



<b>Fall-Nr.:</b>	AVI 2022/21
<b>Stelle:</b>	Versicherungsgericht
<b>Rubrik:</b>	AVI - Arbeitslosenversicherung
<b>Publikationsdatum:</b>	14.07.2023
<b>Entscheiddatum:</b>	08.06.2023

### **Entscheid Versicherungsgericht, 08.06.2023**

**Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG. Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG in Verbindung mit Art. 4 Abs. 1 und 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, in den vom 21. Januar 2021 bis zum 30. September 2021 gültig gewesenen Fassungen. Art. 34 Abs. 2 AVIG. Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 Satz 1 ATSG. Art. 27 ATSG in Verbindung mit Art. 9 BV. Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG. Bestimmbarkeit des Lohnausfalls. Personen in einem Lehrverhältnis. Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung. Rückerstattung. Falsche Auskunft. Revision und Wiedererwägung. Da für zwei Aussendienstmitarbeiter keine rechtsgenügende Arbeitszeitkontrolle bestand, haben diese keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (E. 4.1). Im Weiteren sind die Bedingungen für den ausnahmsweisen Anspruch von Lernenden nicht erfüllt (E. 5); ebenso wenig für die ausnahmsweise Berücksichtigung einer während der Durchführung von Kurzarbeit vorgenommenen Lohnerhöhung eines Mitarbeiters (E. 6). Die zu viel bezogenen Leistungen sind demnach grundsätzlich zurückzuerstatten. Die geltend gemachte falsche Auskunft der Kantonalen Amtsstelle, wonach für die beiden Aussendienstmitarbeiter keine Zeiterfassung notwendig sei, ist nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt. Zudem kann sich die Beschwerdeführerin nicht darauf berufen, dass die Kurzarbeitsentschädigung während längerer Zeit vorbehaltlos ausgerichtet wurde (E. 4.2 - 4.7). In Bezug auf die neu entdeckte Tatsache der fehlenden Arbeitszeiterfassung liegt ein Revisionsgrund, in Bezug auf die fehlende Anspruchsberechtigung der Lernenden sowie für die Nichtberücksichtigung der Lohnerhöhung ein Wiedererwägungsgrund vor (E. 7)(Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 8. Juni 2023, AVI 2022/21).**

**Entscheid vom 8. Juni 2023**

Besetzung



Präsidentin Marie Löhner, Versicherungsrichterin Michaela Machleidt Lehmann und  
Versicherungsrichter Michael Rutz; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

AVI 2022/21

Parteien

**A.\_\_\_\_ GmbH,**

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Werner Ritter,  
Ritter Advokatur, Bahnhofstrasse 24, Postfach 142, 9443 Widnau,

gegen

**Kantonale Arbeitslosenkasse,**

Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Kurzarbeitsentschädigung (COVID-19) und Rückerstattung von  
Kurzarbeitsentschädigung**

**Sachverhalt**

**A.a.** Die A.\_\_\_\_ GmbH führte in den Zeiträumen vom 18. März 2020 bis zum 30. Juni 2020 und vom 1. Oktober 2020 bis zum 31. Mai 2021 Kurzarbeit im Gesamtbetrieb durch, wobei in der Regel zwei bis fünf Mitarbeitende (teilweise auch mehr, von insgesamt 14 bis 19 Mitarbeitenden), darunter zwei Aussendienstmitarbeiter, von dieser betroffen waren. Für letztere wurde jeweils ein vollständiger Arbeitsausfall geltend gemacht (ausser Dezember 2020 [act. G 5.1/518]). Für den Zeitraum ab 1. Juli



## St.Galler Gerichte

2021 meldete die Arbeitgeberin erneut Kurzarbeit an, was vom Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Amt für Wirtschaft und Arbeit) mit Verfügung vom 17. Juni 2021 wiederum - bis zum 31. Dezember 2021 - bewilligt wurde (act. G 5.1/447, 449 f., 469, 471 f., 509, 511 f., 552, 555 f., 595, 601 f., 606 f., 612 f.). Auf Grund der jeweils gestellten Anträge auf Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung richtete die Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) für die genannten Perioden bis Mai 2021 Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 203'147.-- aus (act. G 5.1/452 f., 468, 489 f., 514 ff., 524, 542, 563, 574, 586 und 594). Für die Perioden Juni bis August 2021 wurden keine Abrechnungsanträge eingereicht.

**A.b.** Anlässlich der Einreichung des September-2021-Antrags auf Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung führte die Arbeitgeberin auf entsprechende Nachfrage der Arbeitslosenkasse aus, dass für die beiden Aussendienstmitarbeiter - und in dieser Periode einzig noch vom Antrag erfassten Arbeitnehmer - keine Zeiterfassung bestehe und keine Zeitrapporte geführt würden (act. G 5.1/394 und 444).

**A.c.** In der Folge forderte die Arbeitslosenkasse mit Verfügung vom 18. Oktober 2021 die für die beiden Aussendienstmitarbeiter betreffend die Perioden März bis Juni 2020 sowie Oktober 2020 bis Mai 2021 ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen zurück. In mehreren Perioden (Juni und Oktober 2020, April und Mai 2021) forderte sie die gesamte ausbezahlte Entschädigung zurück, da der anrechenbare betriebsweite Arbeitsausfall unter Ausklammerung der beiden fraglichen Mitarbeiter in diesen Perioden den Minimalwert von 10 % nicht mehr erreichte und damit der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung komplett entfiel. Für die Perioden ab Januar 2021 ergaben sich zusätzliche Korrekturen, so betreffend eine von der Kasse nicht akzeptierte Lohnerhöhung bei einem weiteren Mitarbeiter, die Abrechnung von nicht anspruchsberechtigten Personen (Auszubildende) sowie die Nichtberücksichtigung von Feiertagen bei den Sollstunden. Insgesamt ergab sich damit ein Rückforderungsbetrag von Fr. 124'781.90 (act. G 5.1/328 ff.).

**A.d.** Mit einer weiteren Verfügung gleichen Datums verneinte die Arbeitslosenkasse sodann einen Auszahlungsanspruch für die Periode September 2021, da nach Abzug



## St.Galler Gerichte

der Ausfallstunden der beiden Aussendienstmitarbeiter kein anrechenbarer Arbeitsausfall mehr vorhanden sei (act. G 5.1/333 f.).

**A.e.** Ab der Anspruchsperiode Oktober 2021 wurde auch für die beiden Aussendienstmitarbeiter eine Arbeitszeitkontrolle geführt und die Entschädigung dementsprechend ausgerichtet (act. G 5.1/248, 250 f.).

### **B.**

**B.a.** Mit gegen die genannten Verfügungen gerichteter Einsprache vom 4. November 2021 machte die nunmehr anwaltlich vertretene Arbeitgeberin geltend, die Arbeitszeit der betroffenen Aussendienstmitarbeiter werde einzig dadurch kontrolliert, dass die Kundentermine, welche die Unternehmung diesen zuweise, eingehalten würden. Zusätzlich überprüfe die Einsprecherin die Erledigung der Arbeiten in einer wöchentlichen Aussendienstsitzung, wo über die Kundentermine und die dadurch generierten Umsätze gesprochen werde. Eine Stempeluhr sei deshalb entbehrlich, weil die Erledigung der Arbeiten anderweitig kontrolliert werde. Überdies sei das Amt für Wirtschaft und Arbeit bereits bei der ersten Anmeldung für Kurzarbeitsentschädigungen telefonisch darauf hingewiesen worden, dass für die beiden Aussendienstmitarbeiter keine Zeiterfassung existiere. Damals sei der Einsprecherin mitgeteilt worden, dass dies kein Problem sei. Nun scheine dies nicht mehr zu gelten, obwohl die Auszahlungsgesuche durch das Amt für Wirtschaft und Arbeit sicher sorgfältig geprüft worden seien. Es könne somit nicht akzeptiert werden, wenn die Entschädigung im Nachhinein zurückgefordert werde. Da die beiden Aussendienstmitarbeiter auf Grund der Coronamassnahmen keine Kundentermine mehr hätten wahrnehmen können, sei ohnehin keine Arbeitszeit erfassbar gewesen. Die Kontrollierbarkeit der Arbeitszeiten der Aussendienstmitarbeiter, wie vom Amt für Wirtschaft und Arbeit gefordert, sei daher gar nicht möglich. Was die Kurzarbeitsentschädigung der Lernenden betreffe, verkenne das Amt für Wirtschaft und Arbeit, dass auf Grund der vom Bundesrat beschlossenen Coronamassnahmen die Lieferanten keinen Nachschub mehr hätten liefern können und die Aussendienstmitarbeiter keinerlei Kundenbesuche mehr hätten durchführen können, was in einer massiv reduzierten Auftragslage resultiert habe. Damit sei der Betrieb der Einsprecherin durch behördliche Massnahmen faktisch so weitgehend behindert



