



Fall-Nr.: AVI 2022/41
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 19.02.2024
Entscheiddatum: 03.01.2024

Entscheid Versicherungsgericht, 03.01.2024

Art. 31 Abs. 3 lit. a 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. Da die Mitarbeitenden keine rechtsgenügli­che Arbeitszeitkontrolle führten, haben sie keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Die zu viel bezogenen Leistungen sind durch deren Arbeitgeberin zurückzuerstatten. Die Beschwerdeführerin kann sich nicht darauf berufen, dass die Kurzarbeitsentschädigung während längerer Zeit vorbehaltlos ausgerichtet wurde (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 3. Januar 2024, AVI 2022/41).

Entscheid vom 3. Januar 2024

Besetzung

Präsidentin Marie Löhler, Versicherungsrichterinnen Tanja Petrik-Haltiner und Corinne Schambeck; Gerichtsschreiberin Karin Kobelt

Geschäftsnr.

AVI 2022/41

Parteien

A.____ AG in Liquidation,

Beschwerdeführerin,

gegen



Kantonale Arbeitslosenkasse, Geltenwilenstrasse 16/18, 9001 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Kurzarbeitsentschädigung und Rückerstattung von Kurzarbeitsentschädigung

Sachverhalt

A.

A.a. Die A.____ AG (heute: in Liquidation [vgl. act. G11.1], nachfolgend: Arbeitgeberin) führte für den Zeitraum vom 18. März bis 18. Juni 2020 Kurzarbeit im Gesamtbetrieb durch (ALK-act. 984 f.). Dies wurde vom Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) mit Verfügungen vom 19. März 2020 (ALK-act. 980 f.) und 23. April 2020 (ALK-act. 966 f.) ab 18. März 2020 für sechs Monate bewilligt, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Am 17. April 2020 richtete die Arbeitslosenkasse des Kantons St. Gallen (ALK) erstmals für März 2020 Kurarbeitsentschädigung aus (ALK-act. 968).

A.b. Für den Zeitraum ab 1. September bis 30. November 2020 meldete die Arbeitgeberin erneut Kurzarbeit an (ALK-act. 889 f.), was vom AWA mit Verfügung vom 17. August 2020 vorbehältlich der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen bewilligt wurde (ALK-act. 886 f.).

A.c. Mit Schreiben vom 4. September 2020 forderte die ALK die Arbeitgeberin auf, für den Monat August 2020 die Gründe darzulegen, wieso trotz der Lockerungsmassnahmen in Zusammenhang mit Covid-19 Kurzarbeit im Ausmass von mehr als 85 % weitergeführt werde (ALK-act. 911). Nach Prüfung der Begründung (ALK-act. 908 bis 910 i.V.m. 896) richtete die ALK ab August 2020 weiterhin Kurzarbeitsentschädigung aus (vgl. ALK-act. 893).

A.d. Am 20. November 2020 meldete die Arbeitgeberin für den Zeitraum vom 1. Dezember 2020 bis 28. Februar 2021 Kurzarbeit an (ALK-act. 817 f.). Diese wurde vom AWA mit Verfügung vom 20. November 2020 vorbehältlich der Erfüllung der übrigen



St.Galler Gerichte

Anspruchsvoraussetzungen bewilligt (ALK-act. 815 f.). Am 18. Februar 2021 beantragte die Arbeitgeberin wiederum die Weiterführung der Kurzarbeit (ALK-act. 784 f.), was vom AWA mit Verfügung vom 22. Februar 2021 für die Zeit vom 1. März bis 31. Mai 2021 bewilligt wurde, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (ALK-act. 782 f.). Am 10. Mai 2021 ersuchte die Arbeitgeberin erneut um Weiterführung der Kurzarbeit (ALK-act. 677 f.), was vom AWA am 12. Mai 2021 für die Zeit vom 1. Juni bis 30. November 2021, wiederum unter dem Vorbehalt der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen, bewilligt wurde (ALK-act. 676).

