



Abteilung II
B-5863/2020

Urteil vom 1. März 2022

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die X. _____ AG, (Angaben zum Sitz) (nachfolgend: Beschwerdeführerin), wurde 2017 ins Handelsregister eingetragen und bezweckt das Führen eines Gastronomiebetriebs sowie das Angebot von Beratungsdienstleistungen in den Bereichen Gastronomie und Hotellerie. Ausserdem bezweckt die Gesellschaft den Handel mit Waren aller Art.

A.a Am 14. März 2020 meldete die Beschwerdeführerin beim Amt für Arbeitslosenversicherung AVA des Kantons Y. _____ Kurzarbeit (nachfolgend: kantonales Amt) für den gesamten Betrieb an (13 Arbeitnehmende: 7 Mitarbeitende im Monatslohn und 6 Mitarbeitende im Stundenlohn, wovon eine Person in gekündigtem Verhältnis). Die Voranmeldung ging am 16. März 2020 bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Y. _____ (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) ein und lag am 18. März 2020 dem kantonalen Amt vor.

A.b Mit Verfügung vom 1. April 2020 bewilligte das kantonale Amt der Beschwerdeführerin Kurzarbeit für den Zeitraum vom 16. März 2020 bis zum 15. September 2020 unter Vorbehalt der Erfüllung der weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Diese Verfügung wurde mit Entscheid vom 14. August 2020 aufgrund von Änderungen der Rechtsgrundlagen im Zusammenhang mit der Coronapandemie in Wiedererwägung gezogen und die Kurzarbeit für den Zeitraum vom 16. März 2020 bis zum 31. August 2020 bewilligt. Die Arbeitslosenkasse richtete der Beschwerdeführerin für den Zeitraum März bis April 2020 Kurzarbeitsentschädigungen von insgesamt Fr. 61'248.25 aus.

A.c Am 1. September 2020 führte der Revisionsdienst der Arbeitslosenversicherung eine Arbeitgeberkontrolle im Betrieb der Beschwerdeführerin durch und überprüfte die beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen auf ihre Rechtmässigkeit hin.

A.d Mit Revisionsverfügung vom 9. September 2020 kam das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin Versicherungsleistungen für den Zeitraum von März bis April 2020 in der Höhe von Fr. 19'191.80 unrechtmässig bezogen habe. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, dass nur so viele Ausfallstunden anerkannt werden könnten, wie aufgrund der arbeitsvertraglich vereinbarten Sollarbeitszeit maximal möglich seien. Zudem hätten die Ar-

beitnehmenden gestützt auf den Gesamtarbeitsvertrag für das Gastgewerbe einen Anspruch auf 0.5 Feiertage pro Monat (sechs bezahlte Feiertage pro Kalenderjahr), weshalb dafür im April keine Kurzarbeitsausfälle anerkannt werden könnten. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten schliesslich diejenigen fünf Mitarbeitenden, die im Stundenlohn auf Abruf beschäftigt und vor Einführung der Kurzarbeit nicht sechs Monate angestellt gewesen seien.

A.e Mit Einsprache vom 8. Oktober 2020 anerkannte die Beschwerdeführerin, dass sie für einen halben Tag im April 2020 keine Kurzarbeitsentschädigungen geltend machen durfte, beantragte aber darüber hinaus sinngemäss die Aufhebung der Rückforderung.

B.

Mit Entscheid vom 22. Oktober 2020 hiess die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin teilweise gut und hob die Verfügung vom 9. September 2020 auf (Dispositiv-Ziff. 1). Sie reduzierte die Rückforderung auf Fr. 18'962.75 (Dispositiv-Ziff. 2), da bei einer Mitarbeiterin die durchschnittliche Sollarbeitszeit falsch ermittelt worden war, weshalb diesbezüglich die ursprüngliche Berechnung der Beschwerdeführerin akzeptiert wurde. Die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen seien innert 90 Tagen der Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten (Dispositiv-Ziff. 3).

C.

Mit Eingabe vom 22. November 2020 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht und teilte gleichzeitig mit, dass sie ein Erlassgesuch gestellt habe, weshalb das Beschwerdeverfahren zu sistieren sei.

D.

Mit Zwischenverfügung vom 24. November 2020 sistierte das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren einstweilen.

E.