worden, dass er zumindest teilweise habe geschlossen werden müssen. Damit seien die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung an die Lernenden erfüllt. Für die nicht akzeptierte Lohnerhöhung eines Chauffeurs gebe es sachliche Gründe, die auch während der Durchführung von Kurzarbeit als gerechtfertigt angesehen werden könnten. Der betreffende Mitarbeiter sei betriebsintern vom Chauffeur zum Lagerchef befördert worden. Da jedoch ein anderer Chauffeur einen Schlaganfall mit einseitiger Erblindung erlitten habe, habe der Mitarbeiter bis zur Rekrutierung eines Ersatzes wieder als Chauffeur arbeiten müssen. Ihm dann den Lohn wieder zu kürzen sei nicht realistisch. Die Einsprecherin habe somit die Kurzarbeitsentschädigung zu Recht bezogen, weshalb diese nicht zurückzuzahlen sei. Zudem sei die Entschädigung auch für den September 2021 im beantragten Umfang von Fr. 10'582.55 auszurichten (act. G 5.1/281 ff.).

**B.b.** Auf Rückfrage der Arbeitslosenkasse, in den Akten fänden sich keine Belege für die von der Einsprecherin geltend gemachte Auskunft, führte diese am 15. Dezember 2021 aus, sie habe im März 2020 in mehreren Telefonaten diverse Fragen mit einer Sachbearbeiterin des Amts für Wirtschaft und Arbeit (Abteilung Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung) besprochen. Dabei sei es unter anderem auch um die Zeiterfassung der Aussendienstmitarbeiter gegangen. Im Zuge dieser Telefonate sei ihr dann mitgeteilt worden, dass es kein Problem darstelle, wenn für die Aussendienstmitarbeiter keine Zeiterfassung bestehe. Zudem habe die Einsprecherin nach Erhalt der angefochtenen Verfügungen sofort wieder mit dem Amt für Wirtschaft und Arbeit telefoniert (Abteilung Arbeitslosenkasse [vgl. act. G 5.1/327]). Dabei habe der zuständige Sachbearbeiter ausgeführt, dass bereits das Führen einer einfachen Excel-Tabelle als Zeiterfassung genügt hätte. Weil die Aussendienstmitarbeitenden aber im Zuge der Coronamassnahmen von den Kunden nicht empfangen worden seien und überdies in den Lagern auf Grund des fehlenden Nachschubs auch gar kein Material vorhanden gewesen sei, das die Aussendienstmitarbeitenden hätten verkaufen können, wäre auch eine solche Zeiterfassung nicht zielführend gewesen. Die Telefonate seien jeweils über Lautsprecher geführt worden, sodass auch die anwesenden B.\_\_\_\_ (Gesellschafter und Geschäftsführer [vgl. Handelsregisterauszug der A.\_\_\_\_ GmbH; act. G 5.1/621 f.]) und C.\_\_\_\_ (Fakturierung/Personal [vgl. Organigramm und Arbeitsvertrag; act. G 5.1/271 und 451]) die Gespräche hätten mithören können. Diese beiden Personen könnten die telefonischen Auskünfte (der



Abteilungen Kurzarbeitsentschädigung und Arbeitslosenkasse) folglich als Zeugen bestätigen. Weitere Beweise lägen nicht vor (act. G 5.1/195 f.).

**B.c.** Nach entsprechenden internen Abklärungen der Arbeitslosenkasse räumte die Einsprecherin in einer weiteren Stellungnahme vom 18. Januar 2022 ein, dass die fragliche Auskunft nicht von der zunächst genannten Sachbearbeiterin des Amtes für Wirtschaft und Arbeit stammen könne, da diese im März 2020 noch gar nicht in der Abteilung Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung gearbeitet hatte. Die Auskunft sei aber zweifelsfrei erteilt worden, wie auch ihre Buchhalterin D.\_\_\_\_ bestätigen könne. Allenfalls könne das Amt für Wirtschaft und Arbeit genauere Auskunft über die telefonische Kontaktperson geben (act. G 5.1/185 ff.).

**B.d.** Am 17. Februar 2022 forderte die Arbeitslosenkasse die Einsprecherin auf, die Kontaktdaten der drei von ihr genannten Personen anzugeben sowie den Verbindungsnachweis der Swisscom über das behauptete Gespräch einzureichen, welchen Ansinnen die Einsprecherin am 23. Februar 2022 nachkam (act. G 5.1/179 ff. und 183). In der Folge stellte die Arbeitslosenkasse den genannten Personen (D.\_\_\_\_, B.\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_) am 3. März 2022 je einen Fragebogen zu, worauf diese im Wesentlichen bestätigten, dass im März 2020 ein Telefonat mit dem Amt für Wirtschaft geführt und dass dabei unter anderem die Frage der Zeiterfassung der beiden Aussendienstmitarbeiter besprochen worden sei. Dabei sei die Auskunft erteilt worden, es stelle kein Problem dar, dass für diese Mitarbeiter keine Zeiterfassung bestehe (act. G 5.1/164 ff.).

**B.e.** Mit nochmaliger Stellungnahme vom 24. März 2022 zu den schriftlichen Befragungen der Auskunftspersonen führte die Einsprecherin gegenüber der Arbeitslosenkasse aus, die Ergebnisse zeigten sehr deutlich, dass im März 2020 tatsächlich ein Telefonat mit einer Mitarbeiterin des Amtes für Wirtschaft und Arbeit stattgefunden habe. Diesem Gespräch hätten alle drei Personen beigewohnt, wobei D.\_\_\_\_ das Gespräch geführt habe. Sie gäben übereinstimmend und widerspruchsfrei an, dass anlässlich dieses Telefonats unter anderem über die Zeiterfassung der Aussendienstmitarbeiter gesprochen und explizit die Auskunft erteilt worden sei, es stelle kein Problem dar, wenn für die Aussendienstmitarbeiter keine Zeiterfassung bestehe. Die Auskunft der Arbeitslosenkasse vom Oktober 2021, wonach eine einfache



Excel-Tabelle als Zeiterfassung genügt hätte, sei verspätet erteilt worden, weshalb die Einsprecherin darauf nicht mehr habe reagieren können (act. G 5.1/157).

