

2021 V/2

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i. S. A. GmbH gegen Staatssekretariat für Wirtschaft
B-5990/2020 vom 24. Juni 2021

Kurzarbeitsentschädigung. Notrecht. Rückwirkungsverbot. Zulässigkeit verfassungsunmittelbarer Notverordnungen. Auslegung der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung.

Art. 185 Abs. 3 BV. Art. 31 AVIG. Art. 2, Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung.

1. **Zulässigkeit notrechtlicher Sekundärmassnahmen, wenn sie für die Verhältnismässigkeit von Primärmassnahmen unabdingbar sind; Abgrenzung zu BGE 137 II 431 (E. 2.2.5 ff.).**
2. **Zulässigkeit von Notverordnungen, die von entgegenstehendem Gesetzesrecht abweichen, das nicht auf eine Notsituation ausgerichtet ist (E. 2.3).**
3. **Voraussetzungen begünstigender Rückwirkung (E. 2.4.3–2.4.7).**
4. **Einschränkende Auslegung der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; Festhalten an der zur Kurzarbeit entwickelten Praxis, soweit die Verordnung keine explizite Abweichung enthält (E. 4.4–4.5).**
5. **Abgrenzung der Unterstützungsmassnahmen in Form der Kurzarbeitsentschädigung von denjenigen für Selbstständigerwerbende (E. 5.9).**

Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail. Droit de nécessité. Principe de la non-rétroactivité. Admissibilité des ordonnances de nécessité directement fondées sur la Constitution. Interprétation de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage.

Art. 185 al. 3 Cst. Art. 31 LACI. Art. 2, art. 5 ordonnance COVID-19 assurance-chômage.

1. **Admissibilité de mesures secondaires relevant du droit de nécessité lorsque celles-ci sont requises pour assurer la proportionnalité des mesures primaires; délimitation par rapport à l'ATF 137 II 431 (consid. 2.2.5 ss).**

2. **Admissibilité des ordonnances de nécessité dérogeant à une loi ne se référant pas à une situation d'urgence (consid. 2.3).**
3. **Conditions de la rétroactivité favorable (consid. 2.4.3–2.4.7).**
4. **Interprétation restrictive de l'ordonnance COVID-19 assurance-chômage; maintien de la pratique développée en matière de réduction de l'horaire de travail dans la mesure où l'ordonnance ne contient aucune dérogation explicite (consid. 4.4 et 4.5).**
5. **Délimitation entre les mesures de soutien sous la forme de l'indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail et celles prévues pour les indépendants (consid. 5.9).**

Indennità per lavoro ridotto. Diritto di necessità. Divieto di retroattività. Ammissibilità di un'ordinanza di necessità basata direttamente sulla Costituzione. Interpretazione dell'ordinanza COVID-19 assicurazione contro la disoccupazione.

Art. 185 cpv. 3 Cost. Art. 31 LADI. Art. 2, art. 5 dell'ordinanza COVID-19 assicurazione contro la disoccupazione.

1. **Ammissibilità di misure secondarie basate sul diritto di necessità e indispensabili per garantire la proporzionalità di misure primarie; delimitazione rispetto alla DTF 137 II 431 (consid. 2.2.5 segg.).**
2. **Ammissibilità di ordinanze di necessità deroganti alla legislazione contraria non riferita ad una situazione di necessità (consid. 2.3).**
3. **Presupposti della retroattività favorevole (consid. 2.4.3–2.4.7).**
4. **Interpretazione restrittiva dell'ordinanza COVID-19 assicurazione contro la disoccupazione; mantenimento della prassi sviluppata in materia di lavoro ridotto, nella misura in cui l'ordinanza non contiene deroghe esplicite (consid. 4.4–4.5).**
5. **Delimitazione tra le misure di sostegno in forma di indennità per lavoro ridotto e quelle previste per i lavoratori indipendenti (consid. 5.9).**

Die A. GmbH (Beschwerdeführerin) mit Sitz in Z. bezweckt diverse Taxidienstleistungen. Sie beantragte für den Zeitraum vom 17. März bis 30. Juni 2020 Kurzarbeitsentschädigungen im Umfang von Fr. 70 181.40 von der öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau. Insgesamt wurden gemäss Auszahlungsbelegen Fr. 64 963.15 ausbezahlt. Am

17. August 2020 prüfte ein Inspektor des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO; nachfolgend: Vorinstanz) anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle die Personaldossiers, Lohnunterlagen, Arbeitszeiterfassung und Tagesrapporte der A. GmbH. Bei dieser Kontrolle stellte er fest, dass unter anderem für B., Geschäftsführer der A. GmbH, keine Arbeitszeitkontrolle geführt wurde, was die anwesende Vertreterin der A. GmbH unterschriftlich bestätigte. In ihrer Revisionsverfügung vom 7. September 2020 stellte die Vorinstanz zudem fest, dass die Arbeitnehmenden der A. GmbH an gewissen Tagen im Zeiterfassungssystem Stunden erfasst hatten, obwohl für diese Tage Arbeitsausfälle geltend gemacht wurden. Sie ordnete die Rückerstattung von Fr. 43 690.15 an. Diese Aberkennung begründet sie mit der fehlenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls von B. einerseits und dem fehlenden Arbeitsausfall der übrigen Mitarbeitenden an einzelnen Tagen andererseits. Die gegen die Revisionsverfügung erhobene Einsprache vom 9. Oktober 2020 wies die Vorinstanz mit Entscheid vom 29. Oktober 2020 ab und ordnete die Rückerstattung innert 30 Tagen an.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 In der vorliegenden Sache stellen sich zwei unterschiedliche Fragen, die separat zu beantworten sind. Einerseits muss beurteilt werden, ob B., der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, trotz seiner nicht erfassten Arbeitszeiten Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat. Andererseits ist zu entscheiden, ob zur Beurteilung des Arbeitsausfalls der übrigen Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin auf die Lenkzeit oder auf die Lenk- und die Wartezeit abzustellen ist. Zu den Fragen der Kurzarbeitsentschädigung besteht schon eine umfangreiche Praxis. Allerdings sieht das im Zuge der Corona-Pandemie erlassene Notrecht diverse Abweichungen zu dieser Praxis vor, wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt und auch die Vorinstanz nicht bestreitet. Da die hauptsächlich relevante Verordnung jedoch rückwirkend in Kraft gesetzt worden ist und Verordnungsrecht grundsätzlich nicht von entgegenstehendem Gesetzesrecht abweichen kann, ist die Verfassungsmässigkeit dieser Rechtsgrundlage fraglich und muss zuerst geprüft werden. Es drängt sich folgendes Vorgehen auf: Zunächst wird die Verfassungsmässigkeit der Verordnung geprüft. Dabei stellen sich die Fragen, ob der Bundesrat zum Erlass der einschlägigen Verordnung ganz grundsätzlich befugt war (sogleich E. 2.2), ob er, wenn dies zu bejahen ist, darin vom Gesetz abweichen konnte (E. 2.3) und ob die Verordnung rückwirkend in Kraft gesetzt werden konnte (E. 2.4).

Danach wird die bestehende Praxis zu den im vorliegenden Fall relevanten Punkten wiedergegeben und eine allfällige Abweichung durch das Notrecht umrissen, soweit sie sich als zulässig erwiesen hat (E. 3). Gestützt darauf lassen sich anschliessend die Ansprüche des Geschäftsführers B. (E. 4) und der übrigen Mitarbeitenden der A. GmbH (E. 5) bestimmen.

2.2 Wie bereits ausgeführt, wichen die Notverordnungen des Bundesrats zur Bewältigung der Corona-Pandemie punktuell von der bestehenden gesetzlichen Ordnung ab. Im vorliegenden Zusammenhang relevant ist die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20. März 2020 (SR 837.033). So beruft sich die Beschwerdeführerin explizit auf die Verordnung ([...]) und auch die Vorinstanz stützt sich darauf ab. Sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht stehen die Gültigkeit und die Anwendbarkeit der Verordnung jedoch infrage. Da das Bundesverwaltungsgericht das anzuwendende Recht von Amtes wegen feststellt (vgl. THOMAS HÄBERLI, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 62 N. 42), ist zunächst zu bestimmen, ob die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung eine taugliche Rechtsgrundlage zur Beurteilung des vorliegenden Falls ist.

2.2.1 Die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung stützte sich anfänglich gemäss Ingress auf Art. 185 Abs. 3 BV. Die Verordnung vom 7. Oktober 2020 über die Abstützung der Covid-19-Verordnungen auf das Covid-19-Gesetz (AS 2020 3971) änderte die Grundlage, sodass sich die Verordnung neu auf das Covid-19-Gesetz vom 25. September 2020 (SR 818.102) stützte. Diese Änderung fand aber erst nach Abschluss des gegenständlichen Sachverhalts statt. Demnach war während der gesamten für das vorliegende Urteil einschlägigen Zeit Art. 185 Abs. 3 BV die Rechtsgrundlage der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. Die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ist also im vorliegenden Zusammenhang als selbstständige Verordnung zu qualifizieren (vgl. auch FRÉDÉRIC BERNARD, Lutte contre le nouveau coronavirus et respect des droits fondamentaux, *Sicherheit & Recht* 3/2020 S. 133).

2.2.2 Zwar ist dem Bundesverwaltungsgericht die abstrakte Normenkontrolle eines Bundeserlasses verwehrt (Art. 189 Abs. 4 BV sowie Art. 31 VGG e contrario; vgl. Urteile des BVerfG C-1031/2012 vom 7. Mai 2014 E. 8.3; C-1624/2020 vom 25. März 2020; C-2375/2020 vom 13. August 2020, bestätigt im Urteil des BVerfG 2C_776/2020 vom 23. September 2020 E. 2.2; zur analogen Situation beim Bundesgericht vgl. das Urteil des BVerfG 2C_280/2020 vom 15. April 2020 E. 2.2, bestätigt im

Urteil 2F_7/2020 vom 27. April 2020). Liegt hingegen wie hier ein konkreter Anwendungsfall vor, so können und müssen die Gerichte vorfrageweise die Rechtmässigkeit der einschlägigen Rechtsgrundlagen überprüfen (vgl. BGE 39 I 407 E. 2; BVGE 2011/61 E. 5.4.2.1; Urteil C-1624/2020; BERNARD, a.a.O., S. 136; SCHOTT/KÜHNE, An den Grenzen des Rechtsstaats: exekutive Notverordnungs- und Notverfügungsrechte in der Kritik, ZBl 111/2010, S. 418; TRÜMPLER/UHLMANN, Problemstellungen und Lehren aus der Corona-Krise aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht, in: Helbing Lichtenhahn Verlag [Hrsg.], COVID-19, 2020, § 19 Rz. 24 f.). Einer Überprüfung der Verordnung steht insbesondere auch Art. 190 BV nicht entgegen, der nur Bundesgesetze, nicht aber Verordnungen erfasst (vgl. Urteil des BGer 2D_32/2020 vom 24. März 2021 E. 1.5; Urteil des BVGer A-4372/2020 vom 18. März 2021 E. 6.3; ASTRID EPINEY, in: Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, Art. 190 N. 30). Da es sich bei der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung um hier zu beurteilenden Zeitraum um eine selbstständige Verordnung handelte, erfasst Art. 190 BV sie auch nicht mittelbar, da kein delegierendes Bundesgesetz die Verordnungsbestimmung absichert (vgl. SCHOTT/KÜHNE, a.a.O., S. 420). Im Fall einer festgestellten Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht wäre die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung demnach nicht anzuwenden (vgl. Urteil 2D_32/2020 E. 1.6.4; EPINEY, a.a.O., N. 31 f.; BENJAMIN MÄRKLI, Notrecht in der Anwendungsprobe, Sicherheit & Recht 2/2020, S. 62). Im Übrigen könnte die Unvereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht selbst bei einem von Art. 190 BV erfassten Erlass zumindest festgestellt werden, da der Artikel ein Anwendungsgebot, nicht aber ein Prüfungsverbot enthält (vgl. EPINEY, a.a.O., N. 35). Das Bundesverwaltungsgericht hat daher die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vorfrageweise auf ihre Vereinbarkeit mit dem höherrangigen Recht zu überprüfen (vgl. DAVID RECHSTEINER, Die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Notrecht, Sicherheit & Recht 3/2020 [nachfolgend: Corona], S. 129; BENJAMIN SCHINDLER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl. 2019, Art. 49 N. 24).