Mit Eingabe vom 23. Mai 2021 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass die zuständige Arbeitslosenkasse sie nun darüber informiert habe, dass das Erlassgesuch nicht bearbeitet werden könne, weil dessen Prüfung vom Beschwerdeverfahren abhängt. Die Beschwerdeführerin ersuchte um Wiederaufnahmen des Verfahrens.

F.

Mit Zwischenverfügung vom 31. Mai 2021 nahm das Bundesverwaltungsgericht das Beschwerdeverfahren wieder auf, erhob von der Beschwerdeführerin einen Kostenvorschuss und setzte ihr eine Nachfrist zur Beschwerdeverbesserung.

G.

Mit Beschwerdeverbesserung vom 20. Juni 2021 beantragt die Beschwerdeführerin die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Einspracheentscheids. Die Arbeitnehmenden A._____, B._____, C._____, D._____ und E._____ seien nicht als Mitarbeitende auf Abruf, sondern als Mitarbeitende im Stundenlohn mit regelmässigem Arbeitspensum zu bezeichnen.

H.

Mit Eingabe vom 16. September 2021 ersuchte die Vorinstanz um Fristerstreckung zur Erstattung der Vernehmlassung. Das Bundesverwaltungsgericht hiess das Fristerstreckungsgesuch gut.

I.

Mit Eingabe vom 5. Oktober 2021 erklärte die Beschwerdeführerin, dass ihrer Ansicht nach die Sache spruchreif sei und die von der Vorinstanz geltend gemachten Fristerstreckungsgründe nicht hinreichend seien, weshalb sie mit der Fristerstreckung nicht einverstanden sei.

J.

Mit Vernehmlassung vom 14. Oktober 2021 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung der (korrigierten) Rückforderungssumme von Fr. 18'962.75.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben nach Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1). Gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG sind die Bestimmungen des ATSG auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht, was soweit in diesem Zusammenhang interessierend nur hinsichtlich der vom ATSG abweichend geregelten Beschwerdeinstanz zutrifft (vgl. Art. 101 AVIG).

1.3 Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, bestimmte Arbeitnehmende seien nicht als Mitarbeitende auf Abruf, sondern als solche im Stundenlohn mit regelmässigem Arbeitspensum zu bezeichnen, ist von einem Feststellungsbegehren auszugehen. Grundsätzlich sind Feststellungsentscheide gegenüber rechtsgestaltenden bzw. leistungsverpflichtenden Verfügungen subsidiär (BGE 131 I 166 E. 1.4; Urteil des BGer 2C_963/2017 vom 25. Juli 2018 E. 1.2). Das fragliche Rechtsbegehren hat keine selbständige Bedeutung, weil mit dem Gestaltungsbegehren dasselbe erreicht werden kann, namentlich die beantragte Aufhebung der Rückforderung im Umfang, als sie ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen für Mitarbeitende auf Abruf betrifft. Auf das Feststellungsbegehren ist daher nicht einzutreten.

1.4 Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220). Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG), hat den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und (innert der gewährten Nachfrist) formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 VwVG). Auf die Beschwerde ist insoweit einzutreten, als die Aufhebung von Dispositiv-Ziff. 2 und 3 des angefochtenen Einspracheentscheids beantragt wird.

2.

2.1 Die Vorinstanz begründet die Rückforderung erstens damit, dass die Beschwerdeführerin im März 2020 mehr Ausfallstunden geltend gemacht habe, als ab Bewilligungsbeginn am 16. März 2020 aufgrund der mit den im Monatslohn angestellten Mitarbeitenden vertraglich vereinbarten Sollarbeitszeit möglich gewesen sei. Die Gutheissung und Auszahlung der zu hohen Entschädigung durch die Arbeitslosenkasse ändere daran nichts.

Zweitens habe die Beschwerdeführerin für fünf auf Abruf bzw. nach betrieblichen Anforderungen und gegenseitiger Absprache im Stundenlohn beschäftigte Arbeitnehmende, die vor Einführung der Kurzarbeit noch nicht sechs Monate angestellt gewesen seien, Kurzarbeitsentschädigungen geltend gemacht. Aufgrund der ausserordentlichen Situation zufolge der Coronapandemie hätten in Abweichung zum geltenden Recht auch Arbeitnehmende auf Abruf Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gehabt, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens sechs Monate gedauert habe. Mit den im Stundenlohn beschäftigten Arbeitnehmenden sei in den Arbeitsverträgen kein (Mindest-)Pensum vereinbart worden. Sie würden nach gegenseitiger Absprache und somit grundsätzlich auf Abruf eingesetzt. Da diese fünf Mitarbeitenden noch nicht sechs Monate angestellt gewesen seien, bestünde für sie kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Ob sie regelmässig beschäftigt worden seien bzw. wären, könne aufgrund der kurzen Beschäftigungsdauer nicht beurteilt werden. Eine andere Auslegung der fraglichen Bestimmung würde diese ihres Sinns und Zwecks berauben.

