen keinen anrechenbaren Arbeitsausfall darstellten, beeinträchtigte die generelle Anspruchsberechtigung prinzipiell nicht, weshalb der (grundsätzlich anspruchsberechtigte) Z._____ im Rahmen der Kurzarbeitsabrechnungen hätte berücksichtigt werden müssen. Dies treffe auch zu, wenn er keinerlei Ausfallstunden gehabt habe. Den der Arbeitslosenkasse für sämtliche in den Prüfzeitraum fallenden Abrechnungsperioden eingereichten Kurzarbeitsabrechnungen liessen sich keine (wirtschaftlich bedingten) Ausfallstunden des betreffenden Mitarbeiters entnehmen. Diese ursprünglichen Darstellungen gegenüber der Arbeitslosenkasse hätten eine höhere

Glaubwürdigkeit als allfällige spätere, denn praxisgemäss stellten die Gerichte im Sozialversicherungsrecht auf die "Aussagen der ersten Stunde" ab. Mangels Belegen lasse sich nicht nachvollziehen, dass die Arbeitslosenkasse die Einsprecherin fälschlicherweise angewiesen hätte, Arbeitnehmer, die Taggelder bezögen, für die Kurzarbeitsentschädigungen nicht zu berücksichtigen. Abgesehen davon habe die Beschwerdeführerin sämtliche weiteren Arbeitnehmer, die während des Prüfzeitraums unfallbedingt arbeitsunfähig gewesen seien, entsprechend berücksichtigt.

D.

Mit Rechtsschrift vom 17. Februar 2022 focht die Beschwerdeführerin den Einspracheentscheid des SECO vom 18. Januar 2022 beim Bundesverwaltungsgericht an. Sinngemäss beantragte sie die Aufhebung desselben. Sie legte dar, es sei nicht korrekt, dass Z. _____ keine Ausfallstunden gehabt habe; die Auftragslage habe sich auf alle Arbeitnehmer ausgewirkt. Bei seiner eingeschränkten Arbeitsfähigkeit sei er genau wie alle anderen behandelt worden und habe, wenn zu wenig Arbeit vorhanden gewesen sei, entsprechend weniger gearbeitet. Auf dem vom Geschäftsleiter unterschriebenen Protokoll stehe ausdrücklich, die Prüfer hätten keine negativen Feststellungen gemacht. Es sei schlicht nicht richtig, dass die nachträglich eingereichten Unterlagen zum Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle gefehlt hätten. Umgekehrt hätten die Kontrolleure nicht vor Ort berechnen können, was der Beschwerdeführerin dann nachträglich eröffnet worden sei.

E.

In seiner Vernehmlassung vom 30. März 2022 beantragte das SECO, die Beschwerde sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Es argumentiert, die Beschwerdeführerin habe für Z. _____ bis zum Ablauf der dreimonatigen, mit dem Ende der Abrechnungsperiode beginnenden Verwirkungsfrist keine (wirtschaftlich bedingten) Ausfallstunden nachgewiesen oder geltend gemacht. Für eine dahingehende Weisung der Arbeitslosenkasse habe die Beschwerdeführerin keine Belege eingereicht.

F.

Mit Replik vom 25. Mai 2022 stellte die nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin folgende Rechtsbegehren (Zitat):

1. Die Einspracheverfügung des SECO vom 18.01.2022 sei aufzuheben.

2. Eventualiter sei die Einspracheverfügung des SECO vom 18.01.2022 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das SECO zurückzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

In formeller Hinsicht rügt sie das Fehlen der Revisionsvoraussetzungen sowie eine Verletzung prozessualer Vorschriften, namentlich des Untersuchungsgrundsatzes, im Revisions- und im Einspracheverfahren. In materieller Hinsicht beanstandet sie die Berechnung der relevanten Sollstunden.

G.

Die Vorinstanz hat ihren Standpunkt mit Duplik vom 2. August 2022 und gleich datierter, am 16. September 2022 beim Bundesverwaltungsgericht eingegangener Quadruplik bekräftigt, die Beschwerdeführerin den ihrigen mit Triplik vom 15. August 2022.

H.

Auf die entscheidungswesentlichen 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 Insolvenzenschädigung 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 Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

Zunächst stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht.

2.1 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.

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).

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 Arbeitslosenversicherung,

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).