2.2.3 Zur Bekämpfung der Covid-19-Krankheit erliess der Bundesrat eine Reihe von Massnahmen gestützt auf Art. 7 des Epidemiengesetzes vom 28. September 2021 (EpG, SR 818.101), die den Gesundheitsschutz zum Gegenstand hatten (vgl. den Ingress und Art. 1 der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020 [AS 2020 773]). Diese Massnahmen werden als Primärmassnahmen bezeichnet, da sie unmittelbar der Be-

kämpfung der eigentlichen Notlage dienen. Sie erscheinen wenig problematisch, bewegen sie sich doch innerhalb des Gesetzeszwecks, betreffen vorliegend also den Gesundheitsschutz (Art. 2 Abs. 2 EpG). Sie können aber unerwünschte oder übermässige Auswirkungen entfalten. Um die Nebenwirkungen der Primärmassnahmen abzufedern flankierte der Bundesrat diese durch sogenannte Sekundärmassnahmen, also Massnahmen, die nicht eigentlich den Schutz der Gesundheit bezwecken, sondern vielmehr andere Rechtsgüter im Blick haben und der Linderung der Auswirkungen der die Gesundheit schützenden Primärmassnahmen auf diese übrigen Rechtsgüter dienen (zu den Kategorien vgl. RECHSTEINER, Corona, S. 123 ff.). Die Sekundärmassnahmen betreffen verschiedene Gegenstände, umfassen aber insbesondere wirtschafts- und wohlfahrtspolitische Massnahmen. Ihnen ist auch die vorliegend relevante Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung zuzurechnen. Auch wenn sie eine weitgehend begünstigende Wirkung entfalten, sind die Sekundärmassnahmen nicht ohne Weiteres zulässig, sondern bedürfen einer Rechtsgrundlage.

2.2.4 Wie andere Sekundärmassnahmen stützte sich auch die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung auf Art. 185 Abs. 3 BV (E. 2.2.1 vorstehend; vgl. Urteil A-4372/2020 E. 6.2; RECHSTEINER, Corona, S. 123). Dieser Artikel ermächtigt den Bundesrat zum Erlass von Verordnungen zum Schutz vor « eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit ». Dieser Wortlaut scheint die mit den Sekundärmassnahmen angestrebten Massnahmen zur Stützung der Wirtschaft und der Verhinderung von Arbeitslosigkeit nicht zu erfassen. Das Bundesgericht hat sich aber in BGE 137 II 431 E. 4.1 für einen weiten Begriff der zulässigen Schutzgüter ausgesprochen und insbesondere wirtschaftspolizeiliche Interessen als Grund für ein notrechtliches Handeln des Staates zugelassen. An dieser Praxis hat es soweit ersichtlich festgehalten; bezogen auf die jüngsten Notverordnungen hat es die Frage nach der Verfassungsmässigkeit offengelassen (vgl. BGE 146 III 194 E. 4.4), bestätigt sie aber implizit, indem es die Verordnungen anwendet (vgl. das Urteil des BGer 8C_181/2021 vom 5. März 2021). Die Lehre begrüsst den weiten Schutzbegriff wohl überwiegend (vgl. DAVID RECHSTEINER, *Recht in besonderen und ausserordentlichen Lagen*, 2016, Rz. 446 ff. [nachfolgend: *Lagen*]; *derselbe*, Corona, a.a.O., S. 124; TRÜMLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 32; DAMIAN WYSS, *Sicherheit und Notrecht*, Jusletter vom 25. Mai 2020, Rz. 20), lehnt ihn aber teilweise auch ab (vgl. GIOVANNI BIAGGINI, « Notrecht » in *Zeiten des Coronavirus*, ZBl 121/2020 S. 257; CARONI/SCHMID, *Notstand im Bundeshaus*, AJP 2020 S. 713). Auch diese ablehnenden

Lehrpositionen gehen aber mehrheitlich nicht von der Unzulässigkeit der Sekundärmassnahmen aus, sondern möchten sie auf Art. 7 EpG abgestützt wissen, dem sie einen eigenständigen Gehalt zumessen (vgl. BIAGGINI, a.a.O., S. 264 f.; MÄRKLI, a.a.O., S. 60 f.). Ein Teil der Lehre befasst sich mit den Sekundärmassnahmen, ohne deren Verfassungsmässigkeit infrage zu stellen (z.B. PÄRLI/EGGMANN, Corona und die Arbeitswelt, Jusletter vom 8. Februar 2021, Rz. 24).

2.2.5 Problematisch an einer Überdehnung der erfassten Schutzgüter wäre, dass die übrigen Voraussetzungen des Notrechts für den Kreis der möglichen Massnahmen kaum begrenzend wirken. Nach Praxis und Lehre ist dem Bundesrat das Handeln gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV dann möglich, wenn eines der Schutzgüter schwer und dringlich bedroht ist sowie keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung stehen (vgl. RECHSTEINER, Lagen, a.a.O., Rz. 444 m.w.H.). Die Kriterien der schweren und dringlichen Gefährdung betreffen nur das Vorliegen einer Notlage und reichen zur Eingrenzung der notrechtlichen Massnahmen nicht aus. Die Verfassung verwendet in Art. 185 Abs. 3 das Begriffspaar der « inneren und äusseren Sicherheit ». Diese Wendung, insbesondere die qualifizierenden Adjektive, und die Verbindung des Ausdrucks mit der « öffentlichen Ordnung » bringen zum Ausdruck, dass der Notrechtskompetenz kein möglichst weit gefasster Sicherheitsbegriff zugrunde liegen soll (vgl. BIAGGINI, a.a.O., S. 258 f.; CARONI/SCHMID, a.a.O., S. 713; a.M. RECHSTEINER, Corona, a.a.O., S. 124; TRÜMLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 32; WYSS, a.a.O., Rz. 15 ff.). Vielmehr ist, wie insbesondere der Begriff der öffentlichen Ordnung zum Ausdruck bringt, ein deutlicher Bezug zum (grundlegenden) Funktionieren der Gesellschaft vorausgesetzt. Mithin reicht es nicht aus, dass in irgendeinem Sachbereich der Leidensdruck gross genug ist, um ein Handeln als wünschenswert erscheinen zu lassen, sondern es muss mit diesem Leidensdruck zwingend eine Überforderung zentraler Strukturen des öffentlichen Lebens einhergehen. Die Gefährdung muss zudem schwer und dringlich sein. Eine schwere Gefährdung bedeutet, dass die befürchtete Überforderung auch tatsächlich zumindest mit grosser Wahrscheinlichkeit droht. Unmittelbar und dringlich bedeuten in diesem Zusammenhang einerseits, dass der Eintritt der Gefährdung bereits erfolgt ist oder in der Zukunft mit grosser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, und andererseits, dass die Zeit nicht zur Verfügung steht, um im Gesetzgebungsverfahren eine Rechtsgrundlage zu schaffen (vgl. RECHSTEINER, Lagen, a.a.O., Rz. 451; SCHOTT/KÜHNE, a.a.O., S. 418). Dabei wäre selbstverständlich die allfällige Tatsache, dass ein für das Gesetzgebungsverfahren notwendiger Konsens nicht erreicht werden könnte, kein Grund

dafür, das politisch Unerwünschte einfach notrechtsweise ein- oder weiterzuführen.

2.2.6 Bei den Corona-Sekundärmassnahmen ist die Situation anders gelagert als im Fall, der BGE 137 II 431 zugrunde lag. Dort ging es um die Beurteilung eines Ersuchens um Herausgabe von Bankkundendaten an die USA mit angedrohten Sanktionen und absehbaren Folgen. Die Gefährdung war klar erkennbar und auch die zur Debatte stehenden Handlungsalternativen deutlich umrissen (vgl. BGE 137 II 431 E. 4). Bei den Corona-Sekundärmassnahmen ist dies demgegenüber nicht der Fall. Schon die Fragen, ob und wann die Primärmassnahmen überhaupt eine als « Störung » zu qualifizierende Beeinträchtigung der Schutzgüter von Art. 185 Abs. 3 BV hervorrufen, sind nicht eindeutig zu beantworten. Wie und wie weit dieser Störung, so sie denn bejaht wird, zu begegnen ist, ist nochmals unklar. Selbst wenn dem Begriff der Polizeigüter als Abgrenzungskriterium eine geringe Bedeutung zugemessen wird und der Schutzbereich von Art. 185 Abs. 3 BV weit gezogen wird, bleibt das Notrecht seinem Sinn nach auf Situationen der Gefahrenabwehr ausgerichtet. Ein allgemeines Verordnungsrecht der Exekutive ist dem Schweizer Staatsrecht fremd und soll auch in der Notlage nicht geschaffen werden (vgl. bereits ZACCARIA GIACOMETTI, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1960, S. 151 f.). Auf Art. 185 Abs. 3 BV lassen sich demnach nur Massnahmen stützen, die unmittelbar der Krisenbekämpfung dienen. Entlang dieser Linie muss die Abgrenzung zwischen polizeilichen und politischen Massnahmen verlaufen. Im Fall der Bankkundendaten war diese Situation der Gefahrenabwehr gegeben, wie das Bundesgericht erkannte. Bei den Sekundärmassnahmen liegt aber eine deutlich stärker ins Politische als ins Polizeiliche zielende Komponente vor. Es liegen ein gewichtiges Entschliessungsermessen und ein umfangreicher Gestaltungsspielraum vor, ohne dass sie einen direkten Bezug zur eigentlichen Pandemiebekämpfung aufweisen und damit durch die Notlage determiniert sind. Für solche von der eigentlichen Krisenbewältigung unabhängige Massnahmen, insbesondere wohlfahrtspolitische Förderungs- oder Unterstützungsmassnahmen, bietet Art. 185 Abs. 3 BV also keine Grundlage.

2.2.7 Es kann allerdings sein, dass die Primärmassnahmen sich ohne die flankierenden Sekundärmassnahmen nicht als verhältnismässig erweisen oder nicht gleichermassen eingehalten werden (vgl. RECHSTEINER, Corona, a.a.O., S. 126). In diesen Fällen wäre es verfehlt, die Sekundärmassnahmen unabhängig von den Primärmassnahmen zu betrachten.

Wenn die Sekundärmassnahmen zusammen mit den durch sie erst geeigneten oder erforderlichen Primärmassnahmen betrachtet werden sollen, muss für sie aber (mittelbar) auch die gleiche Rechtsgrundlage beigezogen werden können, bis eine Rechtsgrundlage für die Sekundärmassnahmen geschaffen werden kann, wie dies mit dem im Dringlichkeitsverfahren erlassenen Covid-19-Gesetz geschehen ist (vgl. dazu SCHMID/HERZOG/STIFFLER, Dringliche Gesetzgebung und direkte Demokratie, Jusletter vom 7. Juni 2021, Rz. 21 ff.). Dies ist bei den gegenständlichen Massnahmen zur Erleichterung des Zugangs zur Kurzarbeitsentschädigung zweifellos gegeben, denn die Primärmassnahmen allein wären für viele Betriebe unzumutbar gewesen. Demnach erweist sich die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung im Grundsatz als verfassungskonform.