2.2 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe die Ausfallstunden für März 2020 korrekt abgerechnet. Ihre Ansprechperson bei der zuständigen regionalen Arbeitsvermittlungsstelle (RAV) habe jedoch erklärt, sie benötige "die effektiven Stunden des gesamten Monats". Daraufhin habe die Beschwerdeführerin ihr gegenüber festgehalten, dass die Arbeitslosenkasse dann aber auch für die Ausfallstunden der ersten Märzhälfte aufkommen würde. Es sei ihr versichert worden, dass dies in Ordnung sei, weshalb sie daraufhin eine korrigierte Abrechnung eingereicht habe. Sie habe nur die Anweisung des RAV befolgt und sei nicht bereit, die Kostenfolge dieser Unstimmigkeit zwischen zwei Amtsstellen zu tragen. Aus dem Leitfaden von GastroSuisse vom 14. April 2020 zur Abrechnung von Kurzarbeit gehe hervor, dass die fraglichen fünf Mitarbeitenden regelmässig arbeitende Stundenlöhner seien. Die Beschwerdeführerin habe mit diesen Mitarbeitenden mündlich verbindlich ein Mindestpensum vereinbart, an das man sich gehalten habe. Es handle sich daher nicht um Mitarbeitende auf Abruf, sondern um solche im Stundenlohn mit regelmässigem Pensum. Sie hätten ein Recht auf Einsatz gehabt und seien im Einsatzplan vier Wochen zum Voraus aufgeführt gewesen. Auf dem Einsatzplan sei das wöchentliche Pensum in Prozenten ersichtlich gewesen. Die Beschwerdeführerin habe stets zum Wohl ihrer Mitarbeitenden und in gutem Glauben gehandelt, dass die Abrechnungen gesetzlich einwandfrei gewesen seien, da keine Abrechnung beanstandet worden sei und keine weiteren Unterlagen eingefordert worden seien.

3.

3.1 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32 AVIG), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist, der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Als normale Arbeitszeit gilt die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig (Art. 46 Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]). Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG). Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG).

3.2 Es ist unbestritten, dass in der Abrechnung für März 2020 Arbeitsausfälle enthalten waren, die vor dem Bewilligungsbeginn am 16. März 2020 lagen und damit mehr Ausfallstunden geltend gemacht worden sind, als ab Bewilligungsbeginn aufgrund der mit den im Monatslohn angestellten Mitarbeitenden vertraglich vereinbarten Sollarbeitszeit möglich gewesen ist. Die Vorinstanz erklärt, diese Arbeitsausfälle seien nicht anrechenbar und die entsprechenden Auszahlungen daher zu Unrecht erfolgt. Die Beschwerdeführerin bringt vor, zuerst korrekt abgerechnet zu haben und erst nach Intervention ihrer Ansprechperson des RAV im April 2020 eine korrigierte Abrechnung eingereicht zu haben. Sie habe lediglich deren Anweisung befolgt. Der Sache nach bestreitet die Beschwerdeführerin die diesbezügliche Rückforderung somit nicht. Sie macht insbesondere nicht geltend, dass vor Anspruchsbeginn am 16. März 2020 liegende Arbeitsausfälle anrechenbar seien. Die Beschwerdeführerin beruft sich vielmehr einzig auf den Vertrauensgrundsatz.

3.2.1 Der in Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (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 behörd-

liche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Die Voraussetzung für eine Berufung auf Vertrauensschutz, die unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten kann, ist erfüllt: 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 143 V 341 E. 5.2.1 m.H.).