A.e. Am 14. Juli 2021 gelangte die ALK an die Arbeitgeberin und teilte ihr mit, dass aufgrund der aktuellen pandemischen Lage und im Branchenvergleich die geltend gemachten Arbeitsausfälle von über 50 % nicht als plausibel erschienen. Sie bat um Stellungnahme zu verschiedenen Fragen (ALK-act. 683 ff.). Nachdem die Stellungnahme der Arbeitgeberin bei ihr eingegangen war (ALK-act. 673 ff.), überwies die ALK das Dossier mit der Frage, ob auf die bestehende Bewilligung zurückzukommen sei, an das AWA als kantonale Amtsstelle (KAST; ALK-act. 672). Am 29. Juli 2021 befand die KAST, die ALK könne weiterhin den geltend gemachten Arbeitsausfall entschädigen (ALK-act. 646).

A.f. Am 4. Oktober 2021 ersuchte die ALK die Arbeitgeberin um Plausibilisierung des Arbeitsausfalls von über 50 % für August 2021 (ALK-act. 591 ff.). Die Arbeitgeberin nahm am 26. Oktober 2021 Stellung (ALK-act. 578 bis 584). In der Folge überwies die ALK das Dossier erneut an die KAST (ALK-act. 553). Nachdem sie dies der Arbeitgeberin mitgeteilt hatte (ALK-act. 554), liess diese sich nochmals vernehmen (ALK-act. 551 f.).

A.g. Am 30. November 2021 ersuchte die Arbeitgeberin um Kurzarbeit für die Betriebsabteilung Verkauf bis 31. Dezember 2021 (ALK-act. 532 f.). Am 3. Dezember 2021 teilte das AWA der Arbeitgeberin unter anderem mit, eine einzelne Person könne nicht als Betriebsabteilung anerkannt werden (ALK-act. 531). Am 10. Dezember 2021 antwortete die Arbeitgeberin, dass das gesamte Unternehmen betroffen sei (ALK-act. 528). Daraufhin bewilligte das AWA der Arbeitgeberin Kurzarbeit bis 31. Dezember 2021 vorbehaltlich der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen (ALK-act. 526 f.). Für den Zeitraum ab 1. Januar bis 27. Februar 2022 meldete die Arbeitgeberin



St.Galler Gerichte

weiterhin Kurzarbeit an (ALK-act. 513 ff.), was vom AWA wiederum für den Gesamtbetrieb unter Vorbehalt der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen bewilligt wurde (ALK-act. 509 ff.).

A.h. Die KAST kam am 11. Januar 2022 zum Schluss, dass der Kurzarbeitsbezug in der geltend gemachten Höhe angesichts des Geschäfts- und Tätigkeitsbereichs und der dargelegten Situation in den Monaten August bis November 2021 noch plausibel erscheine und die ALK gemäss Verfügung vom 12. Mai 2021 vorbehältlich der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen Kurzarbeitsentschädigung ausrichten dürfe (ALK-act. 490 f.; vgl. vorstehend Sachverhalt A.d und A.f).

A.i. Am 10. März 2022 ersuchte die ALK die Arbeitgeberin im Zusammenhang mit deren Antragsstellung für Januar 2022 unter anderem um Einreichung eines Auszugs aus der Zeiterfassungssoftware betreffend zwei Mitarbeitende (ALK-act. 384 f.). Die Arbeitgeberin erklärte der ALK am 15. März 2022 telefonisch, dass die Mitarbeitenden nicht morgens/mittags/abends stempeln würden (ALK-act. 383). In der Folge nahm die ALK Downloads aus der Zeiterfassungssoftware der Arbeitgeberin zu den Akten (ALK-act. 377 bis 380).

A.j. Mit Verfügung vom 21. März 2022 forderte die ALK von der Arbeitgeberin die für die Zeit vom 12. Mai 2020 bis Dezember 2021 ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen von Fr. 243'173.55 zurück. Mangels Zeiterfassung der Mitarbeitenden sei der Arbeitsausfall nicht überprüfbar und folglich habe entgegen den ursprünglichen Abrechnungen für die Zeit vom 12. Mai 2020 bis Dezember 2021 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestanden. Für die Abrechnungsperioden März 2020 bis 11. Mai 2020, in welchen alle Arbeitnehmenden aufgrund der Verordnung des Lockdowns einen vollen Arbeitsausfall gehabt hätten, verzichte sie auf Aberkennung des Anspruchs (ALK-act. 369 ff.).