2.3 Inhaltlich bestehen weite Teile der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung im Wesentlichen aus Abweichungen (namentlich Erleichterungen) gegenüber dem ordentlichen Regime des AVIG. Die (Not-)Verordnung weicht damit von entgegenstehendem Gesetzesrecht ab; ob dies zulässig ist, war in der älteren Lehre und Praxis umstritten (offengelassen im Zwischenentscheid des BVGer B-998/2014 vom 6. Oktober 2014 E. 4.2 m.H. auf den Meinungsstand). Demgegenüber geht die neuere Lehre mehrheitlich von deren Zulässigkeit aus, zumindest soweit das derogierte Gesetzesrecht nicht spezifisch die Notlage im Blick hat (deutlich PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl. 2016, § 46 Rz. 26; vgl. auch BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, AJP 2020 S. 696 f.; MÄRKLI, a.a.O., S. 65; RECHSTEINER, Lagen, Rz. 471 ff.; *derselbe*, Corona, S. 123 ff.; WYSS, a.a.O., Rz. 25; zurückhaltend BIAGGINI, a.a.O., S. 254 ff. [allerdings dann auf S. 262 f. offen für gesetzesderogierende unselbstständige Verordnungen]; CARONI/SCHMID, a.a.O., S. 713). Aufgrund des Vorrangs des Gesetzes im Rahmen der Normenhierarchie kann eine Verordnung nur dann Gesetzesrecht verdrängen, wenn sie eine Grundlage in der dem Gesetz übergeordneten Verfassung oder in einem spezifischeren Gesetz hat, die Hand zur Verdrängung der derogierten Gesetzesbestimmung durch die Verordnung bietet (vgl. GIACOMETTI, a.a.O., S. 154). Dabei ist der neueren Lehre inhaltlich beizupflichten, da es sich bei Notverordnungsrecht regelmässig nicht um Verordnungsrecht *contra legem* handelt. Soweit nämlich das derogierte Gesetz keine Überlegungen enthält, was in der Krisensituation gelten soll, ist es für diesen Bereich planwidrig unvollständig. Es ist dann gerade der Sinn der Notrechtskompetenz, ausnahmsweise vom (zur Krisenbewältigung untauglichen) gesetzlichen System

abzuweichen. Auch eine auf den ersten Blick contra legem anmutende Verordnungsbestimmung trifft Anordnungen praeter legem, wenn sie diese Lücke füllt. Enthält das Gesetz umgekehrt eine explizite Anordnung für die Krisensituation, so ist auch nach der neueren Lehre ein Abweichen durch das Notrecht ausgeschlossen (vgl. RECHSTEINER, Lagen, Rz. 473 f.). Nur der Vollständigkeit halber sei hier sodann darauf hingewiesen, dass auch Notverordnungen selbstverständlich die Vorgaben der Verfassung vollumfänglich einzuhalten haben. Soweit Grundrechte betroffen sind, können Notverordnungen zwar die gesetzliche Grundlage selbst für schwere Grundrechtseingriffe bilden (vgl. BERNARD, a.a.O., S. 136), müssen aber darüber hinaus gleichwohl im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und die Kerngehalte der Grundrechte respektieren. Auch von der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung dürfen die Notverordnungen nicht abweichen (Art. 36 BV; vgl. auch Urteil A-4372/2020 E. 6.3; BERNARD, a.a.O., S. 135 f.; MÄRKLI, a.a.O., S. 62 ff.; RECHSTEINER, Lagen, Rz. 463 ff.; SCHOTT/KÜHNE, a.a.O., S. 418).

2.3.1 Weder das AVIG noch das ATSG kennen Notstandsbestimmungen oder äussern sich spezifisch zum Vorgehen bei einer ausserordentlichen Lage wie der vorliegenden Pandemie. Ersteres enthält zwar eine grosse Zahl von Delegationsvorschriften, die sich aber auf die Übertragung der Detailregelung beziehen und kein Abweichen für ausserordentliche Situationen regeln oder ausschliessen. Daher ist diesbezüglich im vorliegenden Fall nicht von qualifiziertem Schweigen des Gesetzgebers auszugehen. Entsprechend war es dem Notverordnungsgeber erlaubt, eine (auf die Notlage zugeschnittene und auf diese begrenzte) abweichende Regelung vorzusehen. Die vom AVIG abweichenden Bestimmungen in der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung erweisen sich mithin als verfassungskonform. Die Tragweite der Abweichungen vom gesetzlichen System – und damit von der gefestigten Praxis – ist jeweils durch Auslegung der konkreten Bestimmung zu ermitteln.

2.4 Sodann stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Rückwirkung, die in der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vorgesehen ist. Im vorliegenden Fall wurde der erste Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung für die Periode vom 17. März bis zum 31. März 2020, der letzte Antrag für den Juni 2020 eingereicht. Da vor allem während der Anfangsphase der Pandemie, also gerade zwischen März und August 2020, die Notverordnungen in rascher Folge geändert wurden, ist die Fassung der Verordnung zu ermitteln, die auf den vorliegenden Sachverhalt

anwendbar ist. Dies macht im Ergebnis auch die Beschwerdeführerin geltend, wenn sie argumentiert, gewisse Regelungen der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung seien rückwirkend anzuwenden ([...]). Dabei übersieht sie allerdings, dass die von ihr thematisierte Änderung, die sie rückwirkend angewandt wissen möchte, ohnehin schon durch Anordnung des Ordnungsgebers eine Rückwirkung erfuhr (Art. 9 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Die Zulässigkeit dieser Rückwirkung ist aber unklar. Sie kann nur beurteilt werden, wenn zunächst deren ebenfalls unklare Tragweite bestimmt wird.

2.4.1 In der ursprünglichen Fassung vom 20. März 2020 (AS 2020 877) erstreckte die Verordnung in den Bestimmungen von Art. 1 und Art. 2 den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten oder Partner. Ebenso hielt Art. 9 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung fest, dass die Verordnung « rückwirkend auf den 17. März 2020 in Kraft » tritt. Die Änderung vom 25. März 2020 (AS 2020 1075), die gemäss ihrer Ziffer II am 26. März 2020 um Mitternacht in Kraft trat, belies diese Bestimmung unverändert. Soweit hier interessierend, passte diese Änderung aber die Formulierung des Art. 5 (dazu nachstehend E. 4.7) an und bestimmte in einem neuen Art. 8b, dass der Arbeitgeber keine Voranmeldefrist abzuwarten habe. In einer weiteren Änderung vom 8. April 2020 (AS 2020 1201) wurde der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung im neuen Art. 8f Abs. 1 zusätzlich auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad also starken Schwankungen unterliegt, ausgeweitet (dazu nachstehend E. 5.7). Diese Änderung, die ihrerseits gemäss ihrer Ziffer II Abs. 1 am 9. April 2020 um Mitternacht in Kraft trat, änderte aber auch Art. 9 Abs. 1 der Verordnung, der neu wie folgt lautet: « Diese Verordnung einschliesslich ihrer bisherigen Änderungen [Fussnote: AS 2020 877 1075 1201] gilt rückwirkend seit dem 1. März 2020. » Diese Fassung des Artikels blieb in der Folge unverändert. Durch die Änderung vom 20. Mai 2020 (AS 2020 1777), die gemäss ihrer Ziffer II am 1. Juni 2020 in Kraft trat, wurden insbesondere die vorgenannten Bestimmungen von Art. 1, Art. 2, Art. 5 und Art. 8b der Verordnung aufgehoben. In der Folge war die Verordnung noch weiteren Veränderungen unterworfen, die für den vorliegenden Sachverhalt aber nicht mehr im Einzelnen relevant sind.

2.4.2 Die Neufassung des Art. 9 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung durch die Änderung vom 8. April 2020 hat einerseits die Rückwirkung verlängert. Andererseits wurde der Passus mit den bis-

herigen Änderungen durch alle weiteren Versionen der Verordnung hindurch beibehalten, sodass sich fragt, wie die späteren Änderungen der Verordnung in zeitlicher Hinsicht zu behandeln sind. Hier zeigt sich, dass der blosse Text der Bestimmung irreführend ist. Entgegen einer möglichen Lesart meint « einschliesslich ihrer bisherigen Änderungen » gerade nicht, dass alle zum Zeitpunkt der Rechtsanwendung geschehenen Änderungen erfasst werden, sondern nur die zum Zeitpunkt der Anpassung dieser Bestimmung bereits vorhandenen Modifikationen. Dies ergibt sich aus der Fussnote, die nach der entsprechenden Wendung angebracht und durch die nachfolgenden Anpassungen nicht erweitert worden ist. Eine fortlaufende Rückwirkung jeder neu hinzutretenden Änderung wäre auch nicht praktikabel, da dies in der Anwendung zu mannigfaltigen Rückabwicklungen führen würde. Das Inkrafttreten der nach dem 9. April 2020 erfolgten Änderungen bestimmt sich mithin ausschliesslich nach der im jeweiligen Änderungserlass vorgesehenen Bestimmung, wirkt also für die Zukunft. Rückwirkungen haben demnach nur vom 20. auf den 17. März 2020 und vom 9. April auf den 1. März 2020 stattgefunden.

2.4.3 Grundsätzlich ist die zeitliche Rückwirkung neuen Rechts verpönt. Das Rückwirkungsverbot findet seinen Grund darin, dass es der Rechtssicherheit, aber auch der Rechtsgleichheit und dem Vertrauensschutz (Art. 8 f. BV) widerspricht, Recht nachträglich zu erlassen, denn die Betroffenen hätten sich bei Kenntnis der geänderten Rechtslage unter Umständen anders verhalten (vgl. GEORG MÜLLER, Zulässigkeit der begünstigenden Rückwirkung, ZBl 118/2017 S. 269). Ebenso ist eine rückwirkende Inkraftsetzung mit dem Publizitätserfordernis des Rechts (vgl. BGE 125 I 182 E. 2b/cc; BENJAMIN SCHINDLER, in: St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 3. Aufl. 2014, Art. 5 N. 38; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Rz. 260) unvereinbar.

2.4.4 Problematisch ist insbesondere die echte Rückwirkung, während die sogenannte unechte Rückwirkung weitergehend zulässig ist. Erstere bezeichnet den Fall, dass eine neue gesetzliche Regelung auf bereits abgeschlossene Sachverhalte angewandt wird (vgl. BGE 144 I 81 E. 4.1; 138 I 189 E. 3.4), Letztere, wenn das neue Recht an einen vorbestehenden Sachverhalt anknüpft oder einen Dauersachverhalt bloss für die Zukunft neu beurteilt (vgl. BGE 107 Ib 191 E. 3b m.w.H.; MÜLLER, a.a.O., 269 f.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 279 ff.). Die vorliegenden Rückwirkungen regeln (u.a.) die Anspruchsberechtigung von Personen für die Kurzarbeitsentschädigung. Eine Rückwirkung ist nur dann überhaupt

sinnvoll, wenn auch für die bereits verflossene Zeit ein Anspruch geschaffen werden soll, da ansonsten auch die Inkraftsetzung auf den Tag der Publikation ausreichend gewesen wäre. Es wird also nicht ein noch andauernder Sachverhalt anders beurteilt, sondern bereits abgeschlossene Ereignisse erfahren eine neue Regelung. Damit liegt eine echte Rückwirkung vor. Nach der Praxis ist diese nur zulässig, wenn sie im betreffenden Erlass ausdrücklich angeordnet ist oder sich deutlich daraus ergibt, in zeitlicher Beziehung mässig ist, zu keinen stossenden Rechtsungleichheiten führt, sich durch triftige Gründe rechtfertigen lässt und nicht in wohlerworbene Rechte eingreift (vgl. BGE 138 I 189 E. 3.4; 102 Ia 69 E. 3; BVGE 2007/25 E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 270).

2.4.5 Praxis und Lehre lassen allerdings Rückwirkungen grosszügiger zu, wenn sie sich auf die (direkt) Betroffenen begünstigend auswirken (vgl. BVGE 2007/25 E. 3.1 m.w.H.; MÜLLER, a.a.O., S. 271 ff.), da Begünstigungen keinen Eingriff in die Rechtssphäre der Normadressaten bewirken. Wenn die Begünstigung einzelner Personen jedoch zur Benachteiligung anderer führt, so müssen die Anforderungen an die belastende Rückwirkung erfüllt sein (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 274). Freilich ist der Spielraum begrenzt, innerhalb dessen Lockerungen an die genannten Anforderungen überhaupt möglich sind, da diese mehrheitlich von Verfassungen wegen ohnehin geltende Anforderungen wiedergeben (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 270 f.): So muss ohnehin jegliche Anordnung, unabhängig von einer Rückwirkung, im einschlägigen Erlass vorgesehen sein (Art. 5 Abs. 1 BV), sich durch triftige Gründe rechtfertigen lassen (Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 BV), Rechtsungleichheiten vermeiden (Art. 8 Abs. 1 BV) und darf nicht in wohlerworbene Rechte eingreifen (Art. 26 BV). In der Lehre wird immerhin beim Kriterium der zeitlichen Mässigkeit ein Spielraum geortet, wobei dort die Grenze bei der Möglichkeit liege, den einschlägigen Sachverhalt noch zuverlässig festzustellen (vgl. MÜLLER, a.a.O., S. 276). Jedenfalls kann aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin selbst eine begünstigende Vorschrift von der Behörde nur dann rückwirkend angewandt werden, wenn der betreffende Erlass, wie vorliegend, eine Rückwirkung vorsieht (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 287e).