3.2.2 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin drei Anträge zur Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigungen für März 2020 eingereicht hatte: am 24. März 2020 (Summe Soll-Stunden: 700; Summe Ausfallstunden: 700; geltend gemachte Entschädigung: Fr. 19'348.–), am 7. April 2020 (Summe Soll-Stunden: 836; Summe Ausfallstunden: 836; geltend gemachte Entschädigung: Fr. 20'128.35) sowie am 9. April 2020 (Summe Soll-Stunden: 1'565.88; Summe Ausfallstunden: 978.73; geltend gemachte Entschädigung: Fr. 23'507.70). Der Unterschied zwischen der ersten und der zweiten Abrechnung liegt in der Berechnungsmethode, die vorliegend nicht umstritten ist. Im Unterschied zur zweiten weist die dritte Abrechnung aber Arbeitsausfälle vor dem 16. März 2020 aus.

3.2.3 Der fraglichen E-Mailkorrespondenz der Beschwerdeführerin mit ihrer Ansprechperson des RAV, von der sie erklärt, diese habe keinen Zweifel an ihrem Handeln aufkommen lassen, liegt ebenfalls bei den Akten. Daraus geht hervor, dass die Beschwerdeführerin am 7. April 2020 "Unterlagen" einreichte, die "effektive Werte" enthielten, im Unterschied zur früher eingereichten Abrechnung, die nach Angaben der Beschwerdeführerin aufgrund geschätzter Werte erstellt worden sei. Tags darauf antwortete die Ansprechperson des RAV: "Auf dem Dokument welches ich Ihnen im Anhang eingefügt habe könnten Sie alle Personen aufführen welche im Betrieb arbeiten auch die Personen welche in einem Arbeitgeber ähnlichen Arbeitsverhältnis stehen, da diese Ja nicht den Lohn sondern eine Pauschale von CHF 4150.– erhalten." Ferner wies sie auf ihre telefonische Erreichbarkeit hin. Am 8. April 2020 sendete die Beschwerdeführerin "wie besprochen [...] die Abrechnungen mit den Soll-Stunden für den ganzen Monat und den Ist-Stunden bis und mit 15. März." Die Ansprechperson des

RAV bedankte sich daraufhin und erklärte: "Jetzt ist klar daraus zu sehen was ich benötige." Sie bestätigte schliesslich die Freigabe der entsprechenden Zahlung. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, kann daraus zwar entnommen werden, dass die Durchführungsstelle der Arbeitslosenversicherung eine korrigierte Abrechnung verlangte, jedoch nicht ersichtlich ist, welche konkreten Vorgaben für die neuerliche Abrechnung gemacht worden waren oder gar die Mitteilung von vor dem 16. März 2020 liegenden Arbeitsausfällen verlangt worden war. Als Vertrauensgrundlage vermögen die fraglichen schriftlichen Ausführungen daher nicht zu genügen. Ihnen fehlt eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit bzw. es ist unklar, worin die eigentliche unrichtige behördliche Auskunft bestehen soll. Eine vom Gesetz abweichende Behandlung eines Rechtsuchenden als Folge des Vertrauensschutzes kann aber nur in Betracht fallen, wenn die Voraussetzungen des Vertrauensschutzes klar und eindeutig erfüllt sind (BGE 143 V 341 E. 5.3.1).

3.2.4 Selbst wenn man annehmen wollte, dass eine als Vertrauensgrundlage taugliche unrichtige behördliche Auskunft betreffend die geltend gemachten Arbeitsausfälle vor dem 16. März 2020 bestanden hätte, ist der Vorinstanz darin zuzustimmen, dass die Beschwerdeführerin ohne weiteres deren Unrichtigkeit hätte erkennen können und dies auch getan hat, indem sie in der Beschwerde erklärt, die Durchführungsstelle der Arbeitslosenversicherung darauf hingewiesen zu haben, dass dadurch auch Ausfallstunden ausserhalb des Bewilligungszeitraums einbezogen und entschädigt würden. Der Bewilligungszeitraum war durch die entsprechende Verfügung des kantonalen Amtes definiert und erlaubte nicht, Arbeitsausfälle vor dem Bewilligungsbeginn für den Erhalt von diesbezüglichen Kurzarbeitsentschädigungen anzuführen.

