



Urteil vom 29. Dezember 2021

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Daniel Willisegger,
Gerichtsschreiber Benjamin Märkli.

Parteien

Z. _____ AG,
vertreten durch
Rechtsanwalt lic. iur. Bruno Dohner
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:

A.

Die Z._____ AG (Beschwerdeführerin) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz im Kanton Zürich. Gemäss Handelsregister bezweckt sie unter anderem (Tätigkeiten im Gastronomiebereich). In den Monaten März bis Mai 2020 bezog sie von der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von insgesamt Fr. 151 879.65. Anlässlich einer Kontrolle am 11. November 2020 stellte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Vorinstanz) fest, dass für die im Stundenlohn beschäftigten Angestellten A._____, B._____ und C._____ (nachfolgend auch: Gruppe 1) Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht worden war, obwohl sie vor Einführung der Kurzarbeit noch weniger als sechs Monate angestellt gewesen waren. Ebenso stellte es fest, dass für die Festangestellten D._____, E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____ und K._____ (nachfolgend auch: Gruppe 2) ein Anteil Ferien- und Feiertagsentschädigung von 12.92 % auf den der Berechnung der Kurzarbeit zugrunde gelegten Lohn geschlagen worden waren, obwohl ein solcher Anspruch gemäss Arbeitsvertrag nicht bestehe. Hingegen sei für den Angestellten J._____ ein zu tiefer Lohn berücksichtigt gewesen, was zu einer entsprechenden Korrektur zugunsten der Beschwerdeführerin führte. Zusammenfassend gelangte es zu einer Summe unrechtmässig bezogener Kurzarbeitsentschädigung von Fr. 35 513.75, die es mit Revisionsverfügung vom 26. November 2020 zurückforderte.

B.

Gegen die Revisionsverfügung erhob die Z._____ AG mit Schreiben vom 21. Dezember 2020 Einsprache, in der sie im Ergebnis die Aufhebung der Revisionsverfügung verlangte. Zur Begründung führte sie hinsichtlich der Angestellten der Gruppe 2 aus, die Ferien- und Feiertagsentschädigungen seien Teil des massgebenden Lohns; während der Kurzarbeit hätten die festangestellten Personen einen Anspruch auf Ferien und Feiertage. Da diese nicht als Ausfallstunden gälten, müsse der Monatslohn um die Ferien- und Feiertagsentschädigung hochgerechnet werden. Für die Angestellten der Gruppe 1 verwies sie auf die Arbeitszeiterfassungen im Januar und Februar 2020, die eine regelmässige Beschäftigung und einen bestimmbaren Arbeitsausfall aufzeigten; sie hätten demnach als Festangestellte zu gelten.

C.

Mit Entscheid vom 14. Januar 2020 wies die Vorinstanz die Einsprache ab.

Betreffend die Ferien- und Feiertagsentschädigungen begründete sie die Abweisung damit, dass diese Entschädigungen im massgebenden Verdienst nur dann berücksichtigt werden könnten, wenn darauf ein arbeitsvertraglicher Anspruch bestehe und sie auch ausbezahlt würden; da festangestellte Mitarbeitende auch bei Ferien und Feiertagen ihren vollen Lohn erhielten, seien keine solchen Entschädigungen bei der Lohnsumme zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Angestellten im Stundenlohn führte sie aus, dass in den schriftlichen Arbeitsverträgen kein Mindestpensum vereinbart wurde und die betreffenden Mitarbeitenden der Gruppe 1 demnach flexibel eingesetzt werden konnten. Ob sich eine regelmässige Beschäftigung tatsächlich hätte etablieren können, sei aufgrund der kurzen Beschäftigungsdauer nicht feststellbar.

D.

Mit Eingabe vom 5. Februar 2021 führt die Z. _____ AG Beschwerde gegen den Einspracheentscheid beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt darin, den angefochtenen Entscheid und damit auch die Revisionsverfügung des SECO vom 26. November 2020, unter Kosten- und Entschädigungsfolge, aufzuheben. Zur Begründung führt sie an, dass Ferien- und Feiertagsentschädigungen zum massgebenden Lohn gehörten und keine der COVID-Verordnungen davon abweiche; daher sei bei den Angestellten der Gruppe 2 das Hinzurechnen des Ferien- und Feiertagsanteils zulässig gewesen. Auch handle es sich bei den Angestellten der Gruppe 1 nicht um Arbeitnehmende auf Abruf, obwohl sie im Stundenlohn angestellt seien. Die Mitarbeitenden leisteten Vollzeitpensen, unabhängig davon, dass vorliegend das Lohnsystem des Stundenlohns gewählt worden sei. Sie hätten demnach selbst dann Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie weniger als sechs Monate angestellt gewesen seien.

E.