**B.f.** Mit Entscheid vom 21. April 2022 wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab. Es stehe fest und sei unbestritten, dass im Zeitraum von März 2020 bis Oktober 2021, wie auch vor dem Bezug von Kurzarbeitsentschädigung, für die beiden Aussendienstmitarbeiter keine Zeiterfassung geführt worden sei. Das von der Einsprecherin dargestellte Einhalten von Kundenterminen und Rapportieren in wöchentlichen Sitzungen vermöge den Anforderungen an eine Arbeitszeitkontrolle klar nicht zu genügen. Es fehlten echtzeitliche Aufzeichnungen über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden und Deklarationen von Absenzen. Mangels Arbeitszeitkontrolle sei die Arbeitszeit der Aussendienstmitarbeiter nicht ausreichend kontrollierbar. Die Einsprecherin könne sich sodann nicht auf den Vertrauensschutz berufen. So seien die Zeugenaussagen sehr vage. Die Zeugen könnten sich weder an das Datum des Telefonats noch an den Namen der Sachbearbeiterin des Amtes für Wirtschaft und Arbeit erinnern; eine Aktennotiz sei trotz der Wichtigkeit der Angelegenheit offenbar nicht erstellt worden. Die Wichtigkeit sei der Einsprecherin aber offenbar bewusst gewesen, wollen doch gleich drei Personen dem Telefonat beigewohnt haben. Der genaue Inhalt des Gesprächs lasse sich mangels klarer Beweisaussagen nicht mehr rekonstruieren. Zudem erscheine unwahrscheinlich, dass eine Sachbearbeiterin der Kantonalen Amtsstelle die behauptete Auskunft erteilt habe, seien doch deren Mitarbeitende weder zuständig noch befugt, solche Auskünfte zu erteilen, weshalb Anrufende an die Arbeitslosenkasse verwiesen würden. Die behauptete falsche Auskunft lasse sich somit nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachweisen. Nachdem die Einsprecherin die Folgen der Beweislosigkeit trage, falle der Entscheid zu deren Ungunsten aus. Im Übrigen wäre die Vertrauensgrundlage schon inhaltlich nicht genügend, leite die Einsprecherin doch einen anderen Inhalt ab (keine Arbeitszeitkontrolle), als denjenigen, der von den Zeugen wiedergegeben werde (nicht stempeln). Ferner würde es für eine Berufung auf den Vertrauensschutz an der Nichterkennbarkeit der Unrichtigkeit der Auskunft fehlen, habe die Einsprecherin doch bereits in der Voranmeldung von Kurzarbeit am 18. März 2020 bestätigt, zur Kenntnis genommen zu haben, dass für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt werden müsse. Darauf werde auch in der



Bewilligung von Kurzarbeit hingewiesen. Die Unrichtigkeit der Auskunft wäre damit ohne Weiteres erkennbar gewesen. Es fehle sodann an einer kausalen Vertrauensbetätigung, habe die Einsprecherin doch bereits vor der Einführung von Kurzarbeit nicht über eine Arbeitszeitkontrolle für die Aussendienstmitarbeiter verfügt. Schliesslich löse auch die Tatsache, dass die Kantonale Amtsstelle die Kurzarbeit bewilligt und die Arbeitslosenkasse der Einsprecherin über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet habe, keinen Vertrauensschutz aus. In Bezug auf die einem Mitarbeiter während der Durchführung von Kurzarbeit gewährte Lohnerhöhung sei auszuführen, dass eine solche nur berücksichtigt werden könnte, wenn sie durch Gesamtarbeitsvertrag vereinbart worden wäre. Eine ausschliesslich individualarbeitsvertraglich vereinbarte Lohnerhöhung dürfe somit unabhängig von den Gründen, die dazu geführt hätten, nicht berücksichtigt werden. Nachdem nicht von einer faktischen Schliessung des Betriebs auszugehen sei, sei auch der Anspruch der Lernenden auf Kurzarbeit zu Recht abgewiesen worden. In Bezug auf die fehlende Arbeitszeitkontrolle ging die Arbeitslosenkasse von einem Revisionsgrund, in Bezug auf die Lohnerhöhung und den Anspruch der Lernenden von einem Wiedererwägungsgrund aus (act. G 5.1/147).

**B.g.** Am 24. Mai 2022 stellte die Beschwerdeführerin bei der Arbeitslosenkasse ein Erlassgesuch betreffend die Rückforderung (act. G 5.1/143).

**C.**

**C.a.** Gegen den Einspracheentscheid vom 21. April 2022 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 24. Mai 2022 mit dem Antrag auf dessen Aufhebung. Es sei von der Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von Fr. 124'781.90 abzusehen; zudem sei der Beschwerdeführerin für den Monat September 2021 die beantragte Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 10'582.55 zu bezahlen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neu Beurteilung im Sinn der Erwägungen des Versicherungsgerichts an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Im Weiteren beantragte die Beschwerdeführerin die Sistierung des Verfahrens, bis die Beschwerdegegnerin über das Erlassgesuch vom 24. Mai 2022 rechtskräftig entschieden habe. Zur Begründung wird wiederum im Wesentlichen vorgebracht, die Arbeitszeit der beiden Aussendienstmitarbeiter sei anderweitig kontrolliert worden und



dass das Amt für Wirtschaft und Arbeit bereits bei der Anmeldung über die fehlende Arbeitszeitkontrolle telefonisch informiert worden sei, worauf dieses mitgeteilt habe, dass dies kein Problem darstelle. Es sei unerklärlich, wie die Beschwerdegegnerin in ihrem Einspracheentscheid zur Ansicht gelange, die Auskunft sei nicht erteilt worden. Bei der Beschwerdeführerin hätten drei Personen mitgehört und dies in einer schriftlichen Befragung bestätigt. Zudem habe sie den Telefonnachweis, welcher das Telefonat im März 2020 bestätige, nachgereicht. Dieser sei im Einspracheentscheid jedoch einfach übergangen worden. Da die Aussendienstmitarbeiter auf Grund der Coronamassnahmen gar keine Kundentermine mehr hätten wahrnehmen können, wäre ohnehin keine Arbeitszeit erfassbar gewesen und es wären einfach leere Tabellen und weisse Papiere eingereicht worden. Die Beschwerdegegnerin habe die Auszahlungsgesuche sorgfältig geprüft und sei jeweils zum Schluss gelangt, die Entschädigungen erfolgten zu Recht. Die Auszahlungen seien während mehr als einhalb Jahren vorbehaltlos in der Kenntnis erfolgt, dass für die Aussendienstmitarbeiter keine Arbeitszeitkontrolle geführt werde. Die Nachfrage, ob dies ein Problem darstelle, ziele nicht auf eine Erfassung mittels Stempeluhr, sondern generell auf alle möglichen Arten von Zeiterfassung ab. Unverständlich sei schliesslich die Angabe der Beschwerdegegnerin, wonach die vorbehaltlose Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung während längerer Zeit keinen Vertrauensschutz auslöse. Die Beschwerdeführerin habe genau auf Grund der telefonischen Auskunft und der vorbehaltlosen Auszahlungen berechtigterweise darauf vertraut, dass mit den eingereichten Gesuchen alles in Ordnung sei, hätte sie doch ansonsten mit einer Beanstandung gerechnet. In Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung der Lernenden treffe zwar zu, dass der Bundesrat keine behördliche Schliessung des Betriebs angeordnet habe. Durch die Materialengpässe und die damit einhergehende Auftragslosigkeit der Beschwerdeführerin sei für die Auszubildenden jedoch schlicht keine Arbeit dagewesen, mit welcher diese hätten beschäftigt werden können. Dies komme einer faktischen Schliessung des Betriebs auf Grund von behördlichen Massnahmen gleich. Die Lohnerhöhung von E.\_\_\_\_ wird wie bereits in der Einsprache damit begründet, dass dieser Mitarbeiter betriebsintern zum Lagerchef befördert worden sei. Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Voraussetzungen für die Revision bzw. Wiedererwägung, die erforderlich seien, um mit Verfügung zugesprochene Leistungen zurückzufordern, nicht erfüllt seien. Dazu äussere sich der



angefochtene Einspracheentscheid in keiner Weise. Insbesondere sei die Voraussetzung der Entdeckung erheblicher neuer Tatsachen oder Beweismittel, deren Beibringung zuvor nicht möglich gewesen sei, nicht erfüllt, da bereits beim ersten Gesuch im März 2020 keine Arbeitszeiterfassung für die beiden Aussendienstmitarbeiter erfolgt sei und auch bei den Auszubildenden sowie bei E.\_\_\_\_ jeweils sämtliche Unterlagen beigebracht worden seien (act. G 1).