A.k. Mit Verfügung vom 22. März 2022 verneinte die ALK mangels Zeiterfassung und damit einhergehender Überprüfbarkeit des Arbeitsausfalls einen Anspruch der Angestellten der Arbeitgeberin auf Kurzarbeitsentschädigung für Januar 2022 (ALK-act. 337 f.).



B.

B.a. Mit gegen die Verfügung vom 21. März 2022 gerichteter Einsprache vom 6. April 2022 machte die Arbeitgeberin unter anderem geltend, sämtliche Eingaben bezüglich der Kurzarbeitsentschädigung seien von ihr korrekt gemacht und mehrfach geprüft worden. Es entspreche nicht den Tatsachen, dass sie keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle führe. Sie führe eine 100 % Arbeitszeitkontrolle durch digitale Arbeitszeitrapporte mit Selbstaufschreibung. Die monatlich der ALK eingereichten Beilagen wie Lohnzahlungen, Ausfallstunden, Arbeitszeitrapporte seien nie beanstandet worden. Sie ersuchte um ersatzlose Aufhebung der Verfügung (ALK-act. 198 ff. inkl. Beilagen von 201 bis 336).

B.b. Am 26. April 2022 erhob die Arbeitgeberin auch gegen die Verfügung vom 22. März 2022 Einsprache und ersuchte sinngemäss um Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für Januar 2022 (ALK-act. 152 ff. inkl. Beilagen von 155 bis 194).

B.c. Gleichentags reichte die Arbeitgeberin den Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung für Februar 2022 ein (ALK-act. 146 ff.). Am 4. Mai 2022 verfügte die ALK einen fehlenden Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auch für Februar 2022 (ALK-act. 138 f.). Gegen diese Verfügung erhob die Arbeitgeberin am 25. Mai 2022 Einsprache (ALK-act. 134 ff.).

B.d. Mit Schreiben vom 13. September 2022 teilte die ALK der Arbeitgeberin mit, dass weitere Abklärungen zur Kontrollier- und Bestimmbarkeit des Arbeitszeitausfalls nötig seien. Aus den bislang eingereichten Auszügen könne nicht eruiert werden, wann der betreffende Mitarbeitende die Arbeit jeweils aufgenommen und beendet und wie viele Stunden er gesamthaft am betreffenden Tag gearbeitet habe. Die Auszüge liessen keine Rückschlüsse darauf zu, ob die Einträge täglich echtzeitlich/fortlaufend erfasst oder ob sie nachträglich zusammengestellt und erfasst worden seien. Deshalb ersuche sie um Auszüge aus dem Zeiterfassungssystem für den Zeitraum von Dezember 2019 bis April 2022 aller von Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden sowie weitere Unterlagen, Dokumente, Erklärungen und Beweisofferten, welche der Bestimm- und Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls dienen (ALK-act. 131 f.). Am 14. Oktober 2022



liess sich die Arbeitgeberin vernehmen und reichte diverse Unterlagen ein (ALK-act. 21 bis 26 zzgl. Beilagen in ALK-act. 27 bis 127).

B.e. Mit Entscheidung vom 31. Oktober 2022 wies die ALK die drei Einsprachen der Arbeitgeberin ab, da der Arbeitsausfall in den Abrechnungsperioden Mai 2020 bis Februar 2022 nicht genügend überprüfbar sei (ALK-act. 14 ff.).

C.

C.a. Gegen den Einspracheentscheid vom 31. Oktober 2022 richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 23. November 2022 mit dem sinngemässen Antrag auf dessen Aufhebung. Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin an, sie habe sämtliche Anforderungen gemäss Wegleitung Kurzarbeit erfüllt. Einzig der Beginn und das Ende der jeweiligen Arbeitszeiten würden nicht erfasst. Diese Anforderung werde in der Wegleitung für Kurzarbeit nicht explizit erwähnt, sei auch bei den Prüfungen durch das AWA/die ALK niemals erwähnt worden und könne und dürfe somit auch nicht rückwirkend als "MUSS-Bedingung" aufgeführt werden. Sie habe sodann mit der damaligen B.____ AG im Jahr 2013 Kurzarbeitsentschädigung erhalten, obwohl die Zeitrapportierung auf demselben Prinzip der Arbeitszeiterfassung basiert habe. Sie habe deshalb davon ausgehen können, dass dieselben Anforderungen gültig seien (Prinzip der Rechtsgleichheit). Sodann müsse sie sich auf die Aussagen der Mitarbeitenden des AWA/der ALK verlassen können. Diese hätten ihre Unterlagen und Eingaben (über 26) monatlich geprüft. Sie müsse sich rechtssicher darauf verlassen können, dass sie die Ämter richtig berieten, sonst hätte sie andere Massnahmen (Kündigungen) einleiten müssen. Aufgrund der Unterlassung der Ämter sei sie in ihrem Vertrauen zu schützen (act. G1).