2.2 Angesichts pandemiebedingter Abweichungen von den einschlägigen Normen des AVIG muss zunächst, aus zeitlicher Perspektive, das auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbare Recht bestimmt werden.

2.2.1 Soweit der Gesetzgeber keine anderslautenden Übergangsregelungen getroffen hat, sind grundsätzlich diejenigen Normen anwendbar, welche bei Erfüllung eines rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben bzw. hatten. Nur ausnahmsweise zulässig ist die sog. echte Rückwirkung, die sich darin manifestiert, dass bei der Anwendung des neuen Rechts an ein vor dessen Inkrafttreten abgeschlossenes Ereignis angeknüpft wird. Als grundsätzlich zulässig gilt dagegen die sog. unechte Rückwirkung, bei welcher neues Recht ab seinem Inkrafttreten auf einen zeitlich offenen Dauersachverhalt angewendet wird. Vorbehalten bleiben diesbezüglich wohlerworbene Rechte sowie das Prinzip des Vertrauensschutzes (vgl. zum Ganzen die Urteile des BVGer B- 5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.4.2, B-467/2022 vom 24. November 2022 E. 2.3.1, B-2863/2014 vom 9. Dezember 2020 E. 2 und B- 2213/2015 vom 5. Dezember 2017 E. 6.1 m.H.).

2.2.2 Die COVID-19-Verordnung ALV (in der Fassung vom 20. März 2020, AS 2020 877) wurde rückwirkend per 17. März 2020 (Art. 9 Abs. 1 dieser Verordnung), später per 1. März 2020 (Art. 9 Abs. 1 gemäss Fassung vom 1. Juli 2022, SR 837.033), in Kraft gesetzt. Insofern stellt sie eine explizite Übergangsregelung auf (vgl. Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 2.3.2 und BVGE 2021 V/2, E. 2.5). Freilich hat sie auch als Ganzes übergangsrechtlichen Charakter, statuiert sie doch befristete Änderungen des AVIG.

Namentlich der hier einschlägige Art. 8i der Verordnung wurde am 8. April 2020 rückwirkend auf den 1. März 2020 in Kraft gesetzt (AS 2020 1201; Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 2; vgl. zur Inkraftsetzung BVGE 2021 V/2, E. 2.4.10; vgl. unten E. 3.3). Vorliegend kommt die Rückwirkung allerdings nicht zum Tragen (vgl. unten E. 2.2.3).

2.2.3 Strittig ist zur Hauptsache, ob ein Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, der vom 24. Mai 2020 bis zum 30. April 2021 wegen eines Unfalls teilweise arbeitsunfähig war, von Juni 2020 bis März 2021 wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden hervorrief, so dass der Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin in der Abrechnungsperiode März 2021 mehr als 10 % der Arbeitsstunden, welche die Mitarbeiter des Betriebs normalerweise leisten, betragen würde. Folglich basiert die Beurteilung auf den in letzterem Zeitraum gültigen Normen.

2.2.4 In formeller Hinsicht ist umstritten, ob der fragliche Anspruch infolge verspäteter Geltendmachung verwirkt ist (vgl. Art. 38 Abs. 1 AVIG; dazu unten E. 4) und ob die Voraussetzungen für eine Revision gegeben sind. Diesbezüglich richtet sich die Beurteilung nach den im Zeitpunkt der Geltendmachung bzw. der Revision in Kraft stehenden Vorschriften, wobei allenfalls auch pandemiebedingte Besonderheiten des Verfahrens berücksichtigt werden müssen (vgl. unten E. 3.3.4).

3.

Vorab ist die Rüge der Beschwerdeführerin, die Voraussetzungen für eine Revision seien nicht erfüllt gewesen, zu prüfen.

3.1 Die Beschwerdeführerin argumentiert, die Tatsachen bzw. Beweismittel, aus denen sich ergebe, dass die Ausfallstunden von Z. _____ in ihrem Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung nicht korrekt berücksichtigt worden seien, seien bereits vorhanden gewesen, als das SECO bzw. die Arbeitslosenkasse dieses geprüft habe. Demnach hätte die Arbeitslosenkasse die im Revisionsverfahren monierten Mängel vor Erlass der Verfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigung für den Monat März 2021 erkennen können und weitere Abklärungen treffen müssen. Wenngleich die Arbeitslosenkasse aufgrund der Covid-19-Pandemie einer höheren Arbeitslast ausgesetzt gewesen sei, habe sie dies nicht davon entbunden, die Gesuche gewissenhaft zu prüfen und allfällige Mängel sofort zu beanstanden. Das SECO erwähne sodann nirgends, die ursprüngliche Verfügung in Wiedererwägung gezogen zu haben. Vielmehr spreche es stets von einem Revisionsverfahren. Vorsorglich bestreite die Beschwerdeführerin, dass die Voraussetzungen einer Wiedererwägung, nämlich zweifellose Unrichtigkeit und erhebliche Bedeutung einer Berichtigung, erfüllt gewesen seien.