**C.b.** Mit Beschwerdeantwort vom 8. Juli 2022 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Sie bestreite nicht, dass die Beschwerdeführerin ein Telefonat mit dem Amt für Wirtschaft und Arbeit geführt habe. Sie bestreite jedoch, dass die fehlende Arbeitszeitkontrolle so thematisiert worden sein soll, wie dies von der Beschwerdeführerin geltend gemacht werde. Wie von der zuständigen Mitarbeiterin der Kantonalen Arbeitslosenstelle ausgeführt, erteile diese grundsätzlich keine Auskünfte, für welche die Arbeitslosenkasse zuständig sei. Es sei der Beschwerdegegnerin somit nicht bekannt gewesen, dass für die beiden Aussendienstmitarbeiter keine Arbeitszeitkontrolle geführt worden sei. Auch bei einem kompletten Arbeitsausfall sei es sodann notwendig, dass ein allfälliger Gleitzeitsaldo, Absenzen infolge Ferien, Krankheit, Unfall oder Weiterbildung und sonstige Fehlzeiten sowie Mehrstunden tatsächlich und korrekt eingetragen würden. Da der vollständige Arbeitsausfall der Aussendienstmitarbeiter im Zeitraum von März 2020 bis Oktober 2021 in allen vom Betrieb geltend gemachten Abrechnungen bestanden habe, müsse davon ausgegangen werden, dass die Aussendienstmitarbeiter in diesem Zeitraum auch Arbeitsausfälle gehabt hätten, die nicht anrechenbar gewesen seien und nicht über die Kurzarbeitsentschädigung zu entschädigen seien. Auf eine Arbeitszeitkontrolle könne damit nicht verzichtet werden. Ferner sei bereits vor Einführung der Kurzarbeit keine Arbeitszeitkontrolle für die betreffenden Arbeitnehmer geführt worden. Damit könne nicht zuverlässig festgestellt werden, in welchem Ausmass eine Arbeitszeitverkürzung einen Arbeitsausfall bewirke. Der Arbeitsausfall sei somit nicht ausreichend bestimmbar, weshalb kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe. Die Beschwerdegegnerin prüfe die persönlichen Voraussetzungen sowie den Mindestarbeitsausfall und sei nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären. Anlass zu ergänzenden Abklärungen könnten regelmässig erst die durch die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung nachträglich angeordneten Arbeitgeberkontrollen bilden. Insbesondere die Rechtmässigkeit der bezogenen



Leistungen lasse sich regelmässig einzig anhand von detaillierten betrieblichen Unterlagen, namentlich auf Grund eines hinreichenden Zeiterfassungssystems feststellen. Diese Prüfung obliege dem Seco. Vorliegend habe die Beschwerdegegnerin durch die E-Mail der Buchhalterin der Beschwerdeführerin vom 8. Oktober 2021 von der fehlenden Arbeitszeitkontrolle erfahren und die Abrechnungen in Revision gezogen. Dass der Beschwerdeführerin wiederholt über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt worden sei, löse keinen Vertrauensschutz aus und stehe einer Rückforderung nicht entgegen. Die Beschwerdegegnerin habe mit besagtem E-Mail vom 8. Oktober 2021 Kenntnis vom Rückforderungstatbestand erhalten. Das Fehlen einer Arbeitszeitkontrolle und damit die Nichterfüllung der Anspruchsvoraussetzungen bilde eine erhebliche neue Tatsache, die bereits im Zeitpunkt der Abrechnungen vorgelegen habe, der Beschwerdegegnerin aber nicht bekannt gewesen sei. Damit liege ein Revisionsgrund vor. Betreffend den Mitarbeiter E.\_\_\_\_ seien die Voraussetzungen, unter denen eine während dem Bezug von Kurzarbeitsentschädigung eintretende Lohnerhöhung im massgebenden Lohn mitberücksichtigt werden könne, nicht erfüllt, womit diese nicht hätte berücksichtigt werden dürfen. Die Wiedererwägung diene der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinn der Würdigung des Sachverhalts. Die Abrechnungen seien bereits im Zeitpunkt der Auszahlung zweifellos unrichtig gewesen. Die infrage stehende Korrektur sei erheblich und die Voraussetzungen der Wiedererwägung seien damit erfüllt. Da die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen, unter denen Lernende ausnahmsweise einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten, nicht erfüllt seien, hätte der Anspruch abgewiesen werden müssen. Die Abrechnungen seien bereits im Auszahlungszeitpunkt zweifellos unrichtig gewesen. Zudem sei die infrage stehende Korrektur erheblich. Die Voraussetzungen für die Wiedererwägung seien damit auch hier erfüllt (act. G 5).

**C.c.** Mit Schreiben der Gerichtsleitung vom 13. Juli 2022 wird der Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass für die Beurteilung des Erlassgesuchs vom 24. Mai 2022 nicht die Beschwerdegegnerin, sondern die Kantonale Amtsstelle zuständig sei. Die Behandlung des Erlassgesuchs erfolge zudem erst, wenn die Rückforderung rechtskräftig sei. Eine Sistierung des vorliegenden Beschwerdeverfahrens erscheine daher aktuell nicht angezeigt (act. G 7).



**C.d.** Mit Replik vom 13. September 2022 macht die Beschwerdeführerin geltend, die Ausführungen der Beschwerdegegnerin, wonach die Kantonale Amtsstelle für Auskünfte im Zusammenhang mit Abrechnungen oder der Zeiterfassung an die Arbeitslosenkasse verweise, stelle eine reine Parteibehauptung dar. Offensichtlich sei die Beschwerdeführerin aber gerade nicht an die Arbeitslosenkasse verwiesen worden, hätte diese doch ansonsten ihre Fragen bei dieser Behörde gestellt. Es erscheine vielmehr folgerichtig, dass die Kontaktperson erwähnt habe, dass es kein Problem sei, wenn für die Aussendienstmitarbeiter keine Zeiterfassung bestehe. Hätte die Kontaktperson die Beschwerdeführerin an die Arbeitslosenkasse verwiesen, hätte diese dort angerufen. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin nicht von Anfang an über die fehlende Zeiterfassung informiert gewesen wäre, wäre es ihre Pflicht gewesen, die Gesuche gründlich zu prüfen und nur dann Auszahlungen vorzunehmen, wenn auch tatsächlich alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Es gehe nicht an, dass Gesuche nicht geprüft, Leistungen ausgerichtet und diese dann anderthalb Jahre später wieder zurückgefordert würden. Es scheine eine mangelhafte Prüfung der Gesuche oder ein Versehen der Beschwerdegegnerin vorzuliegen, das nicht der Beschwerdeführerin anzulasten sei. Vielmehr sei die Beschwerdegegnerin auf der Auskunft zu behaften und die Beschwerdeführerin habe sich auf diese verlassen dürfen. Es werde auch bestritten, dass die Beschwerdegegnerin erst durch die E-Mail vom 8. Oktober 2021 von der fehlenden Arbeitszeitkontrolle erfahren habe. Es sei offensichtlich gewesen, dass die Zeiterfassungen zu keinem Zeitpunkt eingereicht worden seien. Bei nur rudimentärer Prüfung der Gesuche hätte viel früher auffallen müssen, dass keine Arbeitszeitkontrollen vorgelegen hätten. Dies stehe einer Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung entgegen. Es lägen weder die Voraussetzungen für eine Revision noch für eine Wiedererwägung vor. Dazu äussere sich der angefochtene Einspracheentscheid in keiner Weise. Insbesondere sei die Voraussetzung der Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel, deren Beibringung zuvor nicht möglich gewesen sei, nicht erfüllt, da bereits beim ersten Gesuch im März 2020 keine Arbeitszeiterfassung für die beiden Aussendienstmitarbeiter eingereicht worden sei (act. G 8).

**C.e.** Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G 10).



### Erwägungen

#### 1.

**1.1.** Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (Art. 31 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung; SR 837.0; abgekürzt: AVIG), der Arbeitsausfall anrechenbar ist (lit. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (lit. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 der Verordnung über die Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung; SR 837.02; abgekürzt: AVIV). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt dies eine täglich fortlaufend geführte Arbeitszeiterfassung voraus. Die Führung von Auftragsbüchern und die Erstellung entsprechender Arbeitszeitrapporte oder Einsatzpläne belegen die effektiv für den Betrieb erbrachte Arbeitszeit nicht. Dafür braucht es ein Zeiterfassungssystem wie Stempelkarten, Stundenrapporte etc. (Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl., Art. 31 S. 261, mit Hinweis auf ARV 2002 N 37 S. 255 E. 4a und 4b; Urteil des Bundesgerichts vom 24. Januar 2012, 8C\_731/2011, E. 3.2.2).

