



**8C 306/2023**

**Urteil vom 7. März 2024**

#### **IV. öffentlich-rechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichter Wirthlin, Präsident,  
Bundesrichter Maillard, Bundesrichterinnen Heine, Viscione, Bundesrichter Métral,  
Gerichtsschreiberin Berger Götz.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Markus Lüthi,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO),  
Direktion, Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung, TCJD, Holzikofenweg 36, 3003 Bern,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Arbeitslosenversicherung  
(Kurzarbeitsentschädigung; Rückforderung),

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 4. April 2023  
(B-3048/2021).

#### **Sachverhalt:**

**A.**  
Die A. \_\_\_\_\_ AG handelt mit Neu- und Occasionswagen und betreibt eine Autowerkstätte für Service- und Reparaturarbeiten. Sie bezog für ihre Mitarbeitenden während der Covid-19-Pandemie, in der Zeit von März 2020 bis Februar 2021, Kurzarbeitsentschädigung im Gesamtbetrag von Fr. 407'020.05. Nach einer Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 forderte das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) unrechtmässig bezogene Versicherungsleistungen von Fr. 256'162.15 zurück (Revisionsverfügung vom 6. April 2021). Daran hielt es auf Einsprache hin fest (Einspracheentscheid vom 1. Juni 2021).

**B.**  
Das Bundesverwaltungsgericht wies die dagegen erhobene Beschwerde ab (Urteil vom 4. April 2023).

**C.**

Die A. \_\_\_\_\_ AG lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, in Aufhebung des angefochtenen Urteils sei die Kurzarbeitsentschädigung für die Monate März 2020 bis Februar 2021 auf Fr. 258'181.70 festzusetzen und die Rückforderung sei auf Fr. 98'219.70 zu reduzieren; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an das Bundesverwaltungsgericht oder an das SECO zurückzuweisen. Ferner sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Das Bundesverwaltungsgericht verzichtet auf eine Stellungnahme, während das SECO auf Abweisung der Beschwerde schliesst.

Die A. \_\_\_\_\_ AG äussert sich in einer weiteren Eingabe zur Vernehmlassung des SECO.

#### **D.**

Mit Verfügung vom 7. September 2023 erteilt der Instruktionsrichter der Beschwerde aufschiebende Wirkung.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG; zum Ganzen: BGE 145 V 57 E. 4).

#### **2.**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie die vom Beschwerdegegner am 6. April 2021 verfügte und mit Einspracheentscheid vom 1. Juni 2021 bestätigte Rückforderung zu Unrecht an die Beschwerdeführerin ausbezahlter Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von insgesamt Fr. 256'162.15 schützte.

#### **3.**

##### **3.1.**

**3.1.1.** Nach Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass ihre Arbeitsplätze durch Kurzarbeit erhalten werden können. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG). Art. 46b AVIV präzisiert, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetzt (Abs. 1) und der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Abs. 2). Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (ARV 2010 S. 303). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Art. 47 Abs. 3 lit. a in Verbindung mit Art. 42 Abs. 3 und Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG sowie Art. 46b AVIV; Urteil 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1 mit Hinweis).

**3.1.2.** Die Verordnung des Bundesrates über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033; einschliesslich ihrer bisherigen Änderungen [AS 2020 877, 1075, 1201]) legt Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit fest, enthält aber für die hier zu beurteilende Problematik keine Abweichungen vom dargelegten Recht.

**3.2.** Unrechtmässig ausgerichtete Leistungen der Arbeitslosenversicherung können zurückgefordert werden (Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG), sofern die Voraussetzungen für ein wiedererwägungs- oder revisionsweises Zurückkommen auf die formell

rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung gegeben sind (Art. 53 ATSG; BGE 130 V 318 E. 5.2; 129 V 110 mit Hinweisen).