3.2 Das SECO vertritt den Standpunkt, die strittige Leistungszusprechung erweise sich als zweifellos unrichtig, da sie gesetzwidrig sei. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung hätten die Arbeitslosenkassen die Kontrollierbarkeit im Zeitpunkt der Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung nicht vertieft zu prüfen. Ferner lösten fehlende Einwände während des Bewilligungsverfahrens keinen Vertrauensschutz aus. Die Beschwerdeführerin scheine fälschlicherweise davon auszugehen, dass für den Erlass einer Revisionsverfügung die Voraussetzungen von Art. 53 Abs. 1 ATSG vorliegen müssten. Art. 53 Abs. 1 ATSG betreffe aber Fälle, in welchen eine Person einen Anspruch auf Revision habe. Eine Behörde könne eine formell rechtskräftige Verfügung jedoch auch in Fällen von Art. 53 Abs. 2 ATSG in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung sei. Die Beschwerdeführerin übersehe, dass die Bezeichnung der Verfügung [...] als Revisionsverfügung nicht mit dem in Art. 53 Abs. 1 ATSG genannten juristischen Begriff der Revision gleichzusetzen sei. Gemäss Art. 76 Abs. 1 Bst. g AVIG gehörten die Arbeitgeber zu den von der Vorinstanz zu revidierenden Durchführungsstellen.

3.3 Nach Art. 2 ATSG sind dessen Bestimmungen auf die bundesgesetzlich geregelten Sozialversicherungen anwendbar, wenn und soweit es die einzelnen Sozialversicherungsgesetze vorsehen. Art. 1 AVIG hält fest, dass die Bestimmungen des ATSG auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar sind, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

3.3.1 Gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG richtet sich die Rückforderung von Leistungen grundsätzlich nach Art. 25 ATSG. Art. 25 Abs. 1 ATSG bestimmt, dass unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten sind; wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Der Rückforderungsanspruch erlischt drei Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre seit der Auszahlung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG).

3.3.2 Die "Revisionsverfügung [...]" vom 18. November 2021 stützt sich ihrem Wortlaut nach auf die Art. 83a und 95 AVIG sowie auf die Art. 25 und 53 ATSG. Art. 53 ATSG legt unter der Überschrift "Revision und Wiedererwägung" Folgendes fest (Zitat):

¹ Formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide müssen in Revision gezogen werden, wenn die versicherte Person oder der Versicherungsträger nach deren Erlass erhebliche neue Tatsachen entdeckt oder Beweismittel auffindet, deren Beibringung zuvor nicht möglich war.

² Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist.

³ Der Versicherungsträger kann eine Verfügung oder einen Einspracheentscheid, gegen die Beschwerde erhoben wurde, so lange wiedererwägen, bis er gegenüber der Beschwerdebehörde Stellung nimmt.

3.3.3 Vom 9. April 2020 bis zum 31. März 2022 stand Art. 8i der COVID-19-Verordnung ALV in Kraft, dessen Abs. 1 bestimmte, während der Gültigkeit dieser Verordnung werde der anrechenbare Verdienstausfall im summarischen Verfahren berechnet und die Kurzarbeitsentschädigung als Pauschale ausgerichtet (eingefügt durch Ziff. I 1 der Verordnung vom 8. April 2020 über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung, AS 2020 1201; vgl. Art. 9 Abs. 10 sowie Fn. 20 der aktuellen Version der COVID-19-Verordnung ALV, Stand 1. Juli 2022, SR 837.033). Damit wurde das Verfahren – etwa durch Verzicht auf die Voranmeldefrist und gewisse Nachweise – vereinfacht und beschleunigt, sodass Kurzarbeitsentschädigungen rascher ausbezahlt werden konnten (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, 6615 f., nachfolgend "Botschaft Covid"; SECO: Erläuterungen vom November 2020 zur Änderung der COVID-19-Verordnung ALV, S. 6 f. Ziff. 1.1 f.; BGE 148 V 102 E. 6.5; BGE 148 V 144 E. 5.2.2; Urteil des BVGer B-551/2020 vom 29. Dezember 2021 E. 4.3.2 und 4.4.7 m.H.; zum Verhältnis zwischen regulärem und summarischem Verfahren vgl. MYRIAM MINIG/CHRISTA KALBERMATTEN, Kurzarbeitsentschädigungen – einen Prüfpunkt wert?, Expert Focus 12/2020 S. 989 ff.).