2.4.6 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass vorliegend eine begünstigende Rückwirkung vorliege. Dies trifft zu. Insbesondere liegt keine teils begünstigende, teils belastende Rückwirkung vor, selbst dann nicht, wenn der Auffassung der Vorinstanz zu folgen ist und

neben der erweiterten Anspruchsberechtigung auch eine Zeiterfassung erstellt werden muss (dazu E. 4.4 nachstehend), da dann mit der möglichen Benachteiligung direkt und konnex ein grösserer Vorteil verknüpft ist. Gerade hier zeigt sich aber, dass insbesondere eine begünstigende Rückwirkung regelmässig zu stossenden Rechtsungleichheiten führt, sobald die Begünstigung an Kriterien geknüpft ist. Dann werden nämlich die Begünstigten, die zufällig die Voraussetzungen (vor-)erfüllt haben, gegenüber denjenigen bevorzugt, welche die Voraussetzungen, von denen sie noch nicht wussten, dass sie dereinst Voraussetzung einer Begünstigung sein würden, noch nicht erfüllt haben. Diese Problematik kann nur behoben werden, indem die Nachlieferung der erforderlichen Voraussetzungen zugelassen wird.

2.4.7 Auch begünstigende Rückwirkungen können demnach zu stossenden Rechtsungleichheiten führen. Zudem gehen sie regelmässig einher mit einer grösseren Belastung der Allgemeinheit. Vorliegend führt etwa die Erweiterung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung zu einer stärkeren Belastung der Arbeitslosenkassen, die von der Allgemeinheit, etwa durch erhöhte Beiträge, gedeckt werden muss. Beide Faktoren, also sowohl die Belastung der Allgemeinheit als auch die möglichen Rechtsungleichheiten, wirken sich umso stärker aus, je länger die Rückwirkung andauert. Zudem besteht die erwähnte Spannung zum Erfordernis der ordnungsgemässen Publikation eines Erlasses (vorstehend E. 2.4.3) auch bei einer begünstigenden Rückwirkung. Dies zeigt, dass in beiden Fällen die Kriterien grundsätzlich unverändert anzuwenden sind. Die Rückwirkung der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung muss demnach explizit im Normtext vorgesehen und zeitlich mässig sein, darf zu keinen stossenden Rechtsungleichheiten oder Eingriffen in wohlerworbene Rechte führen und muss sich durch sachliche Gründe rechtfertigen lassen.

2.4.8 Unproblematisch sind drei dieser Voraussetzungen. Die Rückwirkung war in Art. 9 der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung explizit vorgesehen. Zeitlich war sie sehr geringfügig. Die Praxis anerkannte noch eine Rückwirkung von einem Jahr als zeitlich mässig (vgl. BGE 102 Ia 69 E. 3b); diese Dauer wurde vorliegend durch eine Rückwirkung von im längsten Fall 40 Tagen deutlich unterschritten. Auch sind keine Eingriffe in wohlerworbene Rechte durch die Rückwirkung ersichtlich. Vertieft zu prüfen ist aber, ob diese nicht zu stossenden Rechtsungleichheiten führte und durch triftige Gründe zu rechtfertigen war.

2.4.9 Das Risiko von Rechtsungleichheiten besteht, wie ausgeführt, auch bei begünstigenden Rückwirkungen. Soweit die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung rückwirkend eine Obliegenheit zur Vornahme von Handlungen einführt, kann diesem Risiko aber dadurch begegnet werden, dass die entsprechende Handlung nachgeholt werden können muss (dazu nachstehend E. 4.9). Demnach kann, entgegen dem Urteil des Verwaltungsgerichts Bern VGE 200.2020.428 vom 7. Oktober 2020 E. 5.3 (BVR 2021/1 S. 25), auch die Praxis der Vorinstanz, Voranmeldungen, die vor dem 31. März 2020 erfolgten, auf den 17. März 2020 zurückzudatieren, jedenfalls nicht als rechtswidrig bezeichnet werden (offengelassen in den Urteilen des BGer 8C_695/2020 vom 1. Dezember 2020 und 8C_206/2021 vom 12. April 2021, jeweils E. 3). Vielmehr entspricht sie dem mit der rückwirkenden Inkraftsetzung verfolgten Zweck. Wird diese Voraussetzung aber eingehalten, so führt die Rückwirkung nicht zu Rechtsungleichheiten, sondern vermeidet ihrem Zweck gemäss gerade solche Ungleichheiten und ermöglicht einen raschen Vollzug. Die Rückwirkung liess sich zudem durch triftige Gründe rechtfertigen: Die involvierten öffentlichen Interessen waren gewichtig, denn es galt, eine neuartige und sich rasch ausbreitende Pandemie zu bekämpfen und dabei die wirtschaftlichen Schäden der Primärmassnahmen bestmöglich zu begrenzen. Gerade bei Sekundärmassnahmen zeigten sich ein Handlungsbedarf und eine Handlungsmöglichkeit teils erst allmählich. Die (zeitlich mässige) Rückwirkung verhindert deshalb ein sinnwidriges Auseinanderklaffen der Primär- und der Sekundärmassnahmen.

2.4.10 Zusammenfassend führt eine Auslegung von Art. 9 Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung zum Resultat, dass die Rückwirkung nur die Änderungen bis und mit dem 8. April 2020 erfasst. Diese Rückwirkung erweist sich nach Prüfung der Kriterien als zulässig. Somit galt für den Zeitraum zwischen 1. März 2020 und 31. Mai 2020 die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in der Fassung vom 8. April 2020, ab dem 1. Juni 2020 diejenige in der Fassung vom 20. Mai 2020 beziehungsweise der weiteren Änderungen (die aber für den vorliegenden Sachverhalt nicht mehr einschlägig sind).

2.5 Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Bundesrat befugt war, die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung zu erlassen, dass er darin von einzelnen Bestimmungen formeller Gesetze abweichen durfte und dass er die Änderungen auch teils rückwirkend in Kraft setzen durfte. Demnach war die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in der

Fassung vom 8. April 2020 rückwirkend auf den 1. März 2020 anzuwenden. Für die Monate März, April und Mai war integral diese Fassung der Verordnung anzuwenden. Ab Juni galt die Verordnung in der Fassung vom 20. Mai 2020. Namentlich fiel dann die Anspruchsberechtigung für arbeitgeberähnliche Personen, deren Ehegattinnen oder Ehegatten und Lehrlinge weg und es kam die Voranmeldefrist wieder zur Anwendung.

3.

3.1 Das AVIG will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle unter anderem wegen Kurzarbeit garantieren (Art. 1a Abs. 1 Bst. b AVIG). Kurzarbeit bezeichnet die wirtschaftlich bedingte, ganze oder teilweise Herabsetzung der vertraglichen Arbeitszeit, verbunden mit einer entsprechenden Lohnreduktion. Sie ermöglicht dem Arbeitgeber, vorübergehende wirtschaftliche Engpässe zu überbrücken, die Arbeitsstelle zu erhalten und so die ansonsten drohende Ganzarbeitslosigkeit der betroffenen Arbeitnehmenden zu verhindern. Um einen Teil des resultierenden Lohnausfalls der Arbeitnehmenden zu ersetzen, wird diesen eine Entschädigung ausgerichtet (vgl. BGE 123 V 234 E. 7a; MANUELA KELLER-RAPPOLD, Kurzarbeit und Massenentlassung – ein Überblick, AJP 2010 S. 250; GABRIELA RIEMER-KAFKA, Einseitige Arbeitszeitveränderungen durch den Arbeitgeber, AJP 2017 S. 317 f.). Zwar muss die Entschädigung von dem die Kurzarbeit anmeldenden Betrieb vorgeschossen werden und wird dann an diesen ausbezahlt. Trotzdem handelt es sich bei der Kurzarbeitsentschädigung um eine Sozialleistung und nicht (oder nur mittelbar) um eine Wirtschaftshilfe (vgl. auch GÄCHTER/LEU, Arbeitgeberähnliche Personen in der Arbeitslosenversicherung, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 2014 S. 97). Entsprechend entsteht der Anspruch auf die Entschädigung bei der versicherten Person, also bei den Arbeitnehmenden. Damit ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein.

3.2 In persönlicher Hinsicht setzt ein Entschädigungsanspruch voraus, dass die Arbeitnehmenden bei der Arbeitslosenversicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben. Abzustellen ist demnach auf den AHV-rechtlichen Arbeitnehmerbegriff (vgl. auch KELLER-RAPOLD, a.a.O., S. 251). Von dieser Anforderung wich der Bundesrat durch Notrecht nicht ab.

3.3 Wie bereits erwähnt, muss sodann der Stellenerhalt noch möglich sein. Die Arbeitnehmenden, deren Lohnausfall entschädigt werden soll,

dürfen sich also nicht in gekündigter Stellung befinden und es dürfen keine Anzeichen dafür vorliegen, dass die Stellen trotz Kurzarbeit verloren gehen könnten (Art. 31 Abs. 1 Bst. c und d AVIG; vgl. RIEMER-KAFKA, a.a.O., S. 318). Weil bei ihnen eine Kündigung nicht zu erwarten ist, haben auch auszubildende und befristet angestellte Personen sowie Temporärbeschäftigte keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 33 Abs. 1 Bst. e AVIG; vgl. KURT PÄRLI, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall, SZS 2020 S. 125 f.). Notrechtlich wich Art. 4 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung hiervon ab und räumte auch diesen Letztgenannten eine Anspruchsberechtigung ein, nicht aber den gekündigten Arbeitnehmenden.

3.4 Die Person, für die Kurzarbeitsentschädigung beantragt wird, darf nicht Arbeitgeber sein (Art. 31 Abs. 1 e contrario), keine leitende Stellung innehaben (Art. 31 Abs. 3 Bst. c) oder durch Ehe oder eingetragene Partnerschaft mit einer solchen Person verbunden sein (Art. 31 Abs. 3 Bst. b und c). Der Zweck dieses Ausschlussgrunds ist die Missbrauchsverhinderung: Weil solche Personen grossen Einfluss auf den Geschäftsgang und die Entscheidungen, namentlich über die Einführung von Kurzarbeit oder über Kündigungen, haben, besteht ein inhärentes Missbrauchspotenzial, dem durch ihren Ausschluss begegnet werden soll (vgl. BGE 123 V 234 E. 7b/bb; 113 V 74 E. 3c; Urteil des BGer 8C_344/2018 vom 13. Juni 2018 E. 3.3; UELI KIESER, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, AJP 2020 S. 559).

3.4.1 Die erwähnte leitende Stellung deckt sich nicht mit dem Begriff der leitenden Angestellten oder der Geschäftsleitung, sondern umfasst Personen, die massgeblichen Einfluss auf die Entscheidungen des Arbeitgebers haben. Daher wurde in Praxis und Lehre dafür die Bezeichnung der arbeitgeberähnlichen Stellung geprägt. Eine solche Stellung besteht gemäss Gesetz, wenn eine Person Gesellschafterin oder Gesellschafter des Betriebs ist, eine massgebliche finanzielle Beteiligung besitzt oder an der Betriebsleitung teilhat und deshalb die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen kann (Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG; vgl. BGE 123 V 234 E. 7a; Urteil des BVer B-5058/2011 vom 24. April 2012 E. 2.3; GÄCHTER/LEU, a.a.O., S. 90).

3.4.2 Durch Art. 1 und Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung wurde bis Ende Mai 2020 von diesem Erfordernis abgewichen, sodass für arbeitgeberähnliche Personen und ihre Ehegattinnen und -gatten sowie ihre eingetragenen Partnerinnen und Partner in der Periode von

März bis Mai 2020 (vgl. vorstehend E. 2.5) ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entstehen konnte, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt waren (vgl. KIESER, a.a.O., S. 560).