**1.2.** Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist sowie pro Abrechnungsperiode mindestens 10 Prozent der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. a und b AVIG). Ebenso anrechenbar sind Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht von den Arbeitgebenden zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, wenn sie diese nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen können (Art. 32 Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 51 Abs. 1 AVIV). In Abweichung von Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG war ein Arbeitsausfall vorübergehend auch anrechenbar, soweit er unter anderem Personen in einem Lehrverhältnis betraf (Art. 4 der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19] [SR



837.033; abgekürzt: Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung]], in den vom 17. März 2020 bis zum 31. Mai 2020 gültig gewesenen Fassungen). Ab der Fassung vom 21. Januar 2021 hatten Personen in einem Lehrverhältnis wiederum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn die Ausbildung der Lernenden weiterhin sichergestellt war, der Betrieb behördlich geschlossen wurde und keine anderweitige finanzielle Unterstützung zur Deckung des Lohnes der Lernenden erhielt (Art. 4 Abs. 1 und 2 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, in den vom 21. Januar 2021 bis zum 30. September 2021 gültig gewesenen Fassungen; vgl. Art. 9 Abs. 7 und 7<sup>bis</sup> Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung)).

**1.3.** Massgebend für die Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung ist, bis zum Höchstbetrag für die Beitragsbemessung (Fr. 12'350.-- pro Monat [vgl. Art. 3 Abs. 2 AVIG in Verbindung mit Art. 22 Abs. 1 der Verordnung über die Unfallversicherung; SR 832.202; abgekürzt: UVV]), der vertraglich vereinbarte Lohn in der letzten Zahltagsperiode vor Beginn der Kurzarbeit. Eingeschlossen sind Ferienentschädigungen und die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen, soweit sie nicht während der Kurzarbeit weiterbezahlt werden oder Entschädigung für arbeitsbedingte Inkonvenienzen sind. Die durch Gesamtarbeitsvertrag vereinbarten und während der Kurzarbeit eintretenden Lohnerhöhungen werden mitberücksichtigt (Art. 34 Abs. 2 AVIG). In Abweichung von Art. 34 Abs. 2 und Art. 38 Abs. 3 lit. b AVIG wird der anrechenbare Verdienstausfall im summarischen Verfahren berechnet, und die Kurzarbeitsentschädigung wird als Pauschale ausgerichtet (Art. 8i Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 4 bis 4<sup>quinquies</sup> sowie 10 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, in den vom 9. April 2020 bis zum 31. März 2022 in Kraft gewesenen Fassungen).

## 2.

**2.1.** Nach Art. 27 Abs. 2 ATSG besteht ein individuelles Recht auf Beratung durch den zuständigen Versicherungsträger. Jede versicherte Person kann vom Versicherungsträger im konkreten Einzelfall eine unentgeltliche Beratung über ihre Rechte und Pflichten verlangen (BGE 131 V 472 E. 4.1 S. 476). Sinn und Zweck der Beratungspflicht ist, die betreffende Person in die Lage zu versetzen, sich so zu verhalten, dass eine den gesetzgeberischen Zielen des jeweiligen Erlasses entsprechende Rechtsfolge eintritt (BGE 131 V 472 E. 4.3 S. 478; SVR 2008 IV Nr. 10, I 714/06 E. 4.1; vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts vom 14. Mai 2009, 8C\_988/2008, E. 4.2.2).

**2.2.** Der in Art. 9 BV verankerte Grundsatz von Treu und Glauben statuiert ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des



berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Eine Verletzung der Beratungspflicht bzw. die Erteilung einer unrichtigen Auskunft hat unter Umständen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der rechtsuchenden Person zur Folge. Für eine erfolgreiche Berufung auf den Vertrauensschutz müssen rechtsprechungsgemäss die folgenden Bedingungen kumulativ erfüllt sein: 1. die Behörde hat in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt; 2. die Behörde war für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig oder die rechtsuchende Person durfte sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten; 3. die Person konnte die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen; 4. sie hat im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. die gesetzliche Ordnung hat seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren. Der unrichtigen Auskunft gleichgestellt ist die Unterlassung einer behördlichen Auskunft, die gesetzlich vorgeschrieben oder nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war. Die dritte Voraussetzung lautet diesfalls: wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen Auskunft nicht hätte rechnen müssen (BGE 143 V 341 E. 5.2.1 mit Hinweis auf BGE 131 V 472 E. 5). Zwischen den getroffenen Dispositionen und der behördlichen Vertrauensgrundlage muss ein Kausalzusammenhang bestehen, wofür kein strikter Beweis verlangt wird. Es genügt, wenn das Gericht zur Überzeugung gelangt, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen bestimmten Geschehensablauf spricht (Urteil des Bundesgerichts vom 7. Februar 2011, 8C\_804/2010, E. 7.1).

### 3.

**3.1.** Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 Satz 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1; abgekürzt: ATSG) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer die Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG in Verbindung mit Art. 4 f. der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.11; abgekürzt: ATSV). Der Rückforderungsanspruch erlischt drei Jahre, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre seit der Auszahlung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 ATSG, in der seit dem 1. Januar 2021 gültigen, vorliegend anwendbaren Fassung). Zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen fordert die Kasse von den Arbeitgebenden zurück. Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für



ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 AVIG).

**3.2.** Gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG müssen formell rechtskräftige Verfügungen und Einspracheentscheide 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. Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger wiedererwägungsweise auf formell rechtskräftige Verfügungen zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Dies gilt auch, wenn die zur Rückforderung Anlass gebenden Leistungen formlos verfügt worden sind (z. B. Taggeldabrechnungen). Auch solche Verfügungen erwachsen in formelle Rechtskraft, wenn die versicherte Person innert angemessener Frist (90 Tage) keine anfechtbare Verfügung verlangt. Gegenüber der Verwaltung tritt die formelle Rechtskraft rechtsprechungsgemäss bereits mit Ablauf der ordentlichen Rechtsmittelfrist von 30 Tagen ein. Danach kann die Verwaltung die (formlose) Verfügung nicht mehr voraussetzungslos abändern (z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 21. November 2022, 8C\_379/2022, E. 3.2; Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 4. Aufl., Art. 51 N 29 ff. und Art. 53 N 53 mit Hinweis auf BGE 129 V 110 E. 1.2.1).

#### 4.

**4.1.** Vorliegend fordert die Beschwerdegegnerin zunächst die für die beiden Aussendienstmitarbeiter ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung zurück (März bis Juni 2020, Oktober bis Dezember 2020 und Januar bis Mai 2021), wobei sich in einzelnen Perioden auf Grund der Nichtberücksichtigung dieser beiden Mitarbeiter kein mindestens 10%iger Arbeitsausfall mehr ergibt und damit kein Anspruch mehr besteht (Juni und Oktober 2020 sowie April und Mai 2021). Die Beschwerdeführerin bestreitet diesbezüglich, dass der Arbeitsausfall der Aussendienstmitarbeiter nicht kontrollierbar sei. So werde die Arbeitszeit von der Beschwerdeführerin dadurch kontrolliert, dass die Kundentermine, welche sie den Aussendienstmitarbeitern zuweise, eingehalten würden. Zusätzlich überprüfe die Beschwerdeführerin die Erledigung der Arbeiten in einer wöchentlichen Aussendienstsitzung, an der über die Kundentermine und die daraus resultierenden Umsätze gesprochen werde. Zwar ist - wie auch unter den Parteien unbestritten ist - für die Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit nicht zwingend eine mechanische (Stempeluhr) oder sonstige automatisierte Zeiterfassung erforderlich. Indessen muss die Arbeitszeiterfassung nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung fortlaufend täglich und detailliert die effektiv geleisteten Arbeitszeiten erfassen (z.B. auch mittels entsprechend detaillierter [handgeführter oder elektronischer] Agenden