C.b. Am 10. Januar 2023 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde (act. G3). Am 27. Februar 2023 nimmt die Beschwerdeführerin nach erfolgter Akteneinsicht dazu Stellung (act. G7). Die Beschwerdegegnerin verzichtet am 9. März 2023 auf eine weitere Eingabe (act. G9).

C.c. Gemäss Konkurserkennnis des Konkursrichters des Kreisgerichts C.____ vom 4. Oktober 2023 wird die Beschwerdeführerin durch Konkurs aufgelöst (vgl. act. G11.1). Deshalb stellt die Präsidentin des Versicherungsgerichts das Verfahren gestützt auf



St.Galler Gerichte

Art. 207 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1) einstweilen ein (act. G11).

C.d. Mit Entscheid der Konkursrichterin des Kreisgerichts C.____ vom 22. November 2023 wird der Konkurs mangels Aktiven eingestellt (act. G12.1). Bezugnehmend auf diese Konkurseinstellung hebt die Präsidentin des Versicherungsgerichts die einstweilige Verfahrenseinstellung am 5. Dezember 2023 wieder auf (act. G12).

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.

1.2.1. Nach Art. 27 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (SR 830.1; abgekürzt: 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).

1.2.2. Der in Art. 9 der Bundesverfassung (BV; SR 101) 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).

1.3.

1.3.1. Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 Satz 1 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).

1.3.2. 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 (sog. prozessuale Revision). 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).

2.

2.1. Vorliegend verneint die Beschwerdegegnerin einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin aufgrund der fehlenden Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls und fordert die ab 12. Mai 2020 der



Beschwerdeführerin ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung aus diesem Grund zurück. Die Beschwerdeführerin bestreitet diesbezüglich, dass der Arbeitsausfall ihrer Mitarbeitenden nicht kontrollierbar sei. Sowohl Arbeitszeiten, Nebenzeiten und Krankheit/Unfall oder Ferien könnten ermittelt werden. Es werde eine 100 % Arbeitszeitkontrolle durch digitale Arbeitsrapporte mit Selbstaufschreibung geführt, welche von den Mitarbeitenden täglich, zum Teil stündlich, erfasst würden. Die Beschwerdegegnerin bemerkt im angefochtenen Entscheid, dass die von der Beschwerdeführerin eingereichten Auszüge Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit der Mitarbeitenden nicht ausweisen würden. Dies würde bei einer umfassend geführten "Zeiterfassung" für sich alleine aber tatsächlich nicht dazu führen, dass der Arbeitsausfall nicht kontrollierbar wäre. Darüber hinaus stellt die Beschwerdegegnerin jedoch fest, dass sich betreffend alle Mitarbeitenden kleinere oder grössere Lücken hinsichtlich der zu erfassenden Arbeitstage zeigten. Diesen Umstand gilt es im Folgenden zu prüfen.