#### 4.

**4.1.** Das Bundesverwaltungsgericht kam nach Sichtung der Unterlagen und Würdigung der Vorbringen zum Schluss, es gelinge der Beschwerdeführerin nicht, die Nichtvorlage von Zeiterfassungsbelegen für mehrere Mitarbeiter anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 und die Bestätigung des Fehlens dieser Zeiterfassungsbelege auf dem Formular "Arbeitgeberkontrolle betr. Kurzarbeits-/Schlechtwetterentschädigung - geprüfte Unterlagen" vom 24. März 2021 auf unklare Informationen im Vorfeld, unverschuldete Missverständnisse, Irrtümer oder eine Stress- und Drucksituation der Geschäftsführerin zurückzuführen. Das SECO habe aus der Sachlage und der schriftlichen Bestätigung der Beschwerdeführerin vom 24. März 2021 den Schluss ziehen können, dass der Arbeitsausfall der betroffenen Mitarbeiter nicht ausreichend dokumentiert gewesen sei. Die mit Einsprache vom 19. April 2021 und damit nachträglich eingereichten Arbeitszeiterfassungen würden aus unterschiedlichen Gründen die gesetzlichen Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 46b Abs. 1 AVIV nicht erfüllen. Mangels offensichtlicher Authentizität der Belege sei die erforderliche Kontrollierbarkeit nicht gewährleistet, weshalb diese nicht zu berücksichtigen seien. Eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben gemäss Art. 5 Abs. 3 BV und des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV liege ebenfalls nicht vor. Es fehle bereits an einer Vertrauensgrundlage. Denn es liege lediglich eine Aussage der Beschwerdeführerin vor, wonach das SECO ihr nach Kenntnisnahme der Höhe der Rückforderung gemäss Revisionsverfügung vom 6. April 2021 telefonisch bestätigt habe, sie könne Arbeitszeiterfassungsbelege nachreichen, die alsdann noch berücksichtigt würden. Sonstige Anhaltspunkte für eine solche Zusage seien nicht ersichtlich. Sodann existierten auch keine Hinweise für eine Fehlinformation oder ein widersprüchliches Verhalten seitens der Beschwerdegegnerin. In Bezug auf die Arbeitnehmenden B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ fehle es unter diesen Umständen an der Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls und mithin an einer Voraussetzung für den rechtmässigen Bezug von Kurzarbeitsentschädigung. Folgerichtig ent falle die Anspruchsberechtigung auch für die Monate April, Mai, Juli, August und Oktober 2020, da sich der wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall in dieser Zeit nun gesamtbetrieblich auf weniger als 10 % der durch die Arbeitnehmenden normalerweise geleisteten Arbeitsstunden belaufen habe. Wegen (teilweise) ungenügender Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls fehle es zusammenfassend an einer materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der Kurzarbeitsentschädigung in der umstrittenen Höhe. Dadurch erweise sich die Leistungszusprache im Umfang von Fr. 256'162.15 als unrichtig, weshalb die Beschwerdeführerin eine entsprechende Rückerstattungspflicht treffe.

**4.2.** Die Beschwerdeführerin macht geltend, Frau I.\_\_\_\_\_ (Geschäftsführerin der A.\_\_\_\_\_ AG) sei anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 in einer aussergewöhnlichen Druck- und Stresssituation gewesen, weshalb sie einem folgenschweren Irrtum unterlegen sei. Sie habe geglaubt, die Kontrolleure wollten nur die Zeiterfassungsbelege der Mechaniker mitnehmen, während für die Mitarbeitenden im administrativen Bereich die bereits im Rahmen der Anmeldung der Kurzarbeit eingereichten Excel-Tabellen genügten. Für die Nichtberücksichtigung der (nach Entdeckung des Irrtums) nachgereichten Unterlagen fehle eine gesetzliche Grundlage. Dass nachträglich eingereichte Unterlagen nur dann zu berücksichtigen seien, wenn sie gemäss der vom Bundesverwaltungsgericht neu eingeführten Definition "offensichtlich authentisch" seien, lasse sich weder aus Art. 46b Abs. 1 AVIV noch aus Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG ableiten. Vielmehr müsse der Nachweis, dass eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle vorliege, genügen, auch wenn diese nicht anlässlich der Arbeitgeberkontrolle, sondern erst später nachgereicht werde. Das SECO vermöge letztinstanzlich ebenfalls keine gesetzliche Grundlage für die unzulässige Hürde bzw. das unzulässige Beweismass der "offensichtlichen Authentizität" zu nennen. Es gebe schlicht keine. Den Beweis zu erbringen, dass Zeiterfassungsbelege nicht nachträglich im oder ausserhalb des "Systems" erstellt oder modifiziert worden seien, sei unmöglich. Die rechtsfehlerhafte prozessuale Formstrenge sei exzessiv und durch kein schutzwürdiges Interesse zu rechtfertigen. Art. 46b Abs. 1 AVIV in diesem Sinne zu verstehen, sei überspitzt formalistisch. Faktisch werde damit die nachträgliche Einreichung von Zeiterfassungsbelegen gänzlich verunmöglicht, was die "Verwirklichung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigungen" verhindern würde. Indem die nachgereichten Belege nicht berücksichtigt worden seien, sei der Sachverhalt qualifiziert unrichtig und unvollständig festgestellt worden.