Die Vorinstanz nimmt mit Vernehmlassung vom 25. Mai 2021 zur Beschwerde Stellung. Sie begehrt die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde, ebenfalls unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Sie hält zur Begründung fest, dass die Verträge der Arbeitnehmenden der Gruppe 1 deutlich auf eine Arbeit auf Abruf hinwiesen und also nicht von einer faktischen Festanstellung ausgegangen werden könne. Insbesondere hätten diese Arbeitnehmenden nach der Rechtslage keinen Anspruch auf mehr als die zugeteilte Arbeit. Da von Fall zu Fall abgesprochen werden müsse, ob ein Arbeitseinsatz möglich wäre, handle es sich bei den Verträgen um solche für "unechte Arbeit auf Abruf". Sie habe demnach den Anspruch der Angestellten der Gruppe 1 zu Recht verneint. Bezüglich der Angestellten

der Gruppe 2 führt sie aus, dass unabhängig von der für die Pandemie geschaffenen summarischen Abrechnung die Ferien- und Feiertagsentschädigungen nicht zur Lohnsumme hinzuzurechnen seien, denn diese Entschädigung sei nur dann von der Kurzarbeitsentschädigung erfasst, wenn sie gemäss vertraglicher Vereinbarung effektiv als zusätzliche Abgeltung zum Grundlohn auszubezahlen sei. Ansonsten fielen Ferien oder Feiertage nicht unter die wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfälle und seien demnach nicht von der Entschädigung erfasst, unabhängig davon, ob die Feriensaldi innerhalb oder ausserhalb der Kurzarbeit entstanden seien. Demnach sei regelmässig keine fiktive Entschädigung auf die Lohnsumme aufzurechnen, und die Aberkennung sei ebenfalls zu Recht erfolgt.

F.

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen näher eingegangen.

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]). 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.

1.2 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 Abs. 1 VwVG).

Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

1.3 Nicht einzutreten wäre auf die Beschwerde, soweit der Wendung, aufzuheben seien der Einspracheentscheid "und damit auch die Revisionsverfügung des SECO vom 26. November 2020" eigenständige Bedeutung als Rechtsbegehren zukäme. Auch wenn die Einsprache kein devolutives Rechtsmittel ist, kommt ihr Rechtsmittelqualität zu. Demnach ersetzt der Einspracheentscheid die Revisionsverfügung und tritt an ihre Stelle. Die Revisionsverfügung ist mithin nicht Gegenstand des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht und würde im Falle einer Gutheissung der Beschwerde im vorliegenden Verfahren auch nicht explizit aufgehoben werden (vgl. Urteil des BVGer B-4226/2019 vom 25. Mai 2021 E. 1.3).

2.

2.1 Bei den beiden Gruppen stellen sich unterschiedliche Fragen. Bei Gruppe 1 ist streitig und zu prüfen, ob überhaupt ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht (nachfolgend E. 3). Demgegenüber ist bei Gruppe 2 die grundsätzliche Anspruchsberechtigung für die Kurzarbeitsentschädigung unbestritten, streitig und zu prüfen ist aber die Höhe der Entschädigung, mithin die Berechnung (nachfolgend E. 4).

2.2 Die Kurzarbeit ist im AVIG geregelt, das durch die Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02) konkretisiert wird. Im Rahmen der Corona-Pandemie ist der Bundesrat zulässigerweise (vgl. Urteil des BVGer B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 [zur Publikation vorgesehen] E. 2.5) punktuell von dieser Regelung abgewichen. Einschlägig in diesem Zusammenhang ist insbesondere die Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033, nachfolgend "die Verordnung"). Diese konnte vom bestehenden System, wie es durch die Art. 31 ff. AVIG aufgestellt wurde, abweichen und führt im Umfang dieser Abweichung auch dazu, dass unter Umständen von der zu diesem System entwickelten Praxis abzuweichen ist (vgl. Urteil B-5990/2020 E. 2.3.1). Dabei ist aber – vor allem aufgrund der in der Verordnung angewandten Regelungstechnik, die für jede Abweichung die derogierte Gesetzesbestimmung explizit nennt, – davon auszugehen, dass der Bundesrat

grundsätzlich am vorbestehenden System festhalten wollte und eine Abweichung nur soweit erfolgen soll, als dies eine Verordnungsbestimmung so vorsieht (Urteil B-5990/2020 E. 4.4.1 und 4.5).

2.3 Da das Corona-Notrecht einer grossen Zahl von Änderungen unterworfen war, ist bei Fällen, die vom Notrecht erfasst werden, jeweils die in zeitlicher Hinsicht anwendbare Fassung der Rechtsgrundlagen zu bestimmen.

2.3.1 Die Rechtmässigkeit eines Verwaltungsaktes ist im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nach der Rechtslage zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen, ausser das seither geänderte Recht sehe ausdrücklich eine andere Ordnung vor. Hat sich das Recht zwischen dem Verwaltungsakt und der Erhebung der Beschwerde oder dem Zeitpunkt der Urteilsfällung geändert, ist deshalb regelmässig auf das alte Recht abzustellen. Ohne gesetzliche Übergangsregelung ist das neue Recht nur dann sofort anzuwenden, wenn zwingende Gründe, insbesondere die Wahrung der öffentlichen Ordnung oder überwiegender öffentliche Interessen, dafür sprechen (vgl. BGE 141 II 393 E. 2.4; 129 II 497 E. 5.3.2).