3.2.5 Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Arbeitslosenkasse keine vertiefte Prüfung aller Anspruchsvoraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigungen vorzunehmen hat (Urteil des EVG C 208/02 vom 27. Oktober 2003 E. 4.3). Es ist grundsätzlich Sache der kantonalen Amtsstelle, die Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen, im Zweifel geeignete Abklärungen vorzunehmen und gegebenenfalls Einspruch gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigungen zu erheben (Art. 36 Abs. 3 und 4 AVIG; BGE 124 V 75 E. 4b/aa). Die Kasse prüft die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 AVIG sowie die Voraussetzung nach Art. 32 Abs. 1 Bst. b AVIG (Art. 39 Abs. 1 AVIG) und ist nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (BGE 124 V 75 E. 4b/aa und bb). An-

zumerken ist jedoch, dass die erste zu nehmende Hürde bei der kantonalen Arbeitsstelle nicht "gewichtiger" ist (als die zeitlich nachgelagerte Prüfung durch die zuständige Arbeitslosenkasse), wird doch ebenfalls nicht deren "Zustimmung" verlangt, sondern nur, dass sie nicht durch "Einspruch" das Verfahren hemmt. Dieser Umstand weist darauf hin, dass im Normalfall keine Einwendungen der kantonalen Arbeitsstelle erwartet werden (Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2). Anlass zu ergänzenden Abklärungen können aber auch, wie vorliegend, erst die durch die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung nachträglich angeordneten Arbeitgeberkontrollen bilden. Die Rechtfertigung, dass dem Arbeitgeber wiederholt über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt worden sind, löst vor diesem Hintergrund keinen Vertrauensschutz aus und steht einer Rückforderung von Leistungsbeträgen nicht entgegen (vgl. zum Ganzen Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2).

3.3

3.3.1 Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Mangelnde Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls kann unter anderem daraus resultieren, dass sich die geschuldete Arbeitszeit nicht bestimmen lässt. Diese ergibt sich aus der vertraglich vereinbarten oder üblichen Arbeitszeit (vgl. Art. 46 Abs. 1 AVIG). Deshalb sind Angestellte auf Abruf, deren Arbeitszeit starken Schwankungen unterliegt, grundsätzlich nicht beitragsberechtigt. Da sie flexibel eingesetzt werden können, besteht keine vereinbarte Arbeitszeit, und aufgrund der starken Schwankungen lässt sich auch eine übliche Arbeitszeit nicht feststellen (Urteil des BVer B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 3.5.4). Ein Arbeitsausfall ist unter anderem dann nicht anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 Bst. b AVIG).

3.3.2 In Abweichung von den Art. 31 Abs. 3 Bst. a und 33 Abs. 1 Bst. b AVIG haben Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 Prozent), ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, sofern sie seit mehr als 6 Monaten in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet (Art. 8f Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20. März 2020 [SR 837.033], in der im vorliegend fraglichen Zeitraum bis zum

31. August 2020 gültig gewesenen Fassung [AS 2020 1201]). Die zuständige Behörde bestimmt den Arbeitsausfall auf der Basis der letzten 6 oder 12 Monate und rechnet den für die jeweilige Arbeitnehmerin oder den jeweiligen Arbeitnehmer günstigsten Arbeitsausfall an (Art. 8f Abs. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung).

3.3.3 Die Beschwerdeführerin hat für die Monate März und April 2020 Arbeitsausfälle für im Stundenlohn beschäftigte Mitarbeitende geltend gemacht. Die Vorinstanz führt aus, es müsse mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und aufgrund fehlenden Beobachtungszeitraums von sechs Monaten vor Beginn der Kurzarbeit davon ausgegangen werden, dass fünf dieser Arbeitsverhältnisse im Stundenlohn weder die Voraussetzungen von Art. 8f COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung erfüllten, noch eine normale Arbeitszeit mit Schwankungen von weniger als 20 % festgestellt werden könne. Somit sei der Arbeitsausfall i.S.v. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG nicht bestimmbar, weshalb die Auszahlung zu Unrecht erfolgt sei.

3.3.4 Aus den Akten geht hervor, dass keiner der fraglichen fünf Mitarbeitenden mehr als sechs Monate bei der Beschwerdeführerin angestellt war, als diese Kurzarbeit anmeldete und auch nicht, wenn man den betroffenen Zeitraum (März bis April 2020) dazu rechnete. Art. 8f Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ist somit nicht anwendbar. Das bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht. Sie rügt aber, es handle sich nicht um Mitarbeitende auf Abruf, weil mündlich ein fixes Pensum vereinbart und auch eingehalten worden sei.