[Urteil des Bundesgerichts vom 30. Juli 2001, C 229/00, E. 2a)]. Demgegenüber vermögen Arbeitszuweisungen, das Wahrnehmen von Kundenterminen, wöchentliche Sitzungen betreffend erzielte Abschlüsse und Umsätze etc., wie sie nach eigenen Angaben von der Beschwerdeführerin praktiziert werden, die effektiv geleisteten Arbeitszeiten nicht genügend exakt zu belegen (vgl. Erwägung 1.1 hievor). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wären diese Aufzeichnungen selbstverständlich bereits vor der Durchführung von Kurzarbeit vorzunehmen gewesen und wären somit keineswegs "einfach leer" gewesen. Aber auch nach deren Einführung kann nicht automatisch davon ausgegangen werden, dass die betroffenen Mitarbeiter keinerlei Tätigkeit für die Arbeitgeberin mehr ausgeführt hätten bzw. haben, könnte doch die Kundschaft etwa auch per Telekommunikation kontaktiert werden oder es könnten anderweitige (z.B. interne) Tätigkeiten für die Arbeitgeberin (allenfalls auch im Homeoffice) ausgeführt werden. Zudem müssen die nicht wirtschaftlich bedingten Ausfallzeiten erfasst werden (Unfall, Krankheit, Weiterbildung etc.). Auf eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann deshalb nicht verzichtet werden. Nachdem vorliegend keine solche geführt wurde, besteht für die beiden Aussendienstmitarbeiter mangels kontrollierbarem Arbeitsausfall gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG grundsätzlich kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

**4.2.** Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe von einer Mitarbeiterin des Amtes für Wirtschaft und Arbeit die Auskunft erhalten, dass es kein Problem darstelle, wenn für die Aussendienstmitarbeiter keine Zeiterfassung bestehe. Da die Beschwerdegegnerin diese Darstellung bestreitet, forderte sie die Beschwerdeführerin bereits im Einspracheverfahren auf, entsprechende Beweismittel vorzulegen, namentlich einen Verbindungsnachweis der Swisscom sowie eine Bestätigung der von der Beschwerdeführerin genannten drei Auskunftspersonen vorzulegen. In der Folge gaben diese drei Personen, die nach Angaben der Beschwerdeführerin das fragliche Telefongespräch geführt bzw. mitgehört haben sollen, an, es seien diverse Fragen besprochen worden, unter anderem die Frage der (fehlenden) Zeiterfassung der Aussendienstmitarbeiter. Dabei habe die Mitarbeiterin vom Amt für Wirtschaft und Arbeit, Abteilung Kurzarbeit und Schlechtwetter, ausgeführt, dass es kein Problem darstelle, wenn für die beiden Aussendienstmitarbeiter keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle bestehe bzw. wenn diese nicht stempelten (act. G 5.1/164 ff.).

**4.3.** Aus den Antworten dieser Auskunftspersonen lässt sich einigermassen schlüssig bzw. mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nur ableiten, dass der Beschwerdeführerin offenbar bewusst gewesen sein musste, dass die fehlende



Arbeitszeiterfassung der beiden Aussendienstmitarbeiter ein anspruchsfährdendes Problem darstellt, das einer Klärung bedarf (vgl. auch Beschwerde, Ziff. 3 S. 6 f. und Ziff. 4 S. 8). Obwohl sich sämtliche Beteiligten auf Seiten der Beschwerdeführerin einig sind, dass anlässlich des fraglichen Gesprächs "diverse" bzw. "einige" Fragen bzw. der "Ablauf Kurzarbeit, Zeiterfassung usw." besprochen worden seien, können sich alle drei Auskunftspersonen nach eigenem Bekunden mit Bestimmtheit nur an die Frage der Arbeitszeiterfassung der Aussendienstmitarbeiter - und an die behauptete Antwort der Kontaktperson des Amtes für Wirtschaft und Arbeit - erinnern, während sie in Bezug auf die übrigen Besprechungspunkte, nach denen ebenfalls explizit gefragt wurde, sehr vage bleiben bzw. keine Angaben machen oder machen können. Die Auskunftspersonen können sich auch nicht an das genaue Datum der Besprechung oder den Namen der Kontaktperson erinnern.

**4.4.** Aus dem eingereichten Verbindungsnachweis, aus dem im Übrigen weder Datum noch Urheberschaft ersichtlich sind, lässt sich das behauptete Telefonat im März 2020 ebenfalls nicht schlüssig nachweisen. So lässt sich im März 2020 lediglich die Nummer [...] (17. März 2020) eindeutig einer kantonalen Amtsstelle zuordnen, nämlich dem Strassenverkehrs- und Schifffahrtsamt des Kantons St. Gallen. Eine weitere infrage kommende Nummer [...], die am 18. März 2020 zweimal angerufen wurde, lässt sich demgegenüber nicht eindeutig einer kantonalen Amtsstelle zuordnen. Die beiden Gespräche dauerten auch nur eine bzw. zwei Minuten, was wohl nicht ausreicht, um die geltend gemachten diversen Fragen eingehend zu besprechen, und wurden ausserdem nicht vom Anschluss der Buchhalterin (D.\_\_\_\_; [...]) [vgl. z.B. act. G 5.1/394 und 441]), sondern vom Anschluss [...] aus geführt. Die auf den Bewilligungsverfügungen des Amtes für Wirtschaft und Arbeit, Abteilung Kurzarbeit/Schlechtwetter, angegebene Telefonnummer (Hotline) +41 58 229 48 85 (z.B. act. G 5.1/305) wurde im aufgeführten Zeitraum (März und April 2020, Oktober 2021) jedenfalls nie angerufen. Ein Anruf bei der Abteilung Kurzarbeit und Schlechtwetter ergibt sich demgegenüber erst am 6. April 2020 [...], 4 Minuten), was aber zeitlich wiederum nicht mit den Angaben in den Befragungen übereinstimmt, wonach der Anruf im März 2020 erfolgt sein soll. Bei einer weiteren Nummer mit kantonalem Bezug, [...] (17. April 2020, 2x), handelt es sich um die Hotline des (inzwischen geschlossenen) Impfzentrums Buchs (<[www.zso-werdenberg.ch/anmeldung-impfzentrum-buchs](http://www.zso-werdenberg.ch/anmeldung-impfzentrum-buchs)>, abgerufen am 17. Februar 2023). Anhand der eingereichten Unterlagen plausibel nachweisen lässt sich letztlich nur das als Reaktion auf den Erhalt der Rückforderungsverfügung vom 18. Oktober 2021 mit der Beschwerdegegnerin geführte Telefonat vom 20. Oktober 2021, das denn auch geraume 38 Minuten dauerte, während sich für das geltend gemachte Telefonat vom März 2020 mit dem Amt für



Wirtschaft und Arbeit, Abteilung Kurzarbeit/Schlechtwetter, nicht einmal die Metadaten, geschweige denn der Gesprächsinhalt, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erheben lassen (act. G 5.1/180). Hinzu kommt, dass gemäss Aktennotiz des Sachbearbeiters der Beschwerdegegnerin anlässlich des Telefongesprächs vom 20. Oktober 2021 die fehlende Arbeitszeiterfassung der beiden Aussendienstmitarbeiter diskutiert wurde. Dabei ging es um die Frage, ob und wie diese Arbeitszeit allenfalls auch nachträglich erfasst werden könnte (act. G 3.1/327). Dass die Beschwerdeführerin bei diesem Telefongespräch eine falsche Auskunft geltend gemacht hätte, ergibt sich aus dieser Aktennotiz nicht und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. Im Weiteren wirken die Antworten der Auskunftspersonen stereotyp, indem sämtliche Beteiligten ähnliche Formulierungen verwenden (etwa, die fehlende Arbeitszeiterfassung der Aussendienstmitarbeiter stelle "kein Problem" dar), und die Beschwerdeführerin musste ihre Angaben anpassen, was die zunächst genannte Kontaktperson beim Amt für Wirtschaft und Arbeit betrifft. Schliesslich besteht eine gewisse inhaltliche Unschärfe in den Angaben darin, dass "nicht stempeln" nicht zwingend gleichbedeutend ist mit dem Verzicht auf jegliche echtzeitliche Arbeitszeiterfassung. Der schriftlichen Befragung der von der Beschwerdeführerin genannten, für sie tätigen oder tätig gewesenen Personen kommt deshalb in der vorliegenden Konstellation nur die Bedeutung einer nicht echtzeitlichen, zu Prozesszwecken erstellten Parteibehauptung zu, die den massgebenden Beweisgegenstand der angeblich durch das Amt für Wirtschaft und Arbeit erteilten Auskunft nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzutun vermag. Da von weiteren Befragungen der genannten Personen keine neuen Erkenntnisse mehr zu erwarten sind, kann darauf verzichtet werden.