2.3.2 Im Fall der gegenständlichen Verordnung sieht das Recht eine ausdrückliche intertemporale Regelung vor, indem die Bestimmungen in der Anfangsphase rückwirkend in Kraft gesetzt wurden. Namentlich die im vorliegenden Fall einschlägigen Art. 8f und 8i der Verordnung wurden am 8. April 2020 rückwirkend auf den 1. März 2020 in Kraft gesetzt (AS 2020 1201; vgl. zur Inkraftsetzung Urteil B-5990/2020 E. 2.4.10). In der Änderung vom 12. August 2020 (AS 2020 3569) wurde per 1. September 2020 Art. 8i der Verordnung geändert und Art. 8f der Verordnung ausser Kraft gesetzt (in der Änderung vom 28. Oktober 2020 wurde die Bestimmung aber – rückwirkend auf den 1. September 2020 – unmittelbar wieder eingefügt und um einen dritten Absatz ergänzt, der sich zur Berechnung der Entschädigung äussert). Da die verfahrensgegenständlichen Kurzarbeitsentschädigungen den Zeitraum der Monate März bis Mai 2020 betrafen, sind sie einheitlich nach der Verordnung in der Fassung vom 8. April 2020 zu beurteilen.

3.

3.1 Bei den Mitarbeitern von Gruppe 1 handelt es sich um Mitarbeitende mit Stundenlohn-Verträgen. Der Titel der Verträge lautet "Mitarbeiter/in mit unregelmässigem Arbeitspensum (z.B. 'Aushilfen' im Stundenlohn)". Die Beschwerdeführerin stellt sich aber im Wesentlichen auf den Standpunkt,

dass bei diesen Mitarbeitenden gleichwohl ein Vollzeitpensum vereinbart gewesen sei, denn gemäss Art. 18 OR seien die Verträge nicht nach ihrer Bezeichnung, sondern nach ihrem wirklichen Inhalt zu qualifizieren. Die Vorinstanz verweist demgegenüber darauf, dass die Arbeitsverträge ihres Erachtens keine Vereinbarung über fixe Arbeitszeiten enthalten und behandelt die Mitarbeiter daher als Arbeitnehmende auf Abruf gemäss Art. 8f der Verordnung.

3.2 Damit ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entstehen kann, muss ein (anrechenbarer) Arbeitsausfall vorliegen (Art. 31 Abs. 1 Bst. b AVIG). Dieser ergibt sich aus dem Vergleich der Soll-Arbeitszeit, im Gesetz "normale Arbeitszeit" genannt, mit der Ist-Arbeitszeit, also der effektiv geleisteten Arbeitszeit. Ein Anspruch ist (neben anderen Voraussetzungen) erst dann zu bejahen, wenn sowohl die normale als auch die effektiv geleistete Arbeitszeit bestimmbar und kontrollierbar sind und diese gegenüber jener reduziert ist. Dieses Erfordernis dient nicht nur der Missbrauchsverhinderung, sondern ist auch notwendig zur Bestimmung der Höhe der Kurzarbeitsentschädigung, da sich die Entschädigung am Anteil des ausgefallenen Teils der normalen Arbeitszeit bemisst und mithin ohne Kenntnis beider Werte gar nicht errechnet werden kann (vgl. Urteil B-5990/2020 E. 3.5). Insbesondere bei flexiblen Arbeitsverhältnissen ist es schwierig, die normale Arbeitszeit und damit auch den Arbeitsausfall zu bestimmen.

3.2.1 Als normale Arbeitszeit gilt "die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig. Für Arbeitnehmer mit flexiblem Arbeitszeitsystem gilt die vertraglich vereinbarte jahresdurchschnittliche Arbeitszeit als normale Arbeitszeit" (Art. 46 Abs. 1 AVIV). Demnach gibt es zwei Möglichkeiten zur Bestimmung der normalen Arbeitszeit: Besteht ein fixer Anspruch auf Arbeitsleistung, ist also vertraglich eine Soll-Arbeitszeit festgelegt, gilt diese Zeit als normale Arbeitszeit. Bei flexiblem Arbeitszeitsystem, also wenn die Arbeitnehmenden von der Arbeitgeberin je nach Arbeitsanfall sporadisch eingesetzt werden, kann es sein, dass die normale Arbeitszeit als nicht genügend kontrollierbar gilt, da die Arbeitnehmenden nicht mit einer regelmässigen arbeitsvertraglich zugesicherten Zahl von Arbeitsstunden rechnen können (vgl. AVIG-Praxis KAE, Ziff. B31; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 256). Auch bei flexiblen Arbeitsverhältnissen kann nach der Praxis ein anrechenbarer Arbeitsausfall aber nicht einfach verneint werden, sondern er ist zu bejahen, wenn sich eine gewisse Regelmässigkeit der Arbeitseinsätze abzeichnet. In diesem Fall muss jedoch die effektive Arbeitsauslastung durch