3.3.5 Die fraglichen Arbeitsverträge der Mitarbeitenden im Stundenlohn halten unter dem Titel "Arbeitszeit | Ruhetage | Ferien | Feiertage" lediglich fest, dass die Einsätze regelmässig nach gegenseitiger Absprache erfolgen würden. Daraus lässt sich keine regelmässige Sollarbeitszeit feststellen. Dies deutet (zusammen mit dem Umstand, dass die Mitarbeitenden im Stundenlohn bezahlt sind) auf eine Abrufertätigkeit hin. Wenn die normale Arbeitszeit nicht gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung über die von den Arbeitnehmern zu leistende Arbeitszeit oder gestützt auf die im Beruf oder Erwerbszweig des Versicherten allgemein üblichen Arbeitszeit ermittelt werden kann und somit nicht verlässlich festzustellen ist, ob eine Änderung der effektiven Arbeitszeit tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstaufschlag bewirkt, ist der Arbeitsausfall nicht ausreichend bestimmbar. Letzteres kann namentlich bei Personen der Fall sein, welche eine Abruf- oder Aushilfstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber je nach Arbeitsanfall sporadisch eingesetzt werden, so dass sie nicht mit einer regelmässigen,

arbeitsvertraglich zugesicherten Zahl von Arbeitsstunden rechnen können (Urteil des BVGer B-5058/2011 vom 24. April 2012 E. 4.1).

3.3.6 Bei der echten Arbeit auf Abruf verpflichtet sich der Arbeitnehmer, sich zur Arbeitsleistung bereit zu halten und auf einseitiges Begehren des Arbeitgebers einen Einsatz zu leisten. Dabei erfolgt der Einsatz in der Regel nach Massgabe der Bedürfnisse des Arbeitgebers und des Betriebs. Es handelt sich bei dieser Arbeitsform um kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit, bei welcher der Arbeitgeber ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis erlangen kann, da der Arbeitnehmer nur dann zum Einsatz kommt, wenn effektiv Arbeit anliegt (Urteil des BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014 E. 4.1.1). Den Arbeitnehmer trifft eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers, das heisst der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer einseitig abrufen (BGE 124 III 249 E. 2a). Bei der unechten Arbeit auf Abruf hingegen trifft den Arbeitnehmer keine Einsatzpflicht; ein Einsatz kommt vielmehr aufgrund gegenseitiger Vereinbarung zustande. Oftmals liegt den einzelnen Einsätzen ein Rahmenvertrag zugrunde, in dem die Arbeitsbedingungen einheitlich geregelt sind (Urteil des BGer 4A_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.3). Keine Arbeit auf Abruf, sondern Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit liegt vor, wenn die betreffende Person jeweils frei bestimmen kann, ob sie den Arbeitseinsatz leisten oder ablehnen will. Die Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit wird nicht im Rahmen eines fortdauernden Arbeitsverhältnisses geleistet, sondern setzt bei jedem Arbeitseinsatz einen neuen Einzelarbeitsvertrag voraus (Urteil des BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014 E. 4.1.2).

3.3.7 Bei der Arbeit auf Abruf besteht keine Garantie für einen bestimmten Beschäftigungsumfang, sodass die Person während der Zeit, in der sie nicht zur Arbeit aufgefordert wird, keinen Arbeits- und Verdienstauffall erleidet. Dies deshalb, weil ein anrechenbarer Ausfall an Arbeitszeit nur entstehen kann, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer eine wöchentliche Normalarbeitszeit vereinbart war. Von diesem Grundsatz kann jedoch abgewichen werden, wenn der auf Abruf erfolgte Einsatz während längerer Zeit im Wesentlichen mehr oder weniger konstant war. In diesem Fall ist die effektiv absolvierte Arbeitszeit als normal zu betrachten. Nach der Rechtsprechung kann der Beobachtungszeitraum dabei umso kürzer sein, je weniger die Arbeitseinsätze in den einzelnen Monaten schwanken, und er muss länger sein, wenn die Arbeitseinsätze sehr unregelmässig anfallen oder wenn die Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze starken Schwankungen unterworfen ist (BGE 146 V 112 E. 3.3).