3.3.4 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-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).

Während der Pandemie wurden Kurzarbeitsentschädigungen zwar in einem summarischen Verfahren als Pauschalen ausbezahlt. Trotz krisenbedingter Sondersituation sollten sie aber weiterhin nicht voraussetzungslos gewährt werden. So wurden auch die vorbestehenden Sicherungsmechanismen beibehalten, wo die Covid-19-Verordnung ALV nicht explizite davon abwich. Dass sie keine eigenen Vorkehrungen gegen unberechtigte Leistungsbezüge traf, bedeutet daher keinen Verzicht auf entsprechende Massnahmen (vgl. Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.3.3; vgl. SECO: Erläuterungen vom November 2020 zur Änderung der COVID-19-Verordnung ALV, S. 8 Ziff. 1.3.1 a.E. betreffend Kontrollen zwecks Aufdeckung und Rückforderung fälschlicherweise zu hoch ausbezahlter Kurzarbeitsentschädigungen). Vielmehr spricht die pandemiebedingte Anwendung des summarischen Verfahrens bei der (zeitweilig pauschalen) Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigungen für eine Abschwächung der Revisionsvoraussetzungen.

3.3.5 Schon unabhängig von der Corona-Pandemie hat die Arbeitslosenkasse keine vertiefte Prüfung aller Anspruchsvoraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigungen vorzunehmen (Urteil des EVG C 208/02 vom 27. Oktober 2003 E. 4.3). Es ist grundsätzlich Sache der kantonalen Amtsstelle, die Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen, im Zweifel geeignete Abklärungen 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) und ist nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (BGE 124 V 75 E. 4b/aa und bb). Anlass zu ergänzenden Abklärungen können aber 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 I 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 Form 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).

3.3.6 Die Beschwerdeführerin erklärt, Z._____ habe das Formular "Zustimmung zur Kurzarbeit" unterzeichnet. Auf den Abrechnungsbelegen "Hilfsformular Kurzarbeitsentschädigung COVID-19" fehle er allerdings. Ebenso wenig sei seine Arbeitszeit in der "Kurzarbeitszeit-Aufstellung März 2021 im Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung" enthalten. Zudem zeige das Hilfsformular für März 2021, dass zwar [...] Mitarbeitende der Beschwerdeführerin anspruchsberechtigt gewesen seien, eine Person von der Kurzarbeit aber nicht betroffen gewesen sei. Vor Einreichung des Gesuchs habe die Beschwerdeführerin die Arbeitslosenkasse des Kantons [...] kontaktiert und mit ihr besprochen, wie Z._____ im Gesuch zu behandeln sei. Die Arbeitslosenkasse habe bestätigt, dass er bei der Berechnung der wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden nicht zu berücksichtigen sei.

In der Begründung der Revisionsverfügung – und damit bevor die Beschwerdeführerin weitere Dokumentationen zu Z._____ nachgereicht habe – habe das SECO festgehalten, die Beschwerdeführerin habe diesen für den Zeitraum von Juni 2020 bis März 2021 in der Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung bei der "Summe Sollstunden insgesamt aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden" und bei der "AHV-pflichtigen Lohnsumme aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden" nicht berücksichtigt. Demzufolge sei der Arbeitslosenkasse bekannt gewesen, dass Z._____ im März 2021 bei der Beschwerdeführerin angestellt gewesen und ihn diese in ihrem Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung nicht berücksichtigt habe.

Deshalb hätte die Arbeitslosenkasse die im Revisionsverfahren monierten Mängel vor Erlass ihrer Verfügung um Zusprechung der Kurzarbeitsent-

schädigung für den Monat März 2021 aufgrund der vorhandenen Unterlagen erkennen können und weitere Abklärungen treffen müssen. Die Tatsachen bzw. Beweismittel, aus denen sich ergebe, dass die Ausfallstunden von Z. _____ im Gesuch der Beschwerdeführerin um Kurzarbeitsentschädigung nicht korrekt berücksichtigt worden seien, seien zum Zeitpunkt, als das SECO bzw. die Arbeitslosenkasse das Gesuch geprüft hätten, bereits vorhanden gewesen.