**4.5.** Schliesslich erscheint nicht plausibel, dass eine immerhin mit der Durchführung von Kurzarbeit befasste Behörde, wie die Abteilung Kurzarbeit und Schlechtwetter des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons St. Gallen (wenn sie auch nicht unmittelbar für die Überprüfung der persönlichen Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 AVIG [Ausschluss bestimmter Personen, unter anderem solchen, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist] sowie die Voraussetzungen nach Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG [Arbeitsausfall von mindestens 10 Prozent] zuständig ist [vgl. Art. 39 Abs. 1 AVIG]), in einer für die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung zentralen Frage vorbehaltlos die Auskunft erteilt haben soll, das Fehlen einer Arbeitszeitkontrolle für bestimmte Mitarbeitende sei unerheblich. Der Beschwerdeführerin bzw. den befragten Personen brauchen keine unlauteren Absichten unterstellt zu werden. Denkbar wäre auch das Vorliegen eines Missverständnisses oder von Erinnerungslücken. Jedenfalls kann die geltend gemachte



behördliche Auskunft unter den gegebenen Umständen nicht als mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt gelten. Da die Beschwerdeführerin aus der unbewiesenen Tatsache Rechte ableiten will, trägt sie nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz die Folgen der Beweislosigkeit.

**4.6.** Im Weiteren leitet die Beschwerdeführerin einen Vertrauenstatbestand aus dem Umstand ab, dass die Beschwerdegegnerin die Kurzarbeitsentschädigung für die fraglichen Aussendienstmitarbeiter während längerer Zeit - und nach wohl sorgfältiger Prüfung der Gesuche - vorbehaltlos ausgerichtet habe. Nur auf Grund dessen, dass die Beschwerdeführerin darauf vertraut habe, dass ihr die erhaltenen Gelder auch rechtmässig zuständen, habe sie die beiden Mitarbeiter trotz fehlender Arbeit und damit fehlenden Einnahmen weiter bezahlen können. Dem ist entgegenzuhalten, dass die Arbeitslosenkasse gemäss Art. 39 Abs. 1 AVIG nur die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 AVIG (Ausschluss bestimmter Kategorien von Arbeitnehmenden) sowie nach Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG (Vorliegen eines mindestens 10%igen Arbeitsausfalls) kontrolliert. Die Überprüfung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist dagegen nicht Sache der Kantonalen Amtsstelle oder der Arbeitslosenkasse. Die Auszahlungen von Kurzarbeitsentschädigung werden bezüglich betrieblicher Arbeitszeitkontrolle vielmehr durch das Seco/Tcrd (Revisionsdienst des Seco) stichprobenweise geprüft (Art. 83 Abs. 1 lit. d AVIG in Verbindung mit Art. 110 Abs. 4 AVIV; AVIG-Praxis KAE, B35 und I6). Die Arbeitgebenden haben deshalb die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während 5 Jahren aufzubewahren (Art. 46b Abs. 2 AVIV; vgl. auch Broschüre des Seco "Info-Service für Kurzarbeitsentschädigung" bzw. "Information für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen - Kurzarbeitsentschädigung", Ziff. 13 S. 12). Eine allfällige Unrichtigkeit der - auf Basis der Angaben der Beschwerdeführerin erfolgten - Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung auf Grund einer fehlenden Arbeitszeitkontrolle konnte der Beschwerdegegnerin zum Auszahlungszeitpunkt noch nicht bekannt sein und vermochte deshalb nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts keine Vertrauensgrundlage zu schaffen (Urteile des Bundesgerichts vom 5. März 2015, 8C\_39/2015, E. 3.2.2, und vom 27. Oktober 2003, C 208/02, E. 4.2 f.; AVIG-Praxis KAE, B36, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2011, 8C\_469/2011, E. 6.2.1.2).

**4.7.** Nachdem sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine - auch durch konkludentes Verhalten herbeigeführte (Auszahlung über einen längeren Zeitraum) - Vertrauensgrundlage berufen kann bzw. die geltend gemachte falsche Auskunft nicht erstellt ist, brauchen die weiteren Voraussetzungen, um sich erfolgreich auf eine solche



berufen zu können, nicht mehr geprüft zu werden. Die Frage der Arbeitszeitkontrolle der Aussendienstmitarbeiter kann demnach nicht abweichend vom materiellen Recht beurteilt werden, weshalb für diese beiden Mitarbeiter in den geltend gemachten Perioden bis September 2021 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht. Soweit dadurch der Arbeitsausfall auf unter 10 Prozent der Arbeitsstunden fällt, die von den Arbeitnehmenden des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden, entfällt der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die nämliche Periode vollständig.

### 5.

Sodann ist umstritten, ob für die Lernenden für die Perioden Januar bis März 2021 ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht. In diesem Zeitraum haben Personen in einem Lehrverhältnis Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn die Ausbildung der Lernenden weiterhin sichergestellt ist, der Betrieb behördlich geschlossen wurde und keine anderweitige finanzielle Unterstützung zur Deckung des Lohnes der Lernenden erhält (vgl. Erwägung 1.2). Der Betrieb der Beschwerdeführerin besteht im Wesentlichen aus einem (Versand-)Handel für Cementwaren und Baustoffe jeglicher Art sowie Werkzeuge (vgl. online-Handelsregisterauszug, jeweils abgerufen am 17. Februar 2023). Für diese Tätigkeit bestanden im vorliegend massgeblichen Zeitraum noch die Schutzkonzeptpflicht betreffend Hygiene und Abstand sowie die Maskentragpflicht in den öffentlich zugänglichen Innenräumen und Aussenbereichen (z. B. Kundenbereich) sowie die Masken- und Abstandspflicht in den nichtöffentlichen Bereichen (z. B. Büros, Lager etc. [Art. 4 und 10 der Verordnung über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie [SR 818.101.26; abgekürzt: Covid-19-Verordnung besondere Lage]], in den ab 20. Juni 2020 bzw. 29. Oktober 2020 gültig gewesenen Fassungen). Der Betrieb der Beschwerdeführerin war demnach nicht behördlich geschlossen, sodass die Voraussetzungen für die Anerkennung des Arbeitsausfalls der Lernenden nicht erfüllt ist. Im Übrigen war der Betrieb auch nicht faktisch stillgelegt, nachdem nur ein Teil der Mitarbeitenden von Kurzarbeit betroffen war (vgl. act. G 5.1/511, 505, 494 und 481).