3.5 Der Arbeitsausfall, für den Kurzarbeitsentschädigung beantragt wird, muss bestimmbar und kontrollierbar sein (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Grund dafür ist neben der in der Rechtsprechung regelmässig genannten Missbrauchsverhinderung (vgl. Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.2) auch und vor allem die Sachverhaltsermittlung (vgl. Urteile des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 [betreffend die analoge Regelung bei der Schlechtwetterentschädigung] und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2), da die Kurzarbeitsentschädigung nur dann berechnet und ausgerichtet werden kann, wenn bekannt ist, wie gross der zu entschädigende Ausfall ist. Dieses Erfordernis führt einerseits zur unabdingbaren Notwendigkeit einer Arbeitszeitkontrolle, andererseits dazu, dass einzelne Kategorien von Arbeitnehmern vom Anspruch ausgeschlossen werden, da ihr Arbeitsausfall generell als nicht ausreichend bestimmbar gilt.

3.5.1 Die Kontrollierbarkeit setzt eine Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b AVIV [SR 837.02] i.V.m. Art. 109 AVIG). Darunter wird eine Zeiterfassung verstanden, 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 also 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. Urteile des BVGer B-4226/2019 vom 25. Mai 2021 E. 4.1; B-4689/2018 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 blosser Hinweis auf fixe Arbeitszeiten, die von den Arbeitnehmenden einzuhalten gewesen und auch eingehalten worden seien. In der Situation der Kurzarbeit ist es geradezu wahrscheinlich, dass an einzelnen Tagen mehr oder weniger gearbeitet wird, um Restarbeiten zu verhindern (vgl. Urteil des BVGer B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 6.2.2 m.w.H.). Auch bei fixen Arbeitszeiten muss daher die effek-

tiv gearbeitete Arbeitszeit erfasst werden, um glaubhaft darzulegen, inwiefern ein Arbeitsausfall vorhanden ist (vgl. Urteil des BVerG B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 2.2).

3.5.2 Die Arbeitszeitkontrolle muss, damit sie zur Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls beitragen kann, beweistauglich sein. Das Bundesgericht zieht dazu den Vergleich zur kaufmännischen Buchführung, die genau und vollständig sein muss, um ein deutliches Bild der wirtschaftlichen Lage der buchführungspflichtigen Unternehmung abzugeben, und schliesst daraus, dass auch die Arbeitszeiterfassung nur dann beweistauglich ist, wenn sie « abgesehen von einzelnen Fehlern, welche immer vorkommen können », keine Unstimmigkeiten aufweise (Urteil des BVerG 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2). Dies führt dazu, dass bei systematisch auftretenden Fehlern in der Arbeitszeitkontrolle der Arbeitszeitausfall als nicht erstellt gilt und die grundsätzlich beweibelasteten Antragstellenden keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben (vgl. Urteile 8C_469/2011 E. 6.2.2; B-3083/2012 E. 3.4).

3.5.3 Da die Arbeitszeitkontrolle und insbesondere das Erfordernis ihrer Kontrollierbarkeit (auch) dem Missbrauchsschutz dienen, ist zudem in der Praxis 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-4226/2019 E. 6.2; B-4689/2018 E. 2.5.3; B-6200/2011 E. 3.3 m.w.H.). Von den Anforderungen des Art. 46b AVIV als formelle Beweisvorschrift darf nur dann abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, das heisst 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).

3.5.4 Mangelnde Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls kann nicht nur daraus resultieren, dass die geleistete Arbeitszeit nicht erfasst worden ist, sondern auch daraus, dass sich die *geschuldete* Arbeitszeit nicht bestimmen lässt. Diese ergibt sich aus der vertraglich vereinbarten oder üblichen Arbeitszeit (vgl. RIEMER-KAFKA, a.a.O., S. 318). Aus diesem Grund sind Angestellte auf Abruf, deren Arbeitszeit starken Schwankungen unterliegt, wie bereits erwähnt, grundsätzlich nicht beitragsberechtigt. Da sie flexibel eingesetzt werden können, besteht keine vereinbarte Arbeitszeit, und aufgrund der starken Schwankungen lässt sich auch eine übliche Arbeitszeit nicht feststellen. Allerdings wick das Notrecht vom Ausschluss solcher

Arbeitnehmender auf Abruf ab. Sie konnten gestützt auf die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ausnahmsweise ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erhalten. Voraussetzung dafür war aber, dass sie davor seit mindestens sechs Monaten im Betrieb gearbeitet hatten (Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; vgl. dazu etwa PÄRLI/EGGMANN, a.a.O., Rz. 24), damit eine zumindest ansatzweise belastbare Datengrundlage zur Ermittlung der üblichen Arbeitszeit vorhanden ist.

3.5.5 Ausserdem besteht ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nur dann, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar ist. Er muss namentlich auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sowie unvermeidbar sein, mindestens zehn Prozent der üblicherweise geleisteten Arbeitsstunden des Betriebs ausmachen (Art. 32 Abs. 1 AVIG) und darf nicht branchen-, berufs- oder betriebsüblich sein oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht werden (Art. 33 Abs. 1 Bst. b AVIG). Auch durch behördliche Massnahmen verursachte Arbeitsausfälle sind anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann (Art. 51 Abs. 1 AVIV i.V.m. Art. 32 Abs. 3 AVIG). Diese Anforderungen sind in der konstanten Rechtsprechung näher umschrieben (vgl. Urteile B-4689/2018 E. 2; B-5058/2011 E. 2.1 ff., je m.w.H.; KELLER-RAPOLD, a.a.O., S. 251).

3.6 Die genannten Anspruchsvoraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein, damit ein Anspruch besteht. Sobald nur eine der vorausgesetzten Eigenschaften fehlt oder einer der Ausschlussgründe zutrifft, entfällt der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 AVIG).

3.7 Die Höhe der Kurzarbeitsentschädigung bemisst sich nach dem vertraglich vereinbarten Lohn, der auf die Zeit des Arbeitsausfalls entfällt, sowie einem Höchstbetrag des versicherten Verdiensts gemäss Art. 22 der Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV, SR 832.202) in Verbindung mit Art. 3 AVIG. Zunächst ist also die Differenz zwischen den gemäss Arbeitsvertrag zu leistenden und den tatsächlich geleisteten Stunden zu ermitteln; die geleisteten Stunden sind mit normalem Lohn gemäss Arbeitsvertrag zu entlohnen und allfällige Mehrstunden innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen (ausführlicher vgl. Urteil B-5058/2011 E. 2.2 und 4). Für den Lohnausfall in der Differenz wird die Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet, die 80 % des anrechen-

baren Lohns beträgt (Art. 34 Abs. 1 AVIG). Zudem ist zunächst eine Karenzzeit von höchstens drei Tagen abzuwarten, während der der Arbeitgeber die Entschädigung zu tragen hat (Art. 32 Abs. 2 AVIG).

Hiervon wich die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ebenfalls ab, indem sie einerseits die Karenzfrist entfallen liess und andererseits ein summarisches Berechnungsverfahren einführte, bei dem die Entschädigung zur Beschleunigung der Abwicklung jeweils für den Gesamtbetrieb ausgerichtet wurde (Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Dies bedeutet, dass der Entschädigungsanspruch nicht mehr für jede Mitarbeiterin und jeden Mitarbeiter individuell eruiert wird, sondern für den Betrieb oder die Betriebsabteilung insgesamt. Zu diesem Zweck wird zunächst die Summe der wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden im Betrieb ermittelt und ins Verhältnis zur Summe der Sollstunden anspruchsberechtigter Personen gesetzt. Aus diesem prozentualen Arbeitsausfall wird dann zusammen mit der Summe der massgebenden Verdienste der anspruchsberechtigten Personen die Entschädigung errechnet (zum Verhältnis zwischen regulärem und summarischem Verfahren vgl. MINNIG/KALBERMATTEN, Kurzarbeitsentschädigungen – einen Prüfpunkt wert?, Expert Focus 12/2020 S. 989 ff.). Dabei wurde für arbeitgeberähnliche Personen (und die mitarbeitenden Ehegatten) eine Entschädigungspauschale von Fr. 3 320.– bei einer Vollzeitstelle eingeführt und bei Mitarbeitern auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt, der durchschnittliche Beschäftigungsgrad der letzten 6 oder 12 Monate zur Berechnung des Arbeitsausfalls beigezogen (Art. 8f Abs. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; vgl. PÄRLI, a.a.O., S. 126).

4.

4.1 Vor dem Hintergrund dieser Rechtslage sind die aufgeworfenen Rechtsfragen zu beantworten. Eine erste Frage dreht sich um den Anspruch des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin, B., auf Kurzarbeitsentschädigung. Unbestritten ist, dass B. trotz seiner arbeitgeberähnlichen Stellung im Betrieb aufgrund der gewährten Erleichterungen durch die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (vorstehend E. 3.4.2) grundsätzlich einen Anspruch haben könnte, wenn die massgeblichen Voraussetzungen erfüllt sind. Ebenso ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin für B. keine Arbeitszeiterfassung führte. Umstritten ist demnach einzig, ob für ihn eine Arbeitszeiterfassung hätte geführt werden müssen, um einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu begründen.

4.2 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass B. trotz fehlender Arbeitszeiterfassung einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung habe. Zur Begründung bringt sie vor, dass B. nicht verpflichtet sei, eine Arbeitszeitkontrolle zu führen, da er Mitarbeiter in arbeitgeberähnlicher Stellung sei und als höherer leitender Angestellter gemäss Arbeitsgesetz keine Arbeitszeitkontrolle führen müsse. Durch Art. 5 Bst. b Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [in der Fassung vom 25. März 2020] sei er berechtigt, Kurzarbeitsentschädigung zu fordern. Da er die Kriterien von Art. 9 der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz (ArGV 1, SR 822.111) erfülle, übe er eine leitende Tätigkeit aus und falle nicht unter das Arbeitsgesetz. Der Bundesrat habe durch die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung gemäss seinen Ausführungen in der Medienmitteilung bezweckt, auch Mitarbeiter in arbeitgeberähnlicher Stellung in den Genuss der Kurzarbeitsentschädigung gelangen zu lassen. Es könne nicht der Sinn dieser Erweiterung gewesen sein, den Anspruch anschliessend « durch Formalitäten, welche zwingendem Recht widersprechen, auszuhöhlen ». Es dürfe nicht durch ein anderes Gesetz die Verpflichtung zur Zeiterfassung wieder eingeführt werden. Dies widerspräche Sinn und Zweck der Erleichterung der Kurzarbeitsentschädigung. Vielmehr sei der Anspruch von B. zu bestätigen und zur Berechnung – wie sie dies auch für die übrigen Mitarbeiter fordere – auf den Umsatz abzustellen.

4.3 Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung auf verschiedene Dokumente, die der Beschwerdeführerin vorlagen, in denen auf die Notwendigkeit einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle als Voraussetzung der Kurzarbeitsentschädigung hingewiesen wird. Das « offensichtliche Fehlverhalten » von B., für sich keine Arbeitszeitkontrolle zu führen, könne durch Verweis auf seine leitende Stellung nicht exkulpiert werden. Die Pflicht zur Führung einer Arbeitszeitkontrolle sei durch die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung nicht aufgehoben worden. Deren Art. 5 habe die Anspruchsberechtigung zwischen März und Mai 2020 erweitert, nicht aber die Pflicht zur Arbeitszeitkontrolle aufgehoben. Ausserdem seien die Regelungen des Arbeitslosenversicherungsrechts *lex specialis* und hätten ihre Geltung beibehalten. Sie verweist sodann auf die Praxis, welche diese Pflicht bestätigt und konkretisiert.

4.4 Als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin ist B. eine Person, die gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG grundsätzlich keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätte (vgl. E. 3.4 hiervoor). Von diesem Ausschluss ist Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung für die

Monate März bis Mai 2020 zulässigerweise (vorstehend E. 2.3.1) abgewichen; zu entscheiden ist aber der Umfang der Abweichung von der etablierten Praxis. Dies hat, soweit notwendig, durch Auslegung zu erfolgen.