3.3.7 Wie oben dargelegt (E. 3.3.5), muss die Arbeitslosenkasse die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigungen 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 nämlich 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 Covid, 6585 f., 6613 ff. sowie MINNIG/KALBERMATTEN, S. 990 Ziff. 1.2; vgl. oben E. 3.3.3). Demgemäss war die Arbeitslosenkasse nicht gehalten, vor Erlass ihrer Verfügung weitere Abklärungen zu treffen, wie die Beschwerdeführerin meint. Unter diesen Umständen bedürfen insbesondere die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Wiedererwägung keiner näheren Erörterung.

3.3.8 Mit Blick auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes bringt die Beschwerdeführerin vor, sie habe die Ausgangsdaten, nämlich die von Z. _____ effektiv geleisteten und in den Monatsauszügen des elektronischen Zeiterfassungssystems festgehaltenen Arbeitsstunden, nie verändert. Aufgrund einer falschen Auskunft der Arbeitslosenkasse habe sie diese Daten in ihrem ersten Gesuch jedoch nicht in die entsprechenden Excel-Formulare übertragen.

Erhärten lässt sich eine solche Auskunft allerdings nicht, zumal kein schriftlicher Nachweis vorliegt. Da die Beschwerdeführerin aber andere Arbeitnehmer, die während des Prüfzeitraums unfallbedingt arbeitsunfähig waren, in den Kurzarbeitsabrechnungen berücksichtigte, muss die Erteilung einer anderslautenden Auskunft betreffend Z. _____ als unwahrscheinlich erachtet werden.

3.4 Folglich waren die Voraussetzungen für eine Rückforderung der zu Unrecht bezogenen Leistungen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin erfüllt.

4.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin sodann, das SECO habe ihr rechtliches Gehör und den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Im Rahmen dieser Rüge ist namentlich zu beurteilen, ob der streitige Anspruch als ganzer infolge verspäteter Geltendmachung verwirkt ist.

4.1 Zur Begründung legt sie dar, sie habe die monatliche Aufstellung der effektiven Arbeitszeiten von Z. _____ mit ihrer Einsprache vom 14. Dezember 2021 eingereicht. Das SECO habe sich jedoch auf den Standpunkt gestellt, dass die Einreichung verspätet erfolgt sei, weil die Beschwerdeführerin in ihrem ursprünglichen Gesuch an die Arbeitslosenkasse keine wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden für Z. _____ geltend gemacht habe. Die Verwirkungsfrist von Art. 38 Abs. 1 AVIG betreffe jedoch nur die gesamthafte Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung. Demnach hätte das SECO die mit der Einsprache nachgereichten Unterlagen berücksichtigen müssen. Unbehelflich sei dessen Hinweis, die Beschwerdeführerin habe unterschriftlich bestätigt, dass nach der Arbeitgeberkontrolle eingereichte Akten, welche den geprüften Unterlagen widersprüchen, für die Beurteilung des Leistungsbezugs nicht mehr berücksichtigt werden könnten. Das SECO könne den verfassungsmässigen Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör nicht durch eine Verzichtserklärung aushebeln.

4.2 Das SECO vertritt den Standpunkt, es habe den Untersuchungsgrundsatz nicht verletzt. Anlässlich des Einspracheverfahrens habe es eine uneingeschränkte materielle Neubeurteilung seiner Revisionsverfügung [...] vorgenommen. Das gesetzliche Erfordernis der ausreichenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG) würde unterlaufen, wenn ein Betrieb jederzeit noch Dokumente nachreichen könnte, die bei der Bemessung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung zu berücksichtigen wären. Die Auffassung der Beschwerdeführerin beruhe auf einem falschen Verständnis von Art. 38 Abs. 1 AVIG. Der Arbeitsausfall von Z. _____ hätte innert der dreimonatigen Verwirkungsfrist geltend gemacht werden müssen, da Entschädigungsansprüche gesamthaft, also für alle betroffenen Arbeitnehmer, zu beantragen seien. Da für Z. _____ innert dreier Monate nach Ablauf der entsprechenden Abrechnungsperioden

jedoch keine wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden geltend gemacht worden seien, könnten solche im Nachhinein nicht mehr vorgebracht werden. Durch das Formular «geprüfte Unterlagen» werde sichergestellt, dass nur für Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ausreichend kontrollierbar sei, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe.