2.2. Die Beschwerdeführerin bezog, nachdem die Sonderregelung für Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung sowie deren Partner per 31. Mai 2020 aufgehoben worden war und somit kein Anspruch für D.____, E.____ und F.____ mehr bestand, noch für fünf Mitarbeitende Kurzarbeitsentschädigung: G.____, H.____, I.____, J.____ und K.____, wobei Letzterer der Einzige ist, welcher ein 100 % Pensum innehatte. K.____ erfasste in der Anfangszeit des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung (von März bis Juni 2020) auch die Kurzarbeit. Dem ihn betreffenden Auszug ist jedoch zu entnehmen, dass im vorliegend massgebenden Zeitraum ab 12. Mai 2020 am 11., 12., 25. und 26. Juni 2020 keine Leistungserfassung getätigt wurde, obwohl es sich um Werktage gehandelt hat (vgl. ALK-act. 42). Ob es sich bei den übrigen Erfassungslücken von K.____ (z.B. 3., 6., 7., 9., 10., 13., 14., 16., 17., 30. und 31. Juli 2020 gemäss ALK-act. 41) um Kurzarbeit handelte, oder ob an diesen Tagen aus einem anderen Grund keinerlei Leistungserfassung erfolgte, kann aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht nachvollzogen werden. Auffällig ist sodann, dass sowohl bei K.____ als auch bei G.____ – den beiden im Kundenkontakt arbeitenden Mitarbeitenden – mit Einführung der Kurzarbeit der Erfassungsmodus änderte. Bis zum 17. März 2020 wiesen beide relativ viele Stunden mit nicht verrechenbaren Leistungen aus, währenddem ab dem 18. März 2020 mehrheitlich nur noch verrechenbare Leistungen erfasst wurden (vgl. insbesondere ALK-act. 59 bis 61 und 45 bis 43). Es ist nicht nachvollziehbar, wieso von wenigen Ausnahmen abgesehen während der Zeit von Kurzarbeit plötzlich beinahe sämtliche Leistungen verrechenbar sein sollen, wenn vorher ein Grossteil der Arbeitsleistung nicht verrechnet werden konnte. Da die meisten betroffenen Mitarbeitenden (G.____, H.____, I.____) teilzeitlich arbeiteten und damit ohnehin Lücken in



der Leistungserfassung aufweisen, kann auch bei diesen nicht nachvollzogen werden, wieso an welchen Tagen keine Leistungserfassung erfolgte. Die in der Reinigung tätige J.____ notierte zwar ihre jeweiligen Arbeitszeiten auf dem jeweiligen Kalenderblatt. Damit ist sie betreffend eine Zeiterfassung vorhanden. Da ein Arbeitsausfall unter anderem nur dann anrechenbar ist, wenn er pro Abrechnungsperiode mindestens 10 Prozent der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG), vermag dies jedoch keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu begründen.

2.3. Nur indem systematisch eine Erfassung der gesamten geleisteten und der ausfallenden Arbeitszeit erfolgt, lässt sich sicherstellen, dass ausschliesslich wegen der angemeldeten Kurzarbeit ausgefallene Stunden zu Lasten der Arbeitslosenversicherung vergütet werden. Dies ist nach dem Gesagten bei G.____, H.____, I.____ und K.____ nicht der Fall. Von einer hinreichend kontrollierbaren Erfassung der geleisteten Arbeitszeit kann vorliegend nicht gesprochen werden, da wie gesagt einzelne Arbeitstage ohne erkennbaren Grund gar nicht erfasst wurden. Die Beschwerdeführerin verfügte also über keine den Anforderungen von Gesetz und Praxis entsprechende betriebliche Arbeitszeitkontrolle. Laut höchstrichterlicher Rechtsprechung darf von der formellen Beweisvorschrift in Art. 46b Abs. 1 AVIV (vgl. vorstehende E. 1.1) nur abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, d.h. die prozessuale Formenstrenge exzessiv ist, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert wird (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 6. Dezember 2012, 8C_652/2012, E. 2 mit Hinweis). Selbst bei Arbeitgebenden mit fix vorgegebenen Arbeitsstunden ist laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung den besonderen Umständen Rechnung zu tragen, in welchen solche Arbeitgebenden sich bei eingeführter Kurzarbeit befinden. Denn auch bei geringem Arbeitsanfall sei es denkbar, dass gewisse Restarbeitszeiten an einzelnen Tagen über die ordentliche Tagesarbeitszeit hinaus erledigt werden (Urteil des Bundesgerichts vom 6. Dezember 2012, 8C_652/2012, E. 4). Dies hat umso mehr zu geltend, wenn wie im vorliegenden Fall die Arbeitgeberin den Mitarbeitenden flexible Arbeitszeiten ermöglicht. Inwiefern verschiedene Arbeiten wie Support, Hotline etc. sowie zeitunabhängiges Arbeiten der Erfassung der täglichen Anfangs- und Endzeit und insbesondere der Erfassung sämtlicher getätigten Leistungen bzw. Präsenzzeiten entgegenstehen sollen, ist nicht nachvollziehbar. Sollte tatsächlich kein Zeiterfassungssystem die Möglichkeit bieten, alle von der Beschwerdeführerin benötigten Funktionen zu vereinen (vgl. Vorbringen in act. G1 S. 2 und act. G7 S. 3), wäre das separate Erfassen der täglichen Arbeitsaufnahme und -beendigung denkbar.