### 6.

**6.1.** Schliesslich fordert die Beschwerdegegnerin Kurzarbeitsentschädigung betreffend die in den Monaten Januar bis März 2021 für den Mitarbeiter E.\_\_\_\_ vorgenommene Lohnerhöhung zurück. Dabei macht sie geltend, der monatliche Lohn dieses Mitarbeiters sei auf Fr. 5'687.50 (Fr. 5'250.-- x 13: 12) zu reduzieren. Demgegenüber führt die Beschwerdeführerin aus, dieser Mitarbeiter sei (per 1. Januar 2021)



betriebsintern vom Chauffeur zum Lagerchef befördert worden. Eine Beförderung zum Abteilungsleiter finanziell zu honorieren, sei in jedem Betrieb üblich. Da jedoch im Frühjahr 2021 ein (anderer) Chauffeur einen Schlaganfall erlitten habe, in der Folge auf einem Auge erblindet und bis heute nicht arbeitsfähig sei, habe E.\_\_\_\_ wieder als Chauffeur arbeiten müssen. Ihm den Lohn wieder zu kürzen, sei nicht realistisch. Wie in Erwägung 1.3 ausgeführt, ist für die Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung der vertraglich vereinbarte Lohn in der letzten Zahlungsperiode vor Beginn der Kurzarbeit massgebend. Während der Kurzarbeit eintretende Lohnerhöhungen werden (nur) mitberücksichtigt, wenn sie durch Gesamtarbeitsvertrag vereinbart werden (Art. 34 Abs. 2 AVIG). Während einer Kurzarbeitsphase vorgenommene individuelle oder betriebliche Lohnerhöhungen dürfen im massgebenden Verdienst erst berücksichtigt werden, nachdem der Betrieb während eines ganzen Monats keine Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht hat (AVIG-Praxis KAE, Ziff. E6). An dieser Regelung, bzw. an der Ausserachtlassung individueller Lohnerhöhungen während der Durchführung von Kurzarbeit, ändert nichts, dass in der Zeit vom 9. April 2020 bis zum 31. März 2022 - in Abweichung von Art. 34 Abs. 2 AVIG - der anrechenbare Verdienstaufschlag im summarischen Verfahren berechnet und die Entschädigung als Pauschale ausgerichtet wurde (Art. 8i in Verbindung mit Art. 9 Abs. 4 bis 4<sup>quinquies</sup> sowie 10 Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, in der jeweils anwendbaren Fassung).

**6.2.** Die fragliche Lohnerhöhung des betreffenden Mitarbeiters war unbestrittenermassen nicht durch Gesamtarbeitsvertrag vereinbart und es erfolgte nach der Bezugsperiode von Oktober bis Dezember 2020 (vgl. Verfügung vom 21. September 2020 [act. G 5.1/552]) auch kein mindestens einmonatiger Unterbruch des Leistungsbezugs. Die per Januar 2021 vorgenommene Lohnerhöhung betreffend E.\_\_\_\_ kann somit nach dem vorstehend Gesagten nicht berücksichtigt werden. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin müsste wohl auch das von der Beschwerdeführerin angedachte alternative Vorgehen - Kündigung mit anschliessender Neuanstellung zu einem höheren Lohn - als Gesetzesumgehung angesehen werden und würde folglich nicht zu einer Berücksichtigung der Lohnerhöhung bei der Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung führen. Zudem würde bei gekündigtem Arbeitsverhältnis der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entfallen (vgl. Art. 31 lit. c AVIG).

## 7.

**7.1.** Vorliegend wurden die Leistungen jeweils im formlosen Verfahren zugesprochen (Auszahlungsabrechnungen). Nachdem die Beschwerdegegnerin Leistungen



zurückfordert, deren Abrechnungen im Zeitpunkt des Erlasses der Rückforderungsverfügung (18. Oktober 2021) bereits länger als 30 Tage zurücklagen (letzte Abrechnungen vom 24. Juni 2021 betreffend April und Mai 2021 [act. G 5.1/452 f.]), ist für sämtliche Abrechnungen ein Rückkommenstitel notwendig (vgl. vorstehende Erwägung 3.2).

**7.2.** Die Beschwerdegegnerin geht in Bezug auf die Meldung der Beschwerdeführerin vom 8. Oktober 2021, wonach für die beiden Aussendienstmitarbeiter keine Arbeitszeiterfassung bestehe, von einem Revisionsgrund aus. Nachdem die entsprechende Tatsache zwar bereits im Zeitpunkt des Verfügungserlasses existierte, der Beschwerdegegnerin bis dahin aber noch nicht bekannt gewesen war, ist dies nicht zu beanstanden. Zudem handelt es sich um eine "erhebliche" Tatsache, da das Bestehen einer täglich fortgeführten Arbeitszeiterfassung anspruchswesentlich ist (vgl. vorstehende Erwägungen 1.1 und 3.2). Die Beschwerdegegnerin hat sich sodann die fehlende Kenntnis dieser Tatsache nicht entgegenhalten zu lassen, da die Kontrolle der Arbeitszeiterfassung dem Seco obliegt (vgl. vorstehende Erwägung 4.6) und der Mangel normalerweise - hätte nicht die Beschwerdeführerin in ihrer E-Mail vom 8. Oktober 2021 selber darauf hingewiesen - erst anlässlich einer allfälligen Arbeitgeberkontrolle entdeckt worden wäre. Indem die Beschwerdegegnerin bereits am 18. Oktober 2021 eine Rückforderungsverfügung erlassen hat, ist die 90-tägige Revisionsfrist gemäss Art. 67 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021; abgekürzt: VwVG), die hier ebenfalls anwendbar ist, eingehalten (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 53 N 39). Ebenso ist die dreijährige relative sowie die fünfjährige absolute Rückforderungsfrist nach Art. 25 Abs. 2 ATSG eingehalten.

**7.3.** In Bezug auf die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Lernenden sowie den massgebenden Lohn von E.\_\_\_\_ in den Abrechnungsperioden Januar bis März 2021 geht die Beschwerdegegnerin von einem Wiedererwägungsgrund aus. Dies ist ebenfalls nicht zu beanstanden, ist hier doch nicht vom Vorliegen einer "neuen Tatsache" auszugehen. Vielmehr handelt es sich um ein Zurückkommen auf eine rechtliche Beurteilung, indem die Beschwerdegegnerin zunächst fälschlicherweise eine Lohnerhöhung bzw. den Arbeitsausfall von Lernenden bei der Berechnung der Entschädigung mitberücksichtigt und damit Rechtsregeln falsch angewendet hat (vgl. Kieser, a.a.O., Art. 53 N 61). Dies war nach den in zeitlicher Hinsicht gültig gewesenen Bestimmungen zweifellos unrichtig. Bei den in Frage stehenden Beträgen ist zudem von einer erheblichen Bedeutung der Berichtigung auszugehen. Auch hier ist die Rückforderungsfrist gemäss Art. 25 Abs. 2 ATSG eingehalten.



### 8.

**8.1.** In betraglicher Hinsicht werden keine Beanstandungen betreffend die Rückforderung gemacht und sind auch keine solchen ersichtlich. Insbesondere ergab sich in den Abrechnungsperioden Juni und Oktober 2020 sowie April und Mai 2021 infolge Unterschreitens eines mindestens 10%igen anrechenbaren Arbeitsausfalls kein Anspruch mehr auf Kurzarbeitsentschädigung, so dass diesbezüglich jeweils die ganze Entschädigung zurückzuerstatten ist. In den übrigen abgerechneten Monaten wurde jeweils die Differenz der Neuberechneten Entschädigung zum ursprünglich ausbezahlten Betrag zurückgefordert, wobei die bereits in früheren Auszahlungsperioden (April, Oktober und November 2020) erfolgten Nachzahlungen und Rückerstattungen mitberücksichtigt worden sind (vgl. act. G 5.1/312 ff., 452 f., 468, 489 f., 514 ff., 524, 542, 563, 586, 594, 574). Die Rückforderung in der Höhe von Fr. 124'781.90 erweist sich damit als rechters.

**8.2.** Da im September 2021 nur für die beiden Aussendienstmitarbeiter Kurzarbeitsentschädigung beantragt wurde (Antrag vom 4. Oktober 2021 [act. G 5.1/387]), für diese jedoch mangels rechtsgenügender Arbeitszeitkontrolle auch für diese Abrechnungsperiode kein Anspruch besteht, erweist sich auch die Abweisung dieses Gesuchs als korrekt.

### 9.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben, nachdem das AVIG keine solchen vorsieht (Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG)

## Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

### 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

### 2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.