4.3 Gemäss Art. 38 Abs. 1 AVIG macht der Arbeitgeber den Entschädigungsanspruch seiner Arbeitnehmer innert dreier Monate nach Ablauf jeder Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb bei der von ihm bezeichneten Kasse geltend. Entschädigungen, die der Arbeitgeber nicht fristgemäss geltend macht, werden ihm nicht vergütet (Art. 39 Abs. 3 AVIG).

4.3.1 Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Die Frist zur Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs beginnt mit dem ersten Tag nach der Abrechnungsperiode (Art. 38 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 AVIV), unabhängig davon, ob die kantonale Amtsstelle oder die Rekursinstanz bereits einen Entscheid über die Auszahlung der Entschädigung gefällt hat (BGE 124 V 75 E. 4b). Sie läuft drei Monate später am Tag ab, welcher demjenigen mit der gleichen Zahl wie das fristauslösende Ereignis (Ablauf der Abrechnungsperiode) entspricht (NUSSBAUMER, THOMAS, in: Schindler/Tanquerel/Tschannen/Uhlmann: SBVR Soziale Sicherheit, 3. A., 2016, N. 522 m.H.).

4.3.2 Bei der Dreimonatsfrist nach Art. 38 Abs. 1 AVIG zur Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die weder gehemmt noch unterbrochen werden kann, einer Wiederherstellung bei unverschuldeter Säumnis jedoch zugänglich ist (Botschaft des Bundesrates vom 2. Juli 1980 zu einem neuen AVIG, nachfolgend «Botschaft AVIG», BBl 1980 III 489, 600; Urteil des BGer 8C_386/2022 vom 13. September 2022 E. 2.2.3 m.H.; vgl. BGE 124 V 75 E. 4b und 114 V 123 E. 3; Urteil AL.2021.00121 des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 26. November 2021 E. 4.2; KUPFER BUCHER, BARBARA, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. A., 2019, S. 292 f.; NUSSBAUMER, N. 523 m.H.).

4.3.3 Die fristgerechte und formal korrekte Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung ist formelle Anspruchsvoraussetzung. Sie bezweckt die rechtzeitige Überprüfung der materiellen Anspruchsvoraussetzungen

sowie eine speditive Abwicklung der Auszahlung der Entschädigung. Ferner dient sie der Abrechnung der Kassen gegenüber dem Ausgleichsfonds. Die Beweislast für die Fristwahrung trägt der Arbeitgeber, weil er die Handlung vorzunehmen hat (vgl. BGE 117 V 244 E. 3b; Botschaft AVIG, 600; NUSSBAUMER, N. 523). Auf den Voranmeldungsformularen findet sich denn auch der Hinweis, dass der Anspruch innerhalb von drei Monaten geltend gemacht werden müsse.

4.3.4 Wie in der Botschaft AVIG (599) erläutert wurde, «rechnet der Arbeitgeber für jede Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb mit einer einzigen Kasse ab». Eine Abrechnung zwischen den einzelnen Versicherten und von diesen individuell gewählten Kassen wäre laut Botschaft AVIG (600) administrativ völlig unhaltbar und würde zu gänzlich uneinheitlichen, unübersichtlichen Verhältnissen führen. Folglich bedeutet das Wort «gesamthaft» in Art. 38 Abs. 1 AVIG, dass die Betriebe nach der Konzeption des Gesetzes nicht gegenüber mehreren Kassen abrechnen sollen. Bezweckt wurde damit eine «administrativ vernünftige Abwicklung des Entschädigungsverfahrens» (Botschaft AVIG, 599).