4.4.1 Der Wortlaut des Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ist klar, da er von den drei alternativen Ausschlussgründen gemäss Art. 31 Abs. 3 AVIG einzig den Ausschluss der arbeitgeberähnlichen Personen erfasst. Die Verordnung ist so aufgebaut, dass jede Abweichung vom Gesetz mit der Wendung « In Abweichung von Artikel ... » eingeleitet wird und somit die derogierte Gesetzesbestimmung explizit bezeichnet wird. Der gegenständliche Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung nennt dabei nur und spezifisch Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG, also eben die arbeitgeberähnlichen Personen. Er erweitert den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf diese Personen, indem er ihnen erlaubt, sich dem ansonsten unveränderten Regime zu unterstellen.

4.4.2 Dass diese Erweiterung einschränkend auszulegen ist, bestätigt eine systematische Betrachtung, indem Art. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung einen vergleichbaren Ausschluss für die Ehegattinnen und -gatten sowie eingetragene Partnerinnen und Partner der arbeitgeberähnlichen Person, also den Ausschlussgrund in Art. 31 Abs. 3 Bst. b AVIG, vorsieht. Einzig vom Ausschlussgrund nach Bst. a der gleichen Bestimmung – Personen, deren Arbeitsausfall nicht kontrollierbar ist – sieht keine Verordnungsbestimmung eine Ausnahme vor. Es ergibt sich daraus, dass der Verordnungsgeber an diesem Ausschlussgrund und der Praxis dazu festhalten wollte. Dass er auch die Praxis zur Kontrollierbarkeit grundsätzlich beibehalten wollte, zeigt sich darin, dass die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung auch von Art. 46b Abs. 1 AVIV, der die betriebliche Arbeitszeitkontrolle als Voraussetzung für die genügende Kontrollierbarkeit nennt (vorstehend E. 3.5.1), nicht abweicht. Der Verordnungsgeber hat damit zwar den Kreis der Anspruchsberechtigten erweitert, verlangt aber weiterhin die genügende Kontrollierbarkeit der weggefallenen Arbeitszeit anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle.

4.5 Auch die ferner zu berücksichtigende teleologische Auslegung spricht für diesen Befund. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, wollte der Bundesrat die von seinen Massnahmen gegen die Corona-Pandemie wirtschaftlich empfindlich getroffenen Betriebe unterstützen. In einigen Fällen, wie etwa bei Kultur- und Sportbetrieben oder bei Selbstständigerwerbenden, hat er dies durch direkte Unterstützungsbeiträge realisiert; in anderen Fällen hat er erleichtert verfügbare Solidarbürgschaften ermöglicht. Eine dritte Massnahme waren die gegenständlichen

Erleichterungen bei der Kurzarbeit. Der Bundesrat hat sich dabei dafür entschieden, die Unterstützungsleistungen durch das vorbestehende System der Kurzarbeitsentschädigungen umzusetzen und lediglich punktuelle Abweichungen vom System vorzusehen. Der Gedanke hinter der Kurzarbeit ist, dass die wirtschaftlich betroffenen Arbeitgeber ihre Mitarbeitenden nur für die Zeit arbeiten lassen, in der Arbeit vorhanden ist, sie diese für die übrige Zeit vom Erscheinen am Arbeitsplatz befreien und diese für den auf diese Zeit entfallenden Lohn aus der Arbeitslosenkasse entschädigt werden (vorstehend E. 3.1). Die Kurzarbeitsentschädigung erfasst also immer nur die tatsächlich weggefallene Arbeitszeit; sie ist damit arbeitsbezogen, nur mittelbar ein Instrument der Wirtschaftshilfe und bezweckt in erster Linie den Stellenerhalt (Art. 1a Abs. 2 AVIG). Da gerade bei reduzierten Arbeitsreserven der 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 also 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. Von der Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls könnte mit anderen Worten bei Beibehaltung des Systems der Kurzarbeitsentschädigung schlechterdings nicht abgewichen werden, denn wo sie nicht vorliegt, ist der Anspruch auf Entschädigung nicht erstellt (vgl. vorstehend E. 3.5.2).

4.6 Zusammenfassend ergibt sich aus der Auslegung, 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.

4.7 Auch Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ändert an der Notwendigkeit der Zeiterfassung nichts. Diese Bestimmung statuiert eine im Folgenden näher zu beleuchtende Pauschale für eine Vollzeitstelle. In der ursprünglichen Fassung vom 20. März 2020 wurde die

Pauschale « als massgebender Verdienst für eine Vollzeitstelle » bezeichnet; in der Fassung vom 25. März 2020, in Kraft gesetzt zunächst auf den 26. März 2020 und dann rückwirkend auf den 1. März 2020 (E. 2.4.1 hier- vor), hiess es, es erhielten die betroffenen Personen « für eine Vollzeitstelle einen Pauschalbetrag ». Auch wenn der Wortlaut der zweiten Fassung implizieren könnte, es sei der Betrag der Kurzarbeitsentschädigung pauschal festgelegt worden, trifft dies nicht zu. Vielmehr bleibt der Gedanke hinter der ersten Fassung massgeblich und es wird die Obergrenze der Entschädigung, also gleichsam der massgebliche Verdienst, pauschal festgelegt, wie auch der (in der Änderung noch erweiterte) Verweis auf Art. 34 AVIG nahelegt. Dies entspricht auch dem Gedanken hinter Art. 18 ATSG, wonach der Bundesrat für Sozialversicherungen mit Geldleistungen, die gesetzlich in Prozenten des versicherten Verdienstes festgesetzt sind, dessen Höchstbetrag bestimmt. Die Änderung sollte demnach lediglich klarstellen, dass diese Pauschale nicht noch gemäss Art. 34 Abs. 1 AVIG um 20 % zu reduzieren sei (vgl. UELI KIESER, a.a.O., S. 560; EMANUEL GEORG TSCHANNEN, Das Corona-Massnahmenpaket des Bundesrats, Jusletter vom 14. April 2020, Rz. 14 f.; ebenso immer noch die Weisung 2021/01 des SECO vom 20. Januar 2021, Ziff. 2.8). Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung begrenzt damit die Höhe der möglichen Kurzarbeitsentschädigung für leitende Angestellte, macht aber den Nachweis eines Arbeitsausfalls nicht überflüssig. Dies macht auch das Formular « Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung » auf S. 2 unter « Personen mit massgebenden Entscheidbefugnissen und ihre Ehegatten » deutlich, indem es den Betrag als « maximal anzugebende AHV-pflichtige Lohnsumme » bezeichnet. Die gegenteilige Lösung, wonach Art. 5 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung den Betrag der Entschädigung festschreibe, vermag auch vom Ergebnis her nicht zu überzeugen. Sie würde darauf hinauslaufen, dass Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung trotz Fehlens einer angemessenen Arbeitszeiterfassung kurzarbeitsentschädigungsberechtigt wären, ohne dass überhaupt ein entsprechender Arbeitsausfall nachgewiesen wäre. Die vorstehenden Ausführungen lassen jedenfalls nicht darauf schliessen, dass der Bundesrat eine Regelung mit einem derartigen Missbrauchspotenzial beabsichtigte.

4.8 Unbehelflich ist schliesslich die Ausführung der Beschwerdeführerin, B. sei als leitender Angestellter nicht von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung gemäss Arbeitsgesetz erfasst und es dürfe nun nicht durch eine andere Norm trotzdem eine Verpflichtung zur Arbeitszeiterfassung eingeführt werden ([...]). Diese Behauptung entbehrt mehrfach jeglicher Stichhaltigkeit. Selbstverständlich kann eine Norm eine Pflicht einführen, die

nicht bereits durch eine andere Norm besteht, sonst wäre die Einführung neuer Verpflichtungen unmöglich und dem Staat die Rechtsetzung ganz generell verwehrt. Die Behauptung verfängt aber auch auf sachlicher Ebene nicht: Gerade im Arbeitsrecht ist es häufig, dass Verpflichtungen verschiedene Quellen haben. Beispielsweise werden gewisse Pflichten, etwa die Treuepflicht, durch das OR eingeführt, andere, etwa die Einhaltung von Höchstarbeitszeiten, durch das Arbeitsgesetz. Wenn das Arbeitsgesetz die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung für Arbeitnehmende hinsichtlich des Gesetzesvollzugs vorsieht (Art. 46 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 [ArG, SR 822.11] i.V.m. Art. 73 ff. ArGV 1), mithin aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes (vgl. allgemein zur Zweckrichtung des ArG das Urteil des BGer 2C_535/2020 vom 24. März 2021 E. 5.4), heisst dies noch nicht, dass die Möglichkeit ausgeschlossen wäre, andernorts eine gleiche Pflicht mit anderer Zweckrichtung – dem Missbrauchsschutz – zu statuieren, die auch Arbeitgeber erfasst. Da das ArG auf Arbeitnehmende in höherer leitender Stellung gar nicht anwendbar ist (Art. 3 Bst. d ArG), versteht sich überdies von selbst, dass es diese nicht verbindlich und abschliessend von der Pflicht zur Arbeitszeiterfassung entbinden kann, da sie ja eben nicht in den Geltungsbereich dieses Gesetzes fallen. Schliesslich kann ohnehin keine Rede davon sein, dass die gegenständliche Verordnung eine Pflicht zur Arbeitszeiterfassung für leitende Angestellte einführe. Vielmehr erstreckt die Verordnung eine Leistung auf diese, belässt die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen dieser Leistung aber unverändert. Eine generelle Pflicht zur Arbeitszeiterfassung wird dadurch nicht geschaffen: Wenn der betreffende leitende Angestellte weiterhin auf eine Zeiterfassung verzichten möchte, ist ihm dies – im Unterschied zur Sachlage bei einer Pflicht – weiterhin freigestellt. Er muss dann aber, wie vorliegend B., in Kauf nehmen, keine Kurzarbeitsentschädigung geltend machen zu können. Die « Pflicht » zur Zeiterfassung ist mithin eine blosser Obliegenheit, da sie nicht erzwungen werden kann, ihre Missachtung aber zu einem Nachteil oder zum Verlust eines Vorteils führt.

4.9 Genügend ist die Arbeitszeitkontrolle gemäss etablierter Praxis, wie bereits erwähnt, wenn sie die Arbeitszeit täglich fortlaufend und zeitgleich erfasst. Sie kann elektronisch, mechanisch oder handschriftlich erfolgen; wesentlich ist, dass sie genügend detailliert ist, zeitgleich erfolgt und nicht ohne Vermerk im System nachträglich angepasst werden kann. Der Nachweis der Arbeitszeit muss anlässlich einer Kontrolle auch unmittelbar erbracht werden können; nachträglich beigebrachte Belege werden nicht berücksichtigt (vgl. vorstehend E. 3.5.1). Diese Praxis dient der Verhinderung von Missbräuchen und ist im Grundsatz nicht zu beanstanden.

Da allerdings die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung rückwirkend in Kraft gesetzt wurde und niemand nachträglich noch eine Handlung in der Vergangenheit vornehmen kann, muss in gewissen Fällen bezüglich der Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung für den Zeitraum der Rückwirkung eine Erleichterung gelten. Für Personen, die, wie vorliegend B., erst rückwirkend anspruchsberechtigt geworden sind, kann – aus Sicht der Kurzarbeitsentschädigung – bis zur Erweiterung der Anspruchsberechtigung keine eigentliche Arbeitszeiterfassung verlangt werden. Würden für solche Personen zeitnah (also insb. schon vor einer allfälligen Kontrolle) nachträglich erstellte Dokumente zur Plausibilisierung des Arbeitsausfalls beigebracht, wäre die Vorinstanz gehalten, diese zur Bestimmung des Arbeitsausfalls beizuziehen, soweit keine Indizien auf ihre Unrichtigkeit hindeuten. Ansonsten würde sie faktisch die Entscheidung des Verordnungsgebers unterwandern, die Erleichterung rückwirkend in Kraft zu setzen, indem sie einen Nachweis verlangt, der nur für die Zukunft erstellt werden kann. Bei arbeitgeberähnlichen Personen besteht zudem die Problematik, dass sie zwar Angestellte sein müssen, um einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, dass aber aufgrund ihrer leitenden Stellung regelmässig auch die Sollarbeitszeit schwer zu bestimmen sein dürfte. Auch wenn der Bundesrat mit Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung an der Notwendigkeit festhalten wollte, dass ein Arbeitsausfall nachweisbar sein muss, ist bei arbeitgeberähnlichen Personen insofern eine grosszügige Behandlung zur Plausibilisierung nicht nur der geleisteten Arbeit, sondern auch der Sollarbeitszeit erforderlich, wenn die Ausweitung auf arbeitgeberähnliche Personen nicht ausgehöhlt werden soll. Dabei könnte analog zu Art. 8/Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung auf die durchschnittliche Arbeitsleistung des vergangenen Jahres abgestellt werden. Wie dies konkret zu handhaben ist, wird die Vorinstanz zu bestimmen haben. Dies führt wohl auch zu einer gewissen Annäherung an das System des Art. 5 Abs. 2^{ter} der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall vom 20. März 2020 (SR 830.31). Im vorliegenden Fall können die Fragen, anhand welcher Kriterien die Sollarbeitszeit und die Erfassung der Arbeitszeit genau zu bestimmen sind, allerdings offenbleiben, nachdem die Beschwerdeführerin keinerlei Dokumente zur Untermauerung des Arbeitsausfalls und nichts zur Plausibilisierung der geleisteten Arbeitszeit von B. vorgelegt hat. Damit ist die Vorinstanz zu Recht von der mangelnden Kontrollierbarkeit dieses Arbeitsausfalls ausgegangen.