#### 5.

**5.1.** Es ist unbestritten, dass die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 ein Dokument unterzeichnet hatte, in dem namentlich festgehalten wird, dass für neun ausdrücklich genannte Mitarbeitende keine Arbeitszeiterfassung (bzw. lediglich eine Absenzenkontrolle) existiere. Auf dem Formular wird ausserdem vermerkt, dass die unterzeichnende Person mit rechtsgültiger Unterschrift die Richtigkeit dieser Verlautbarungen bestätige und nachträglich eingereichte Unterlagen eine im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle fehlende betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht ersetzen könnten. Die Beschwerdeführerin beruft sich auf einen Irrtum der Geschäftsführerin und möchte die geltend gemachten Ausfallstunden mit den nachgereichten Zeiterfassungsbelegen für sieben der genannten Mitarbeitenden belegen.

**5.1.1.** Das SECO weist in seiner Vernehmlassung diesbezüglich nicht ohne Grund darauf hin, dass es der Geschäftsführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle freigestanden hätte, das Formular nicht zu unterzeichnen oder vorgängig eine Korrektur zu verlangen, falls sie der Ansicht gewesen wäre, die darin festgehaltenen Angaben seien nicht richtig. Mit Blick darauf, dass sie bezüglich der bezeichneten Personen eine fehlende Arbeitszeiterfassung unterschriftlich bestätigt hat, können die vom Bundesverwaltungsgericht gestellten Anforderungen an die Beweiskraft der nachträglich eingereichten Belege keineswegs als willkürlich hoch bezeichnet werden. Ob generell bei nachgereichten Zeiterfassungsbelegen eine offensichtliche Authentizität im Sinne der vorinstanzlichen Erwägungen vorliegen muss, damit sie überhaupt einer weiteren Prüfung zu unterziehen sind, kann hier jedoch offenbleiben. Die Beschwerdeführerin berücksichtigt bei ihren Rügen nicht, dass die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht die nachgereichten Unterlagen hätte berücksichtigen müssen oder ob das SECO allenfalls zu einer zweiten Arbeitgeberkontrolle vor Ort gehalten gewesen wäre, wie dies letztinstanzlich gefordert wird, die Beweiswürdigung beschlägt. Die richterliche Beweiswürdigung (einschliesslich die Würdigung von Indizien und fallbezogene Wahrscheinlichkeitsüberlegungen etc.) gilt als Tatfrage (vgl. JOHANNA DORMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl. 2018, N. 34a zu Art. 105 BGG), die das Bundesgericht lediglich auf offensichtliche Unrichtigkeit und Rechtsfehlerhaftigkeit hin zu überprüfen befugt ist (Art. 105 Abs. 2 BGG; **BGE 146 V 240** E. 8.2).