Arbeitszeitaufzeichnungen lückenlos dokumentiert werden, damit eine Berechnung des Arbeitsausfalls möglich wird; dabei verlangt die Praxis eine Mindestanstellungsdauer von sechs Monaten (vgl. Urteile des BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014 E. 2.9; B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 3.3; KUPFER BUCHER, a.a.O. S. 264 f.). Ist hingegen eine Regelmässigkeit der Arbeitszeit nicht erstellt, weil die Einsätze entweder tatsächlich unregelmässig sind oder aber weil das Vertragsverhältnis zu kurz ist, um eine Regelmässigkeit verlässlich zu etablieren, sind die Arbeitnehmenden grundsätzlich nicht beitragsberechtigt (Art. 57 AVIV analog; vgl. dazu Urteil B-2470/2013 E. 6.3; allgemeiner und mit Blick auf die Ganzarbeitslosigkeit auch das Urteil des BGer 8C_417/2013 vom 30. Dezember 2013 E. 3.2).

3.2.2 Demnach war vor dem Corona-Notrecht gestützt auf Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG die Anspruchsberechtigung von Arbeitnehmenden auf Abruf, deren Arbeitszeit starken Schwankungen unterliegt, grundsätzlich zu verneinen. Demgegenüber bejaht Art. 8f der Verordnung für "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" im betroffenen Unternehmen arbeiten (Abs. 1), damit eine zumindest ansatzweise belastbare Datengrundlage zur Ermittlung der üblichen Arbeitszeit vorhanden ist (vgl. Urteil B-5990/2020 E. 3.5.4). Das Notrecht ermöglichte mithin den Mitarbeitenden mit stärker schwankendem Pensum, von der gleichen Sechsmonatsfrist zu profitieren, die gemäss zitierter Praxis auch bei denjenigen mit schwächer schwankendem Pensum zur Anwendung kommt. Dabei wird der anrechenbare Arbeitsausfall "auf der Basis der letzten 6 oder 12 Monate" nach dem "für die jeweilige Arbeitnehmerin oder den jeweiligen Arbeitnehmer günstigsten Arbeitsausfall" bestimmt (Abs. 2).

3.2.3 Für die Beurteilung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung ist demnach sowohl bei einigermassen regelmässigen als auch bei stärker schwankenden Arbeitsverhältnissen vorausgesetzt, dass das Vertragsverhältnis seit mindestens sechs Monaten besteht. In beiden Fällen – sowohl nach Art. 8f der Verordnung als auch nach regulärer Praxis – besteht nämlich eine Frist, auf die zur Beurteilung der normalen Arbeitszeit abgestellt wird. Erst wenn das Arbeitsverhältnis eine bestimmte Dauer erreicht hat, besteht die notwendige "zumindest ansatzweise belastbare Datengrundlage zur Ermittlung der üblichen Arbeitszeit" (Urteil B-5990/2020 E. 3.5.4). Demnach handelt es sich bei diesen Fristen ähnlich wie bei der Regel über die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls (Art. 46b AVIV) um

formelle Beweisvorschriften (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1). Solche Grenzen können gewisse Härten mit sich bringen, oder, insbesondere wenn sie nur knapp über- oder unterschritten sind, Fragen nach der Rechtsgleichheit aufwerfen. Gleichwohl liegt es in der Natur formeller Regeln, dass sie an einer bestimmten Stelle eine Grenze ziehen müssen, um in der Praxis eine handhabbare Anwendung zu ermöglichen. Daher ist von solchen Vorschriften nur dann abzuweichen, wenn ihre Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, wenn also die prozessuale Formenstrenge exzessiv ist, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. BGE 130 V 177 E. 5.4.1).

3.3 Daher ist einzig zu untersuchen, ob die Arbeitsverträge – ungeachtet des Vergütungssystems im Stundenlohn – eine verpflichtende fixe Arbeitszeit umfassen. Dies wäre insbesondere dann gegeben, wenn sie den Arbeitnehmenden auch dann einen Anspruch auf Lohn einräumen, wenn nicht genügend Arbeit vorhanden ist oder die Arbeitgeberin aus anderen Gründen an der Arbeitsleistung nicht interessiert ist und umgekehrt die Arbeitgeberin eine Erfüllung der Arbeitszeit auch dann verlangen kann, wenn die Arbeitnehmenden auf die Arbeit verzichten wollen. Diese Frage ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt, durch Auslegung des Vertrages zu beantworten.

3.3.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich zur Stützung ihrer Ansicht, wonach es sich bei den Arbeitsverträgen der Gruppe 1 um Festanstellungen im Stundenlohn handle, auf Art. 18 OR, der in Abs. 1 festhält, es sei bei "der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt [...] der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen." Das Bundesgericht entnimmt dieser Norm ein Bekenntnis des Gesetzgebers zum "Grundsatz des Primats des subjektiv übereinstimmend Gewollten vor dem objektiv Erklärten, subjektiv aber unterschiedlich Verstandenen" (vgl. BGE 123 III 35 E. 2b).