Jedenfalls kann in der vorliegenden Konstellation auf eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung nicht verzichtet werden. Nachdem vorliegend keine solche geführt wurde, besteht mangels kontrollierbarem Arbeitsausfall gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG grundsätzlich kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

3.

3.1. Die Beschwerdeführerin leitet einen Vertrauenstatbestand aus dem Umstand ab, dass die Beschwerdegegnerin die Kurzarbeitsentschädigung nach jeweils umfangreicher, teils auch juristischer Prüfung der eingereichten Dokumente wiederholt und laufend während beinahe zwei Jahren ausgerichtet habe. Sie habe davon ausgehen können, dass sie die Kurzarbeitsentschädigung zu Recht zugesprochen erhalten habe. Ohne diese Entschädigung hätte sie Massnahmen (Kündigungen) einleiten müssen (act. G1 S. 2, act. G7 S. 4). Die Beschwerdeführerin übersieht dabei, dass die Zustimmung des AWA zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung jeweils ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass "die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt" seien, erfolgte. Und die zuständige Arbeitslosenkasse kontrolliert 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). Die Überprüfung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist dagegen nicht Sache der KAST 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; AVIG-Praxis KAE, B36, mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 29. Dezember 2011, 8C_469/2011, E. 6.2.1.2). Die Beschwerdegegnerin hat nämlich bei der Entschädigungszahlung nicht eingehend zu prüfen, ob alle Voraussetzungen für den



Entschädigungsanspruch erfüllt sind. Sie verfügt in diesem Moment meist nicht über alle notwendigen Informationen über die von der jeweiligen Arbeitgeberin eingeführte Kontrollmethode, da diese die entsprechenden Unterlagen nicht zum Zeitpunkt der Kurzarbeit aushändigen, sondern für eventuelle spätere Kontrollen aufbewahren muss (Urteil des Bundesgerichts vom 27. Oktober 2003, C 208/02, E. 4.3).

3.2. Soweit die Beschwerdeführerin die Ansicht vertritt, von der Beschwerdeführerin oder vom AWA ungenügend informiert und damit entgegen dem Grundsatz von Treu und Glauben behandelt worden zu sein, kann ihr nicht gefolgt werden. Sie ist auf jedem Formular "Anmeldung von Kurzarbeit" auf das Folgende hingewiesen worden: "Zudem nehme ich zur Kenntnis, dass ich für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) führen muss. Diese beinhaltet die täglich geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden [...]" (vgl. das erste Formular in ALK-act. 985 und das letzte Formular in ALK-act. 516). Und auch auf den Verfügungen, mit welchen das AWA die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vorbehältlich der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen bewilligte, wird – wie von der Beschwerdeführerin eingeräumt – auf die Notwendigkeit einer Arbeitszeitkontrolle hingewiesen, die täglich über unter anderem die geleisteten Arbeitsstunden und die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden Auskunft gibt. Gleichzeitig wurde in den Verfügungen auf die Broschüre für Arbeitgeber "Info-Service-Kurzarbeitsentschädigung" hingewiesen. Um sicherzugehen, dass ihre "Zeiterfassungssoftware" diese monatlich erwähnte Voraussetzung zu erfüllen vermag, hätte die Beschwerdeführerin konkret danach fragen können, zumal ihr bewusst sein musste, dass mit der von ihr verwendeten Software nur Teile der täglichen Arbeit ihrer Arbeitnehmenden erfasst werden respektive dass diese Zeiterfassung Lücken aufweist. Dass eine solche Nachfrage getätigt und ihr eine falsche Auskunft erteilt worden wäre, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und solches ist auch den Akten nicht zu entnehmen. Auch wenn die Beschwerdeführerin zu Recht darauf hinweist, dass von ihr umfangreiche Korrespondenz mit der Beschwerdegegnerin geführt worden ist, so hat sich diese Korrespondenz nicht auf die vorliegend relevante Anspruchsvoraussetzung und die dafür von der Beschwerdeführerin zu führende Arbeitszeitkontrolle bezogen. Nachdem sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine – auch durch konkludentes Verhalten herbeigeführte (Auszahlung über einen längeren Zeitraum) oder durch unterbliebene Auskunft geschaffene – Vertrauensgrundlage berufen kann, brauchen die weiteren von ihr aufgeführten Voraussetzungen, um sich erfolgreich auf eine falsche oder fehlende Auskunft berufen zu können, nicht (mehr) geprüft zu werden.