3.3.8 Bei flexiblen Arbeitsverhältnissen kann ein anrechenbarer Arbeitsausfall aber nicht einfach verneint werden, sondern ist zu bejahen, wenn sich eine gewisse Regelmässigkeit der Arbeitseinsätze abzeichnet. Diesfalls muss die effektive Arbeitsauslastung durch Arbeitszeitaufzeichnungen lückenlos dokumentiert sein, damit eine Berechnung des Arbeitsausfalls möglich ist; dabei verlangt die Praxis eine Mindestanstellungsdauer von sechs Monaten. Ist hingegen eine Regelmässigkeit der Arbeitseinsätze nicht erstellt, weil die Einsätze entweder tatsächlich unregelmässig sind oder das Arbeitsverhältnis zu kurz ist, um eine Regelmässigkeit verlässlich zu etablieren, sind die Arbeitnehmenden grundsätzlich nicht beitragsberechtigt (Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 3.2.1).

3.3.9 Im Nachgang zur Arbeitgeberkontrolle führte die Beschwerdeführerin per E-Mail gegenüber der Vorinstanz aus, dass sie keine Mitarbeitende auf Abruf beschäftige. Alle Stundenlöhner würden regelmässig eingesetzt, wie es bereits in den Arbeitsverträgen stehe. Es sei jeweils mündlich ein Pensum abgemacht worden, das je nach Belegung des Restaurants monatlich geschwankt habe, über das ganze Jahr jedoch dem vereinbarten Pensum entsprochen habe. Letzteres bleibt im Zusammenhang mit den betroffenen Mitarbeitenden eine Behauptung, da sie alle weniger als sechs Monate angestellt waren, bevor die Beschwerdeführerin Kurzarbeit angemeldet hatte. Die Beschwerdeführerin gab weiter an, wie viele Prozente die betroffenen Mitarbeitenden im Stundenlohn jeweils gearbeitet hatten. Die Angaben entsprechen in etwa den ins Recht gelegten Einsatzplänen und Arbeitszeiterfassungen, betreffen den Zeitraum Dezember 2019 bis Februar 2020 und belegen schwankende Einsätze. Bei den Akten liegen zudem schriftliche Erklärungen dreier betroffener Mitarbeitender vom 18. und 21. November 2020, wonach bei Anstellungsbeginn je ein Pensum von 60-80 %, 25 % und 20 % mündlich vereinbart und über die gesamte Anstellungsdauer (vier Monate, drei Monate und zwei Wochen) eingehalten worden sei.

3.3.10 Eine gewisse Regelmässigkeit der Arbeitseinsätze kann aufgrund der kurzen Anstellungsdauer nicht eruiert werden. Es ist daher nicht zu befehlen, wenn die Vorinstanz folgert, die Feststellung der normalen Arbeitszeit in solch kurzen Anstellungsverhältnissen sei nicht möglich. Es genügt denn auch nicht, dass die Arbeitsverträge festhalten, dass die Einsätze "regelmässig nach gegenseitiger Absprache" erfolgen. Die vertraglich festgelegte gegenseitige Absprache deutet darauf hin, dass die Einsätze sich an den effektiven Bedürfnissen des Betriebs orientieren und Schwankungen von den betreffenden Mitarbeitenden hinzunehmen sind.

Dies wird auch durch die Angabe der Beschwerdeführerin, wonach mit einer Mitarbeiterin ein Pensum von 25 % vereinbart worden sei, diese dann aber im Dezember 2019 wegen verschiedener Weihnachtssessen 35 % gearbeitet habe, unterstrichen (Anstellungsbeginn war am 21. November 2019). Die Vorinstanz verweist in diesem Zusammenhang überdies auf die Voranmeldung der Kurzarbeit, worin die Beschwerdeführerin ausgeführt hat, dass die Stundenlöhner seit dem 28. Februar 2020 weniger aufgeboten worden waren. Vertraglich lässt sich jedenfalls auch kein festes Pensum feststellen (vgl. Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 3.5). Aus dem zitierten Leitfaden von GastroSuisse geht entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht hervor, wie die Arbeitsverhältnisse der Mitarbeitenden im Stundenlohn der Beschwerdeführerin konkret zu qualifizieren sind, sondern es wird lediglich darauf hingewiesen, dass Stundenlöhner, sofern sie regelmässig arbeiten, und Mitarbeitende auf Abruf, sofern sie seit mehr als sechs Monaten im Betrieb arbeiten, im entsprechenden Formular unter "Anzahl anspruchsberechtigte Arbeitnehmende" aufzuführen seien.