3.3.2 Demnach ist bei der Auslegung eines Vertrags zunächst festzustellen, ob sich die Parteien tatsächlich übereinstimmend geeinigt haben, wobei es sich um eine Sachverhaltsfrage handelt (vgl. BGE 131 III 606 E. 4.1). Erst wenn ein solcher übereinstimmender Wille nicht erstellt ist, kommt das Vertrauensprinzip zur Anwendung und die Willenserklärungen

der Parteien sind so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 132 III 24 E. 4; 131 III 606 E. 4.1; 129 III 702 E. 2.4; 129 III 118 E. 2.5; Urteil des BGer 4C.94/2006 vom 17. Juli 2007 E. 7.3; zum Ganzen BERNHARD STEHLE, Vom wirklichen Willen der Vertragsparteien, recht 2014 S. 258 m.w.H.). Problematisch am behaupteten Primat des subjektiv Gewollten vor dem objektiv Erklärten ist freilich, dass es sich beim subjektiv Gewollten um eine schwierig feststellbare innere Tatsache handelt, über die nicht eigentlich Beweis geführt werden kann, wie dies für Sachverhaltsfragen notwendig wäre. Vielmehr können nur Indizien auf den Inhalt des wirklichen Willens Aufschlüsse geben, was die Feststellung des subjektiv Gewollten im Ergebnis erheblich an den Vorgang der Auslegung nach Vertrauensprinzip annähert (ähnlich STEHLE, a.a.O., S. 261). Entsprechend kritisiert die Lehre das theoretische Konstrukt des Bundesgerichts vehement (vgl. STEHLE, a.a.O., S. 258 ff.) und möchte die Tragweite von Art. 18 Abs. 1 OR im Einklang mit seinem Wortlaut – und mit demjenigen von Art. 1 OR – auf Fälle bewusst oder unbewusst unrichtiger Bezeichnungen (also Simulation beziehungsweise Irrtum) beschränken (vgl. STEHLE, a.a.O., S. 259). Eine Schwierigkeit beim Abstellen auf den inneren Willen zeigt sich gerade auch in Fällen wie dem Vorliegenden. Anders als bei der dem Bundesgericht üblicherweise vorschwebenden Situation des Auslegungstreits *zwischen* den Vertragsparteien, geht es hier um einen sogenannten externen Auslegungstreit (vgl. WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 7. Aufl. 2020, Art. 18 OR Rz. 9; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, 4. Aufl. 2014, Art. 18 OR Rz. 47 ff.) beziehungsweise die vorfrageweise Beurteilung des Vertragsinhalts (vgl. CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar, Obligationenrecht 2018, Art. 18 OR Rz. 34). Umstritten ist also nicht die Bedeutung des Vertrags für die Parteien, die jeweils zumindest ihren eigenen inneren Willen kennen, sondern seine Beurteilung durch Aussenstehende, namentlich die Vorinstanz und jetzt das Bundesverwaltungsgericht. In solchen Fällen kommt dem Vertrauensprinzip eine erhöhte Bedeutung zu (vgl. BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 Rz. 9, der allerdings ein Urteil des Bundesgerichts verallgemeinert, das die Einschränkung der subjektiven Auslegung aus der Registerfunktion des Grundbuchs ableitet).

3.3.3 In der konkreten Prozesssituation ist es jedenfalls so, dass über die Tatsache der übereinstimmenden Willenserklärung, -äusserung und -einigung Beweis geführt werden muss (vgl. WIEGAND, a.a.O., Rz. 16). Dieser Beweis obliegt derjenigen Partei, die daraus Vorteile ableitet (Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB,

SR 210]) und gilt als erbracht, wenn das Beweismass erfüllt ist, mithin wenn die zu beweisende Tatsache als hinreichend wahrscheinlich dargetan ist (sogenannte [materielle] Beweislast; vgl. Urteil des BGer 2C_165/2018 vom 19. September 2018 E. 2.2.2). Da der übliche Sprachgebrauch den Normalfall bildet, obliegt beim Auslegungstreit insbesondere der Beweis über einen abweichenden Willen derjenigen Partei, die diesen behauptet (vgl. JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, a.a.O., Rz. 36). Daran ändert auch der Untersuchungsgrundsatz nichts, der das öffentliche Verfahren beherrscht. Er auferlegt zwar grundsätzlich den Behörden die Verantwortung für die Aufarbeitung des Sachverhalts (sogenannte Beweisführungslast oder formelle Beweislast; vgl. BGE 140 I 285 E. 6.3.1; Urteil 2C_165/2018 E. 2.2.2 m.w.H.). Der Untersuchungsgrundsatz wird aber erheblich durch die Mitwirkungslast der Parteien relativiert, insbesondere für Tatsachen, die eine Partei besser kennt als die Behörde und welche diese ohne die Mitwirkung nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben kann (vgl. BGE 124 II 361), wie dies bei Indizien über die innere Tragweite einer Willenserklärung einer Partei zweifellos der Fall ist. Als Korrelat zur Mitwirkungspflicht der Parteien sind die Behörden gehalten, rechtzeitig und formrichtig angebotene Beweismittel zu rechtserheblichen Tatsachen abzunehmen (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 139 II 7 E. 4.3; 124 I 241 E. 2).