4.3.5 Vor diesem Hintergrund lässt sich die Auffassung der Beschwerdeführerin, sie habe die Verwirkungsfrist eingehalten, weil diese nur die gesamthafte Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung betreffe, nicht nachvollziehen. Ausserdem bestimmt Art. 38 Abs. 3 Bst. a AVIG im vorliegenden Kontext, dass der Arbeitgeber der Kasse die für die weitere Beurteilung der Anspruchsberechtigung und die Berechnung der Entschädigung erforderlichen Unterlagen einreichen muss. Das spricht dagegen, dass Kurzarbeitsentschädigungen während der Verwirkungsfrist etwa lediglich mittels rudimentärer Angaben geltend zu machen wären. Anspruchsprüfung, Berechnung und Auszahlung der Entschädigungen könnten nicht auf verlässliche und speditive Weise erfolgen, wenn die Kasse von Beginn weg stets mit zusätzlichen, unter Umständen abweichenden Dokumenten sowie Nachforderungen rechnen müsste. Diesfalls ergäbe eine gesetzliche Verwirkungsfrist wenig Sinn. Schliesslich muss die fristgerechte Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung auch formell richtig sein (vgl. oben E. 4.3.3).

4.3.6 Durch die COVID-19-Verordnung ALV wurden zwar die Bst. b und c von Art. 38 Abs. 3 AVIG modifiziert, nicht aber dessen Bst. a (vgl. Art. 7 der Verordnung). Folglich hatten die Arbeitgeber der Kasse auch während der Pandemie die für die «weitere Beurteilung der Anspruchsberechtigung und der Berechnung der Entschädigung erforderlichen Unterlagen» (Art. 38

Abs. 3 Bst. a AVIG) innerhalb der dreimonatigen Verwirkungsfrist von Art. 38 Abs. 1 AVIG einzureichen.

4.3.7 In diesem Zusammenhang muss zwischen der Geltendmachung einerseits und der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung andererseits unterschieden werden. Das in Art. 8i Abs. 1 der COVID-19-Verordnung ALV vorgesehene summarische Verfahren betrifft die Berechnung des anrechenbaren Verdienstaufschlags. Auch bei summarischer Berechnung sind freilich alle Soll- und Ausfallstunden zu berücksichtigen (vgl. BVGE 2021 V/2, E. 3.7). Die Beschwerdeführerin hätte die entsprechenden Werte für Z. _____ daher in die Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung miteinbeziehen müssen. Sie reichte auch die Arbeitszeitkontrolle für Z. _____, welche einen wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall zeigt, nicht innerhalb der Dreimonatsfrist ein, sondern, wie sie selber einräumt, erst mit der Einsprache.

4.4 Ist die gesuchstellende Person oder ihre Vertretung unverschuldeterweise davon abgehalten worden, binnen Frist zu handeln, so wird diese wiederhergestellt, sofern unter Angabe des Grundes innert 30 Tagen nach Wegfall des Hindernisses darum ersucht und die versäumte Rechtshandlung nachgeholt wird (Art. 41 ATSG). Gegen ein unverschuldetes Versäumnis spricht vorliegend neben dem Fehlen eines entsprechenden Ersuchens insbesondere, dass die Beschwerdeführerin für andere ebenfalls (teilweise) arbeitsunfähige Mitarbeiter in ihrem Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden geltend machte. Demnach sind auch keine Gründe für eine Fristwiederherstellung ersichtlich.

4.5 Als Fazit lässt sich festhalten, dass die Vorinstanz weder den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör noch den Untersuchungsgrundsatz verletzte. Diese hielt die dreimonatige Verwirkungsfrist des Art. 38 Abs. 1 AVIG nicht ein, weshalb gemäss Art. 39 Abs. 3 AVIG keine Vergütung erfolgen darf (vgl. Urteil des EVG C 26/2001 vom 15. Januar 2003 E. 2.4).

5.

Unter diesen Umständen ist auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie hätte den Schwellenwert von 10 % der gesamten wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden im März 2021 selbst ohne Anpassung der Sollstunden erreicht, nicht weiter einzugehen.

6.

6.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG) und werden durch die Kasse vom Arbeitgeber zurückgefordert (Art. 95 Abs. 2 AVIG). 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.).

6.2 Nachdem die Beschwerdeführerin die strittige Entschädigung nicht fristgemäss geltend gemacht hat, kann keine Vergütung erfolgen (vgl. Art. 39 Abs. 3 AVIG; E. 4.5). Angesichts des strittigen Betrags von Fr. [...] ist die Berichtigung auch von erheblicher Bedeutung. Daher lässt sich die verfügte Rückerstattung der zu Unrecht geleisteten Zahlung nicht beanstanden.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerde abzuweisen ist.

8.

8.1 Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes 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. 1'600.– festzusetzen.

8.2 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.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'600.- 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.

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: 25. September 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. BUR-Nr. 60860901; Gerichtsurkunde)

Das Urteil wird mitgeteilt:

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