3.4 Der Schluss der Vorinstanz, wonach vor dem Bewilligungsbeginn am 16. März 2020 liegende Arbeitsausfälle nicht anrechenbar seien, ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin kann sich diesbezüglich nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen. In Bezug auf die Mitarbeitenden im Stundenlohn A._____, B._____, C._____, D._____ und C._____ sind weder die Voraussetzungen von Art. 8f COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung erfüllt noch kann eine normale Arbeitszeit festgestellt werden. Somit ist der Arbeitsausfall i.S.v. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG nicht bestimmbar. Die Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 18'962.75 für März und April 2020 wurde der Beschwerdeführerin demnach gesetzeswidrig und somit zu Unrecht ausgerichtet.

4.

4.1 Unrechtmässig ausgerichtete Leistungen der Arbeitslosenversicherung können zurückgefordert werden (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. 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 129 V 110 E. 1.2.3; Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.2). Voraussetzungen für ein wiedererwägungsweises Zurückkommen auf die Auszahlungen sind, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Zusprache von Leistungen (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG)

zweifelloos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; BGE 122 V 367 E. 3; Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6). Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 Satz 2 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG).

4.2 Eine zeitliche Befristung der Wiedererwägungsmöglichkeit besteht nicht (BGE 140 V 514; BGE 133 V 50 E. 4.2.2). Vorbehalten bleiben die Verwirkungsfristen von Art. 25 ATSG. Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts. Darunter fallen insbesondere eine Leistungszusprache ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen und eine unvollständige Sachverhaltsabklärung aufgrund einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Urteil des BGer 8C_277/2020 vom 17. August 2020 E. 4.1). Der zeitliche Eintritt der Wirkung der Wiedererwägung ist beim Tatbestand des unrechtmässigen Leistungsbezugs in Art. 25 Abs. 1 ATSG geregelt, indem eine rückwirkende Korrektur vorzunehmen ist (UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 53 N 78).

4.3 Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, die im SECO geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), überprüft unter anderem die Auszahlungen der Kassen und überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen (Art. 83 Abs. 1 Bst. d und l AVIG). Sie und die von ihr beauftragten Treuhandstellen prüfen insbesondere stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (Art. 83a Abs. 1 AVIG ["Revision und Arbeitgeberkontrolle"] und Art. 110 Abs. 4 AVIV). Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen verfügt die Ausgleichsstelle, wobei das Inkasso der Arbeitslosenkasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 Abs. 2 AVIV). Die Revision der Auszahlungen stellt ein systematisch durchgeführtes und methodisch auf die Erfassung einer Vielzahl von Fällen ausgerichtetes Wiedererwägungsverfahren dar (mit den dabei geltenden Grundsätzen: zweifellose Unrichtigkeit der formell rechtskräftigen Leistungsverfügung, Berichtigung von erheblicher Bedeutung), wobei nicht die Verwaltungsstelle, welche die Leistungsverfügungen erlassen hat, auf die Angelegenheit zurückkommt, sondern die dafür vom Gesetz vorgesehene höchste verantwortliche Instanz in Form der Ausgleichsstelle (Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5).

4.4 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie habe ihre Mitarbeitenden bisher nicht mit der offenen Forderung konfrontiert, da diese Nachricht sie belasten würde und die meisten voraussichtlich nicht in der Lage seien, die Entschädigungen jemals zurückzubezahlen, was wiederum den Betrieb in existenzielle Probleme stürzen würde, ist festzuhalten, dass der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs bzw. der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen besteht, sondern im Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen (BGE 147 V 359 E. 4.6.3). Zudem kann die Beschwerdeführerin eine Rückforderung gegenüber ihren Arbeitnehmenden nur in Betracht ziehen, soweit sie die unrechtmässige Auszahlung nicht zu verantworten hat (vgl. E. 4.1). Die verfügte Zusprache von Leistungen war zweifellos unrichtig und deren Berichtigung ist von erheblicher Bedeutung. Somit ist das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 22. Oktober 2020 gegen die Rückforderungsverfügung vom 9. September 2020 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

6.

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Urteil des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 1'900.– festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'900.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz, das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF und wird der zuständigen Arbeitslosenkasse mitgeteilt.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 2. März 2022

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. AGK [...]; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons Y. _____