3.3.4 Im vorliegenden Fall war nach dem Gesagten die Vorinstanz gehalten, den Sachverhalt zu erstellen, mithin war sie Trägerin der Beweisführungslast. Soweit aber schwer zu beweisende Tatsachen zu belegen waren – namentlich der den Vertragsschluss anleitende innere Wille – traf die Beschwerdeführerin eine Mitwirkungspflicht. Da das Gelingen des Beweises, dass es sich bei den umstrittenen Arbeitsverträgen in Wahrheit um solche auf Festanstellung handelt, sich zugunsten der Beschwerdeführerin auswirkt, lag die materielle Beweislast bei ihr; sie musste die Folgen der Beweislosigkeit tragen. Gleiches gilt vor Bundesverwaltungsgericht.

3.3.5 In ihrer Einsprache brachte die Beschwerdeführerin zwar in gedrängter Form Argumente vor, die ihrer Ansicht nach zur Qualifikation der fraglichen Verträge als solche über ein Festpensum und nicht über Arbeit auf Abruf führten und bezog sich dabei auf die übrigen "Arbeitsverhältniss[e] der Z. _____" – die Verträge befanden sich gemäss deren Aktenverzeichnis im Besitz der Vorinstanz –, äusserte sich also zu Tatsachenfragen. Im Einspracheentscheid bezog sich die Vorinstanz auf den Wortlaut der gegenständlichen Verträge der Gruppe 1, schritt mithin direkt zur Auslegung der Verträge nach dem Vertrauensprinzip, ohne explizit Beweis über den

tatsächlichen Inhalt der Vereinbarung abzunehmen. Dies ist nach dem vorstehend in E. 3.3.2 f. Gesagten bei Drittkonstellationen nicht zu beanstanden. Selbst wenn ein direktes Abstellen auf das Vertrauensprinzip nicht statthaft wäre, hatte sie einen (von ihrer Lesart der Verträge abweichenden) übereinstimmenden inneren Willen der Parteien angesichts der ebenfalls sehr kurzen Ausführungen der Beschwerdeführerin als nicht bewiesen betrachten und auch dann zu Recht zur Auslegung nach dem Vertrauensprinzip schreiten dürfen.

3.3.6 Um darzutun, dass die Mitarbeiter der Gruppe 1 als Festangestellte zu behandeln seien, bezieht sich die Beschwerdeführerin auf deren Personalblätter, die Arbeitszeitkontrollen der Monate Januar bis März, Mai und Juni sowie die Lohnkonti. In der Tat weisen die Personalblätter ein Pensum von 100 % aus und die Arbeitszeitkontrollen der Monate Januar und Februar belegen eine Tätigkeit in diesem Umfang. Allerdings lassen diese Umstände keine Rückschlüsse auf den wirklichen Inhalt der gegenseitigen Willenserklärungen beim Vertragsschluss bezüglich der Frage zu, ob auf die Arbeitseinsätze auch verzichtet werden könnte. Ebenso kann die Tatsache, dass im Januar und Februar ein Vollzeitpensum gearbeitet wurde, – angesichts der kurzen Vertragsdauer – noch nicht den Beweis für einen entsprechenden Parteiwillen erbringen. Einen Hinweis, der für eine Vollzeitstelle sprechen kann, geben die Personalblätter (vgl. Beschwerdebeilage 5), in denen das Pensum der Mitarbeitenden der Gruppe 1 mit 100 % angegeben wird. Dagegen spricht aber, dass das Lohnsystem des Stundenlohns in der Tendenz für flexible Verhältnisse spricht. Die zentrale Frage, ob das Vollzeitpensum auch gegen den Willen der Beschwerdeführerin durchgesetzt werden können sollte, lässt sich damit nicht beweismässig erstellen und die Auslegung muss, wie bereits gesagt, nach dem Vertrauensprinzip erfolgen.

3.4 Bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip wird danach gefragt, wie die Adressatin oder der Adressat – oder im vorliegenden Fall die Allgemeinheit – eine Willensäußerung nach Treu und Glauben verstehen durfte (vgl. BGE 130 III 66 E. 3.2). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen; es besteht eine Vermutung, dass die Parteien die Bezeichnungen in ihrer objektiven Bedeutung verwenden und diese den korrekten Sinn der Erklärung wiedergeben (vgl. BGE 129 III 702 E. 2.4.1). Der klare und eindeutige Wortlaut genießt den Vorrang vor weiteren Auslegungsmitteln (vgl. BGE 131 III 606 E. 4.2). Dennoch ist eine Auslegung ausschliesslich gestützt auf den Wortlaut unzulässig: Wo andere Umstände dessen Unrichtigkeit nahelegen, sind sie in die Auslegung mit einzubeziehen

(vgl. BGE 131 III 606 E. 4.2). Dabei ist der Zeitpunkt des Vertragsschlusses massgeblich und nachträgliches Verhalten der Parteien "nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen" (BGE 132 III 626 E. 3.1). Da sich der vorliegende Fall im Kontext der Kurzarbeit befindet, kann zudem gemäss klarem Gesetzeswortlaut (Art. 32 Abs. 1 Bst. b; Art. 34 Abs. 2 AVIG) ausschliesslich die Zeit vor Beginn der Kurzarbeit zur Beurteilung der Umstände (wie insbesondere der normalen Arbeitszeit oder des Lohns) in Betracht gezogen werden.