**5.1.2.** Im Rahmen dieser Beweiswürdigung ist zu beachten, dass sich die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen regelmässig einzig anhand von detaillierten betrieblichen Unterlagen, namentlich auf Grund eines hinreichenden Zeiterfassungssystems (im Sinne des Erfordernisses der täglich fortlaufenden Aufzeichnung) feststellen lässt (vgl. Urteil **8C\_276/2019** vom 23. August 2019 E. 5.1). Daher spricht vieles dafür, dass die Beschwerdeführerin eine solche echtzeitlich erstellte Arbeitszeiterfassung für die bezeichneten neun Mitarbeitenden bei der Arbeitgeberkontrolle unverzüglich vorgelegt hätte, falls eine solche vorhanden gewesen wäre. Dies durften Verwaltung und Vorinstanz durchaus mit der Forderung nach einer "offensichtlichen Authentizität" der nachgereichten Belege berücksichtigen. Zusätzlich ist, wie das SECO in seiner Vernehmlassung einbringt, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Arbeitgeberkontrollen gemäss Art. 83a Abs. 3 AVIG in Verbindung mit Art. 110 Abs. 4 AVIV vor Ort bei den Arbeitgebern durchgeführt werden, was die Möglichkeit eröffnet, die vorgelegte Arbeitszeiterfassung anhand von anderen bei der Kontrolle aufgefundenen betrieblichen Unterlagen abzugleichen und auf ihre Korrektheit zu prüfen. Die erst im Nachhinein eingereichten Arbeitszeitbelege für die Mitarbeitenden, die gemäss dem von der Geschäftsführerin am 24. März 2021 unterschriebenen Dokument ihre Arbeitszeit nicht erfassen, stellen aufgrund der gesamten Fallumstände, die von der Vorinstanz eingehend erörtert wurden, kein adäquates Mittel für die Überprüfung des Arbeitsausfalles dar. Denn es lässt sich nicht kontrollieren, ob damit eine täglich fortlaufende Aufzeichnung vorliegt (vgl. ARV 2010 S. 303, **8C\_1026/2008** E. 4.2). Die Vorinstanz war demgemäss entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht gehalten, weitere Sachverhaltsabklärungen in die Wege zu leiten oder die nachgereichten Zeiterfassungsbelege noch eingehender zu prüfen (Art. 43 Abs. 1 und 61 lit. c ATSG; antizipierende Beweiswürdigung; **BGE 144 V 361** E. 6.5; **136 I 229** E. 5.3).

**5.2.** Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, für die Nichtberücksichtigung der nachgereichten Unterlagen fehle eine gesetzliche Grundlage und Art. 46b AVIV werde fehlerhaft und überspitzt formalistisch angewendet. Wie bereits erwähnt, setzt die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles gemäss Art. 46b Abs. 1 AVIV eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus, wobei die Beweislast für den Arbeitsausfall unstrittig dem Arbeitgeber obliegt (vgl. E. 3.1.1 hiavor). Das Bundesverwaltungsgericht ist nach umfassender, willkürfreier Würdigung der Umstände zum Schluss gelangt, dass die nachträglich zugestellten Zeiterfassungsbelege als nicht offensichtlich authentisch

qualifiziert werden und in der Folge unberücksichtigt bleiben durften. Dabei entspricht seine Forderung nach Authentizität der nachgereichten Zeiterfassung - verstanden als echtzeitliche, täglich fortlaufende Aufzeichnung der Arbeitsstunden - der bundesgerichtlichen Praxis (vgl. E. 5.1.2 hiervor mit Hinweis). Ob nachgereichte Dokumente generell "offensichtlich" authentisch zu sein haben, um berücksichtigt werden zu können, muss an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Die Rügen der fehlenden gesetzlichen Grundlage und des überspitzten Formalismus zielen jedenfalls ins Leere.

**6.**

Indem die Vorinstanz zusammenfassend erkannte, dass es wegen ungenügender Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls an einer materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der umstrittenen Kurzarbeitsentschädigung fehle, stellte sie weder den Sachverhalt willkürlich fest, noch verletzte sie sonst wie Bundesrecht. Die Leistungszusprache war insoweit unrichtig und die Rückforderungsvoraussetzungen (Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG) sind erfüllt.

**7.**

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Bundesverwaltungsgericht und der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 7. März 2024

Im Namen der IV. öffentlich-rechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Wirthlin

Die Gerichtsschreiberin: Berger Götz