4.10 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Verordnungsgeber zwar den Kreis der erfassten Personen erweitern, nicht aber vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit abweichen wollte. Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b AVIV). Nachdem eine solche für B. nicht vorliegt, besteht für die von ihm geltend gemachten Stunden für die Monate März bis Mai (total 100 Stunden; [...]) wegen mangelnder Kontrollierbarkeit kein Anspruch auf Kurzarbeitentschädigung; für den Monat Juni (150 Stunden; [...]) ebenfalls nicht, da dann Art. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung nicht mehr in Kraft war (vorstehend E. 2.4.10).

5.

5.1 Die zweite aufgeworfene Rechtsfrage betrifft die übrigen Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin. Gemäss Feststellung der Vorinstanz wurden wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle auch für Tage geltend gemacht, an denen die Arbeitnehmenden arbeiteten (vgl. [...]). Da damit kein wirtschaftlich bedingter Arbeitsausfall vorliege, aberkannte die Vorinstanz die Entschädigung für diese Tage (vgl. [...]). Die Beschwerdeführerin bestreitet die grundsätzliche Feststellung nicht, stellt sich aber auf den Standpunkt, der Arbeitsausfall sei anrechenbar, da bei Taxiunternehmen nur auf die Lenkzeit und nicht auf die gesamte Arbeitszeit abzustellen sei ([...]).

5.2 Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin aus, dass Art. 8f Abs. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung zur Qualifizierung des Arbeitsausfalls auf einen Vergleich zu den letzten Monaten abstelle. Diese Bestimmung sei auf ihre Mitarbeitenden anwendbar, da sie die Schwankungen von 20 % erreiche. Bei einem Taxiunternehmen sei die Arbeitsweise mit der Arbeit auf Abruf vergleichbar, da auch die Taxifahrer oft Zeiten hätten, in denen sie auf Kunden warten müssten und entsprechend keinen Umsatz erzielten. Da Art. 8f Abs. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung auf den Umsatz abstelle, könne nur die Lenkzeit, die Umsatz generiere, und nicht die gesamte Arbeitszeit ausschlaggebend sein. Das Abstellen der Vorinstanz auf die Arbeitszeit inklusive Wartezeiten sei absurd, da es zum Resultat führe, dass selbst Mitarbeiter, die keine Fahrt absolviert hätten, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geltend machen könnten, was nicht der Sinn hinter Art. 8f Abs. 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung sein könne. Daher verletze die Beurteilung der Vorinstanz diesen Artikel der Verordnung und es müsse auf den Umsatz der Mitarbeitenden (der in den Arbeitszeitkontrollen ausgewiesen sei) abgestellt werden. Selbst wenn der Vergleich mit der Arbeit auf Abruf nicht anerkannt würde, sei der Anspruch anzuerkennen.

Es seien nur die Lenkzeiten Arbeitszeit und nicht die Wartezeiten, auch wenn die Beschwerdeführerin diese Letzteren in ihrer Zeiterfassung aufführe. Die Taxifahrer müssten gemäss Art. 9 der Verordnung vom 6. Mai 1981 über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personenwagen (ArV 2, SR 822.222) Ruhezeiten einhalten, weshalb die Beschwerdeführerin ihnen gar keine effektive Arbeitszeit (die der Lenkzeit gemäss Art. 7 ArV 2 entspreche) vorschreiben könne, sondern nur Zeiten, in denen sie sich für Aufträge zur Verfügung halten müssten. Würde die Lenkzeit vorgeschrieben, müsse ein Fahrer, der wenig Kundschaft hat, unter Umständen 24 Stunden arbeiten, um die Lenkzeit zu erreichen, und könne dann die Ruhezeit nicht mehr einhalten. Die Besonderheiten eines Taxiunternehmens würden verlangen, dass die Berechnung des Arbeitsausfalls anhand der Lenkzeiten erfolgte. Die Betrachtungsweise der Vorinstanz führe zudem zu einer Ungleichbehandlung mit selbstständig erwerbenden Taxifahrern, die nämlich gestützt auf die Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall Anspruch auf Erwerbsersatz hätten, wenn sie ein deutlich tieferes Erwerbseinkommen nachgewiesen hätten.

5.3 Die Vorinstanz hält in der Vernehmlassung hingegen an der Ansicht fest, dass bei Taxifahrern nicht nur auf die Lenkzeit abzustellen sei. Sie verweist auf die Definition der Arbeitszeit in Art. 2 Abs. 2 Bst. e ArV 2, wonach die gesamte Präsenzzeit inklusive Wartezeit als Arbeitszeit gälten. Die Verordnung sei demnach klar so auszulegen, dass die Wartezeit ebenfalls zur Lenkzeit gehöre. Auch der Verweis zur Arbeit auf Abruf sei nicht einschlägig, da es bei dieser gerade das wesentliche Merkmal sei, dass die Angestellten in der freien Zeit sich nicht zur Verfügung des Arbeitgebers halten müssten, während der Taxifahrer umgekehrt während der Wartezeit in seinem Fahrzeug oder in dessen Nähe verharren müsse. Es sei daher auf die gesamte Arbeitszeit abzustellen und nicht auf den Umsatz, denn die Arbeitslosenversicherung decke keine Umsatzeinbussen. Auch die Ungleichbehandlung zu selbstständig erwerbenden Taxifahrern verneint die Vorinstanz, da der Erwerbsersatz nicht in ihre Zuständigkeit falle und mit der Kurzarbeitsentschädigung nichts gemein habe.

5.4 Dass zur Berechnung des anrechenbaren Arbeitsausfalls nicht nur auf die Lenkzeit abzustellen ist, ergibt sich aus dem System der Kurzarbeitsentschädigung. Diese ist arbeitsbezogen (vorstehend E. 3.1): Sie soll den Arbeitnehmenden den Lohnausfall entschädigen, der sich aus der verkürzten oder eingestellten Arbeitszeit ergibt (Art. 1a AVIG). Die Ermittlung des Anspruchs erfolgt aufgrund des anrechenbaren Arbeitsausfalls.

Der anrechenbare Arbeitsausfall berechnet sich aus der Differenz zwischen den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden und der normalen Arbeitszeit (vorstehend E. 3.7). Die geleisteten Arbeitsstunden ergeben sich aus der Zeiterfassung (vorstehend E. 3.5). Die normale Arbeitszeit ist die vertraglich geschuldete Arbeitszeit (vorstehend E. 3.5.4). Wie die Beschwerdeführerin selbst vorbringt, kann nicht die Lenkzeit, sondern nur die Arbeitszeit vertraglich vereinbart werden ([...]); dies entspricht übrigens auch der Legaldefinition der Arbeitszeit in Art. 2 Abs. 2 Bst. e ArV 2. Demnach ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zur Beurteilung der Arbeitszeit nicht auf die Lenkzeit abgestellt hat.

5.5 Zwar ist der Beschwerdeführerin beizupflichten, wenn sie darauf hinweist, dass die Taxifahrer während der Wartezeit keinen Umsatz erbringen, sondern nur während der Lenkzeit ([...]). Die massgebliche Grösse für die Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung ist aber nach dem Gesagten die Arbeitszeit der Angestellten – und deren Ausfall – und nicht der Umsatz der Beschwerdeführerin. Zur Qualifikation einer Zeit als Arbeitszeit ist demnach relevant, ob für diese Zeit Lohn geschuldet ist, nicht, ob sie Umsatz generiert. Hätte die Vorinstanz, wie die Beschwerdeführerin fordert, (nur) auf die Lenkzeit abgestellt, hätte sie demnach rechtswidrig gehandelt.

5.6 Dass das Anknüpfungskriterium nicht der Umsatz ist, ergibt sich auch daraus, dass der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bei den *Arbeitnehmenden* entsteht (Art. 31 Abs. 1 AVIG; E. 3.1 hiervor). Eine Umsatzeinbusse kann nun aber nicht bei den Arbeitnehmenden eintreten, sondern nur beim Arbeitgeber. Dieser kann die potenzielle Umsatzeinbusse vermeiden oder lindern, indem er auf die Arbeit der Arbeitnehmenden verzichtet, mithin die Zahl der eingesetzten Chauffeure der reduzierten Nachfrage anpasst; erst der aus diesen Massnahmen resultierende Arbeits- und anrechenbare Verdienstausschlag werden durch die Kurzarbeitsentschädigung gedeckt. In diesem Umfang tritt diese an die Stelle des durch die Kurzarbeit reduzierten Lohns (Art. 37 Bst. a i.V.m. Art. 34 Abs. 1 AVIG). Dass aber für die Wartezeit kein Lohn geschuldet wäre, behauptet die Beschwerdeführerin nicht und dies ergibt sich auch nicht aus den Akten. Im Gegenteil zeigen die aktenkundigen Erfolgsrechnungen der Beschwerdeführerin ([...]), dass auch in den betreffenden Monaten im Jahr 2020 eine Lohnsumme ausbezahlt wurde, die im Vergleich zu den Vorjahresmonaten zwar leicht geringer ausfällt, die jedoch gerade nicht auf das Vorliegen eines markanten Lohnausfalls bei der Arbeitnehmerschaft hindeutet. Soweit die Arbeitnehmenden ihren Lohn erhalten haben, besteht

bei ihnen deshalb kein Anspruch auf Entschädigung des (nicht weggefallenen) Lohns.

5.7 Am System der Kurzarbeitsentschädigung vermag auch der Vergleich des Geschäfts der Beschwerdeführerin mit der Arbeit auf Abruf nichts zu ändern.

5.7.1 Zunächst verfährt die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Ähnlichkeit zwischen der Arbeit auf Abruf und dem Taxi-Geschäft ([...]) nicht. Wie die Vorinstanz korrekt ausführt, ist die Arbeit auf Abruf dadurch charakterisiert, dass die Arbeitnehmenden zwar kurzfristig aufgeboden werden können, ansonsten aber in ihrer Zeitgestaltung frei sind. Die Fahrerinnen und Fahrer der Beschwerdeführerin konnten zwischen den einzelnen Fahrten gerade nicht frei verfügen, sondern waren weiterhin den Weisungen bezüglich Aufenthaltsort und Tätigkeit der Beschwerdeführerin unterworfen. Sie mussten sich namentlich in oder nahe des Fahrzeugs an offenbar vorgegebenen Plätzen zur Verfügung halten, wie die Beschwerdeführerin ausführt ([...]). Dies entspricht nicht der Definition der Arbeit auf Abruf, sondern der klassischen Arbeitszeit. Allenfalls könnte die Situation der Taxifahrerinnen und -fahrer noch eher mit dem Bereitschaftsdienst beziehungsweise der Pikettarbeit verglichen werden. Diese ist zwar auf das Sich-Bereithalten für unplanmässige Notwendigkeiten ausgelegt und erlaubt den Arbeitnehmenden ebenfalls ein freies Verfügen für den Fall, dass die Arbeitsleistung nicht erforderlich wird. Das Bundesgericht hat aber bereits festgestellt, dass die Zeit des Sich-Bereithaltens als Arbeit zählt und auch eine Entschädigung dafür geschuldet ist (vgl. BGE 124 III 249 E. 3b) – umso mehr müssen die Wartezeiten der Angestellten der Beschwerdeführerin, in denen sie sich deutlich stärker nach Vorgaben der Arbeitgeberin richten müssen als bei der Pikettarbeit, als reguläre Arbeitszeit gelten. Unbestrittenermassen (vgl. [...]) wurden die Arbeitnehmenden für die Wartezeit auch entlohnt.