3.4.1 Die Vorinstanz bezog sich im angefochtenen Entscheid auf den Wortlaut der Arbeitsverträge. Sie führte aus, dass die Mitarbeitenden der Gruppe 1 "nach Vereinbarung (d.h. nach Absprache) und somit grundsätzlich auf Abruf eingesetzt" würden. Mithin gelangte sie zum Schluss, dass kein fixes Mindestpensum vereinbart war.

3.4.2 Bei der Auslegung der Verträge kommt, wie erwähnt, dem Wortlaut eine grosse Bedeutung zu. Die Verträge nennen eine Höchst- aber keine Mindestarbeitszeit (Ziff. 5 der Arbeitsverträge [Vernehmlassungsbeilagen 12-14]) und sind übertitelt mit "Arbeitsvertrag für Mitarbeiter/in mit unregelmässigem Arbeitspensum (z.B. 'Aushilfen' im Stundenlohn)". Zwar trifft die Aussage der Beschwerdeführerin zu, dass auch eine Vollzeitstelle sich des Stundenlohns als Lohnsystem bedienen könne. Im vorliegenden Fall deutet aber der Wortlaut darauf hin, dass sich die Verträge nicht auf Vollzeitstellen bezogen; insbesondere enthalten sie eine Klausel, die explizit festhält, die "einzelnen Arbeitseinsätze erfolgen jeweils nach Absprache im gegenseitigen Einvernehmen" (Ziff. 5 der Arbeitsverträge). Die Verträge sehen also ein flexibles Pensum vor. Zwar deutet eine Gesamtsicht des Vertrages eher auf ein auf Dauer angelegtes Arbeitsverhältnis hin (unbefristeter Vertrag; vergleichsweise lange Probezeit), doch kann auch eine längere und stabile Anstellung hinsichtlich der Arbeitszeit flexibel gestaltet sein. Wie erwähnt können andere Umstände ein Abweichen vom Wortlaut gebieten, etwa die bereits aufgeführte Tatsache, dass während der Monate Januar und Februar in der Tat Vollzeit gearbeitet worden ist. Auch hier lässt sich aus dieser Tatsache aber nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten, da die Vertragsdauern nicht ausreichend lang gewesen sind, um eine verlässliche Aussage zu ermöglichen. Dies muss im vorliegenden Zusammenhang umso mehr gelten, als die erwähnten öffentlich-rechtlichen Beweisvorschriften, die auch der Missbrauchsverhinderung dienen, auf mindestens ein halbes Jahr abstellen (vorstehend E. 3.2.2 f.). Es ist der Vorinstanz beizupflichten, dass diese Beweisvorschriften ihres Sinnes entleert würden, wenn schon kürzere geleistete Arbeitspensum ein Abweichen

vom klaren Wortlaut eines Vertrages erlaubten. Die Einheit der Rechtsordnung verlangt in solchen Fällen, dass der für eine privatrechtliche Auslegung notwendige Beweis erst dann als erbracht gilt, wenn dadurch nicht die zwingenden Bestimmungen des öffentlichen Rechts ihres Sinnes entleert werden.

3.4.3 Damit ist die Auffassung der Vorinstanz nicht zu beanstanden, dass es nicht als bewiesen gelten könne, dass die Verträge nach Art. 18 Abs. 1 OR als solche über ein Vollzeitpensum zu betrachten seien. Da bei dieser Frage die materielle Beweislast – also die Folgen der Beweislosigkeit – bei der Beschwerdeführerin liegen, ist der von ihr behaupteten Lesart des Vertrags nicht zu folgen. Die Mitarbeiter der Gruppe 1 sind demnach aufgrund der Vertragsauslegung und der geltenden Praxis zur Arbeit auf Abruf als Angestellte auf Abruf zu qualifizieren.

3.5 Weil sich bei ihnen vertraglich kein fixes Pensum feststellen lässt, gelten nach dem Gesagten die Mitarbeitenden der Gruppe 1 nicht als Festangestellte. Daher müssten sie eine Mindestanstellungsdauer von sechs Monaten erfüllen, damit eine normale Arbeitszeit als nachgewiesen gelten könnte. Vorliegend sind die Mitarbeitenden der Gruppe 1 zu Beginn der Kurzarbeit seit gut (A. _____) beziehungsweise knapp (C. _____) drei Monaten oder für weniger als einen Monat (B. _____) angestellt gewesen. Zwar weisen die Personalblätter ein angestrebtes Pensum von 100 % aus, doch unterschreiten die kurzen Vertragsdauern die Mindestfristen deutlich. Dass zur Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung eine belastbare Datengrundlage verlangt wird und auch das Interesse der Missbrauchsverhinderung erhöhte Anforderungen an den Nachweis der normalen Arbeitszeit rechtfertigt, erscheint nicht überspitzt formalistisch. Es ist demnach nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz in Würdigung der konkreten Umstände zum Schluss gelangt, dass eine normale Arbeitszeit nicht mit hinreichender Sicherheit etabliert sei. Die minimale Anstellungsdauer von sechs Monaten für jegliche Art flexibles Arbeitsverhältnis wäre demnach unterschritten. Der Arbeitsausfall gilt unter diesen Bedingungen als nicht bestimmbar, und es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung verneint hat.