3.3. Die Beschwerdeführerin macht sodann einen Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung geltend. Im Jahr 2013 sei für Mitarbeitende der B.____ AG für zwei Monate Kurzarbeitsentschädigung beantragt worden. Da die Zeit-Rapportierung auf demselben Prinzip der Arbeitszeiterfassung (wie bei der Beschwerdeführerin) beruht habe und damals nicht beanstandet worden sei, habe sie davon ausgehen dürfen, dass noch dieselben Anordnungen gültig seien. Einerseits ist davon auszugehen, dass damals die Anspruchsvoraussetzung der Arbeitszeitkontrolle nicht überprüft worden ist, da dies – wie vorstehend in E. 3.1 erläutert – grundsätzlich in die Kompetenz des Seco fällt. Andererseits wären vorliegend die Voraussetzungen für eine Gleichbehandlung im Unrecht (vgl. BGE 126 V 390 E. 6a) klarerweise nicht erfüllt.

3.4. Die Frage der Arbeitszeitkontrolle der Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin kann nach dem Gesagten auch nach Prüfung der Verfassungsgarantien nicht abweichend vom materiellen Recht beurteilt werden, weshalb die von ihr zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung angemeldeten Beschäftigten für die Zeit vom 12. Mai 2020 bis Februar 2022 nicht anspruchsberechtigt waren.

4.

4.1. Vorliegend wurden die Leistungen jeweils im formlosen Verfahren zugesprochen (Auszahlungsabrechnungen). Nachdem die Beschwerdegegnerin Leistungen zurückfordert, deren Abrechnungen im Zeitpunkt des Erlasses der Rückforderungsverfügung (21. März 2022) bereits länger als 30 Tage zurücklagen (letzte Abrechnungen vom 27. Januar 2022 betreffend August bis November 2021 [ALK-act. 417 bis 420]), ist für sämtliche Abrechnungen ein Rückkommenstitel notwendig (vgl. vorstehende Erwägung 1.3.2).

4.2. Die Beschwerdegegnerin sah im Umstand der fehlenden Arbeitszeitkontrolle einen Wiedererwägungsgrund. Nachdem die entsprechende Tatsache zwar bereits im Zeitpunkt des Verfügungserlasses existierte, der Beschwerdegegnerin bis zu einem Telefonat mit der Arbeitgeberin vom 15. März 2022 (ALK-act. 383) aber noch nicht bekannt gewesen war, ist von einem Revisionsgrund im Sinne einer prozessualen Revision auszugehen. Zudem handelt es sich um eine "erhebliche" Tatsache, da das Bestehen einer täglich fortgeführten Arbeitszeiterfassung anspruchswesentlich ist (vgl. vorstehende Erwägungen 1.1 und 1.3.2). Die Beschwerdegegnerin hat sich sodann die fehlende Kenntnis dieser Tatsache nicht entgegenhalten zu lassen, da die Kontrolle der Arbeitszeiterfassung grundsätzlich dem Seco obliegt (vgl. vorstehende E. 3.1) und der Mangel normalerweise – hätte nicht die Beschwerdeführerin telefonisch am 15. März 2022 selber darauf hingewiesen – erst anlässlich einer allfälligen Arbeitgeberkontrolle



entdeckt worden wäre. Indem die Beschwerdegegnerin bereits am 21. März 2022 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. In betraglicher Hinsicht werden keine Beanstandungen betreffend die Rückforderung gemacht und es sind auch keine solchen ersichtlich. Die Rückforderung in der Höhe von Fr. 243'173.55 erweist sich damit als rechters. Zudem hat die Beschwerdegegnerin zu Recht auch für die Monate Januar und Februar 2022 die Anspruchsvoraussetzungen verneint.

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben, nachdem das AVIG keine solchen vorsieht (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG).

Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.