5.7.2 Überdies trifft auch die Annahme nicht zu, dass bei der Arbeit auf Abruf zur Beurteilung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung auf den Umsatz abzustellen sei ([...]). Die Arbeit auf Abruf war nach dem vorpandemischen Regime gemäss Art. 33 Abs. 1 Bst. b AVIG von der Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen, weil sich der Arbeitsausfall mangels klar bestimmter vertraglich vereinbarter normaler Arbeitszeit nicht bestimmen lässt (vorstehend E. 3.5.4). Davon weicht Art. 8f Abs. 1 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung zwar ab. Wenn aber Abs. 2 dieser Bestimmung zur Berechnung des Anspruchs auf « den Arbeitsausfall auf der Basis der letzten 6 oder 12 Monate » abstellt, so bedeutet dies

nicht, dass zur Beurteilung des Arbeitsausfalls der Umsatz relevant wäre, sondern die Arbeitszeit. Es ist also bei der Arbeit auf Abruf so, dass zur Bestimmung der normalen Arbeitszeit auf die in den letzten 6 oder 12 Monaten im Durchschnitt geleisteten Arbeitsstunden abgestellt wird und diese ins Verhältnis zu den in der Abrechnungsperiode geleisteten Arbeitsstunden gesetzt werden (vorstehend E. 3.7). So bezieht sich auch Art. 32 Abs. 1 Bst. b AVIG im Zusammenhang mit dem Begriff « Arbeitsausfall » auf die *Arbeitsstunden* und nicht auf den Umsatz. Umgekehrt gibt es keinerlei Hinweise darauf, dass der Ordnungsgeber bei der Arbeit auf Abruf von der sonst überall geltenden Anknüpfung an die Arbeitszeit abzuweichen beabsichtigt hätte und auf den Umsatz abstellen wollte.

5.7.3 Schliesslich würde selbst dann, wenn der Vergleich zur Arbeit auf Abruf statthaft wäre, kein Anspruch bestehen. Eine Eigenschaft der Arbeit auf Abruf ist es nämlich, dass die Arbeitnehmenden nach Bedarf eingesetzt werden können und sollen. Umgekehrt können sie nicht eingesetzt werden, wenn kein Bedarf besteht. Demnach hat sich die Beschwerdeführerin ihre Umsatzeinbussen selbst zuzuschreiben. Richtigerweise hätte sie dem regelmässig genannten Wegfall des Geschäfts (z.B. [...]) dadurch begegnen müssen, dass sie ihre Arbeitnehmenden von der Arbeitsleistung befreit hätte. So hätte sie ihnen einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung eingeräumt und selbst die entsprechenden Lohnkosten gespart. Ausnahmsweise anstelle der entfallenen Arbeitsstunden gleichsam analog auf den entfallenen Umsatz der Beschwerdeführerin abzustellen, wäre höchstens dann denkbar, wenn der Bundesrat die Taxi-Unternehmen verpflichtet hätte, trotz der Krise in voller Kapazität zu fahren. Dies hat der Bundesrat jedoch nicht getan und solches wird von der Beschwerdeführerin weder behauptet noch beweismässig unterlegt. Auch wenn die Taxibranche zur Aufrechterhaltung der Personentransport-Grundversorgung angehalten war, steht dies einer adäquaten Kapazitätsreduktion nicht entgegen, sobald sich ein entsprechender Nachfragerückgang abzeichnet.

5.7.4 Auch der wirtschaftspolitische Schutzzweck der Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ändert hieran nichts. Zwar trifft es zu, dass der Bundesrat beabsichtigte, die wirtschaftlich gebeutelten Unternehmen zu unterstützen. Er hat dies aber in verschiedenen Formen und jeweils unter Einhaltung der damit verbundenen Systeme und Anforderungen getan. So hielt er, soweit er zur Erfüllung seiner Absicht auf das Instrument der Kurzarbeitsentschädigung zurückgriff, insbesondere am Konzept fest, dass der ausgefallene Lohn der Arbeitnehmenden auf Grundlage der Arbeitsausfälle ersetzt werden soll, das Betriebsrisiko aber beim Arbeitgeber

verbleiben sollte. Indem die Beschwerdeführerin ihre Arbeitnehmenden nicht von der Arbeitspflicht befreit hat, war es ihr möglich, am Markt mit einer vergleichsweise grossen Zahl von Taxis aufzutreten. Hätte sich beispielsweise plötzlich eine grosse Menge potenzieller Fahrgäste eingefunden, hätte sie so diese Nachfrage befriedigen können und einen Vorteil gegenüber anderen Taxi-Unternehmungen gehabt, die krisenbedingt weniger Fahrzeuge im Einsatz gehabt hätten. Umgekehrt entstanden ihr dadurch aber auch grössere Kosten. Dies ist eine unternehmerische Entscheidung, die, wie auch das damit zusammenhängende Risiko, allein bei der Beschwerdeführerin liegt.

5.7.5 Damit zeigt sich, dass das Vorgehen der Vorinstanz rechtskonform ist. Wenn ihr die Beschwerdeführerin vorwirft, Art. 8f Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung falsch anzuwenden, verkennt sie, dass diese Bestimmung nicht auf den Umsatz der Arbeitgeberin abstellt und auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar ist.

5.8 Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, es könne mit der Ruhezeit unvereinbar sein, eine Lenkzeit vorzuschreiben ([...]), ist widersprüchlich. Einerseits setzt diese Begründung, wie die ihr vorangegangenen Überlegungen der Beschwerdeführerin, schlechterdings voraus, dass auf die Lenkzeit als Arbeitszeit abzustellen sei. Schon die Vorinstanz verneinte die Beschränkung der Arbeitszeit auf die Lenkzeit und auch das Recht sieht sie nicht vor. Nur die Beschwerdeführerin hat diese Lesart des Begriffs der Arbeitszeit ins Spiel gebracht. Einerseits ist nicht ersichtlich, was sich aus der Argumentation mit der Ruhezeit zugunsten der Beschwerdeführerin ergeben soll. Andererseits gründet die angebliche Unvereinbarkeit mit den Ruhezeiten einzig auf dieser von ihr zu Unrecht vertretenen Lesart des Begriffs der Arbeitszeit als Lenkzeit. Wenn die Arbeitszeit korrekt neben der Lenk- auch die Wartezeit umfasst, bedeutet dies, dass die Ruhezeit eingehalten werden kann. Vorgeschrieben ist dann einfach die Zeit, in der sich die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer zur Verfügung halten muss; ausserhalb dieser Zeit kann die Ruhezeit erfüllt werden. Die Argumentation der Beschwerdeführerin zeigt aber immerhin deutlich auf, dass die von ihr geforderte Gleichsetzung der Arbeitszeit nur mit der Lenkzeit unvereinbar mit der ARV 2 wäre.

5.9 Auch findet keine Ungleichbehandlung der Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin mit den selbstständigerwerbenden Taxifahrerinnen und -fahrern statt, wie sie die Beschwerdeführerin in (...) erblickt. Die selbstständigerwerbenden Fahrerinnen und Fahrer haben keinen Anspruch

auf Kurzarbeitsentschädigung, weil sie keine Arbeitnehmenden sind (vorstehend E. 3.4). Um auch ihnen die aufgrund der Pandemie notwendige Unterstützung zukommen zu lassen, sah der Bundesrat in der Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall Entschädigungen unter anderem für Umsatzeinbussen Selbstständigerwerbender aufgrund der behördlichen Massnahmen vor (Art. 2 Abs. 3 f. Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall), sofern sie eine Umsatzeinbusse von mindestens 30 % nachweisen konnten (Art. 2 Abs. 3^{ter} Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall). Anders als bei den Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin wird bei der Entschädigung gemäss Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall also tatsächlich auf den Umsatz abgestellt. Das Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit aber ungleich behandelt werden soll. Dass die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin, die in einem unselbstständigen Arbeitsverhältnis stehen und kein unternehmerisches Risiko tragen, nicht gleichbehandelt werden müssen, sollen oder auch nur dürfen wie die selbstständigerwerbenden Taxifahrerinnen und -fahrer, die selbst ihr Unternehmensrisiko tragen und keinen Anspruch auf Lohn haben, versteht sich von selbst (vgl. auch PÄRLI/EGGMANN, a.a.O., Rz. 35 f.). Gerade weil die selbstständigerwerbenden Fahrerinnen und Fahrer das unternehmerische Risiko tragen und weil Umsatzeinbussen bei ihnen direkt eintreten, wird bei ihnen auf den Umsatz abgestellt. Umgekehrt wird bei den Fahrerinnen und Fahrern der Beschwerdeführerin auf die Arbeitszeit abgestellt, weil sie sich in einem Anstellungsverhältnis befinden und während dieser Zeit Anspruch auf Lohn haben. Mit den Selbstständigerwerbenden eher vergleichbar sind die arbeitgeberähnlichen Angestellten – auf die sich die Beschwerdeführerin allerdings in diesem Zusammenhang nicht bezieht. Dieser Ähnlichkeit wird dadurch Rechnung getragen, dass an die Plausibilisierung des Arbeitsausfalls der arbeitgeberähnlichen Personen keine übermässigen Anforderungen gestellt werden sollen (vorstehend E. 4.7).

5.10 Das Abstellen auf den Umsatz kann schliesslich auch nicht mit den Eigenheiten des Taxi-Gewerbes begründet werden, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet (z.B. [...]). Es ist kein Alleinstellungsmerkmal dieses Gewerbes, auf Kundschaft angewiesen zu sein: Die wartende Taxifahrerin generiert genauso keinen Umsatz für das Unternehmen wie der wartende Verkäufer, die sich zur Verfügung haltende Telefonistin, der patientenlose Arzthelfer oder die auf ein Mandat wartende (angestellte) Anwältin. Trotzdem wird in allen Fällen nicht auf den ausgefallenen Umsatz abgestellt, sondern es besteht erst ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn die Arbeitgeberin auf die Arbeitsleistung dieser Person

verzichtet hat. Der Grund für diese Regelung ist, wie bereits erwähnt, dass das Betriebsrisiko Sache der Arbeitgeberin ist. Diese soll entscheiden, ob sie eher das Risiko tragen möchte, vergeblich Lohn zu bezahlen oder umgekehrt mangels Personal plötzlich anfallende Aufträge nicht erfüllen zu können. Würde für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitnehmenden auf den Umsatz der Arbeitgeberin abgestellt, hiesse dies nichts anderes, als das Betriebsrisiko der Allgemeinheit zu überantworten.

5.11 Zusammengefasst sind keine Gründe ersichtlich, weshalb die Angestellten der Beschwerdeführerin einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für Tage haben sollen, an denen ihnen in Ermangelung entsprechender Arbeitsausfälle kein Lohnausfall entstanden ist. Die Aberkennung dieser Ansprüche durch die Vorinstanz erfolgte demnach zu Recht.

6.

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

6.2 Die Bestimmbarkeit beziehungsweise ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiellrechtliche Anspruchsvoraussetzung (sog. condition de fond; vorstehend E. 3.6; vgl. Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2 m.H.), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (vgl. Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). Somit ist die Revisionsverfügung der Vorinstanz nicht zu beanstanden. Nicht bestritten wird von der Beschwerdeführerin die Höhe der Rückforderungssumme, das heisst die Zusammenstellung und Berechnung der einzelnen zurückgeforderten Beträge. Nachdem sich aus den Akten keine Hinweise auf eine unrichtige Erstellung des Rückforderungsbetrags ergeben, ist der genaue Betrag der Rückforderung unverändert gemäss der Verfügung der Vorinstanz zu belassen.

6.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Abweisung der Einsprache durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden und die Rückforderung im Umfang von Fr. 43 690.16 zu Recht erfolgt ist.