4.

4.1 Bei den Mitarbeitenden der Gruppe 2 stellt sich eine andere Rechtsfrage. Unbestritten ist hier die Anspruchsberechtigung für die Kurzarbeitsentschädigung, es ist aber die Höhe der konkreten Entschädigung, mithin deren Berechnung, strittig. Konkret ist die Frage umstritten, ob für die Mitarbeitenden der Gruppe 2, die im Gegensatz zu denjenigen der Gruppe 1 im Monatslohn angestellt sind, die Ferienentschädigung zum für die Kurzarbeitsentschädigung massgeblichen Lohn hinzugerechnet werden soll. Dazu ist zunächst von der etablierten Praxis – vor der Pandemie – auszugehen (E. 4.2 nachfolgend), und danach zu untersuchen, ob die gegenständliche Verordnung von dieser Praxis abweichen möchte (E. 4.3 nachfolgend) und mit welchem Ergebnis dies geschieht (E. 4.4 ff. nachfolgend).

4.1.1 Die Beschwerdeführerin bejaht diese Frage mit der Begründung, ansonsten müsste sie die Ferientage, welche die Mitarbeitenden während der Dauer der Kurzarbeit aufbauten, selbst bezahlen. Sie bezieht sich zudem auf Art. 34 AVIG, der durch das Notrecht nicht ausser Kraft gesetzt sei und der die Ferien- und Feiertagsentschädigung explizit als Lohnbestandteil bezeichne. Ebenso verweist sie auf die FAQ des Branchenverbands, in der sich die Ausführung findet, dass die Ferien- und Feiertagsentschädigung in den Lohn einfliessen müsse.

4.1.2 Die Vorinstanz hielt in der Revisionsverfügung, dem Einspracheentscheid und in ihrer Vernehmlassung dagegen fest, dass die Ferien- und Feiertagsentschädigungen nur geschuldet seien, wenn diese regelmässigerweise ausbezahlt würden, wenn also die Ferien und Feiertage pekuniär abgegolten anstatt real bezogen würden. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

4.1.3 Aus den Arbeitsverträgen ergibt sich, dass die Mitarbeitenden der Gruppe 2 in der Tat mit einem vollen Pensum festangestellt sind und ihre Ferien real beziehen (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 16 u. 17, je Ziff. 5), was auch nicht bestritten wird.

4.2 Zur Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung ist Art. 34 AVIG einschlägig, der aber nur grobe Grundzüge enthält. Er hält lediglich fest, dass die konkret ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung 80 % des anrechenbaren Verdienstauffalls beträgt (Abs. 1) und (soweit vorliegend interessierend) dass "bis zum Höchstbetrag für die Beitragsbemessung [...] der vertraglich vereinbarte Lohn in der letzten Zahlungsperiode vor Beginn der Kurzarbeit [massgebend ist]. Eingeschlossen sind Ferienentschädigungen und die vertraglich vereinbarten regelmässigen Zulagen [...]" (Abs. 2). Für die reguläre Situation, also ausserhalb der Pandemie, hat sich aber dazu

eine klare und gefestigte Praxis der Vorinstanz (vgl. AVIG-Praxis KAE Ziff. E10 f.) und der Gerichte (vgl. BGE 111 V 244 E. 3b; 112 V 220 E. 2d; 123 V 70 E. 5; 125 V 42 E. 5b) etabliert.

4.2.1 Damit ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entsteht, muss nebst anderen Voraussetzungen der vorliegende Arbeitsausfall wirtschaftlich bedingt sein (Art. 32 Abs. 1 Bst. a). Gemäss konstanter Praxis ist der Bezug von Ferien kein wirtschaftlicher Grund (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 62/02 vom 7. August 2002 E. 2c; ferner die Urteile des BGer 8C_39/2015 vom 5. März 2015 E. 3.2.1; 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.1; des BVGer B-3083/2011 vom 3. November 2011 E. 5.5). Für die Zeit, in der die Arbeitnehmenden Ferien beziehen, entsteht daher kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Die Arbeitgeberin hat dann den Lohn der Arbeitnehmenden zu bezahlen (Art. 329d Abs. 1 OR), kann für diese Zeit aber keine Entschädigung aus der Arbeitslosenkasse geltend machen. Dem begegnet die Praxis dadurch, dass an jedem Tag, für den ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, zusätzlich zum Lohn dieses Tages auch (gleichsam als Vor- oder Nachbezug) der Lohn für den an diesem Tag aufgebauten Feriensaldo zu entschädigen ist (vgl. hierzu auch das Urteil des Kantonsgerichts Luzern 5V 20 396 [=LGVE 2021 III Nr. 2] vom 26. Februar 2021, E. 5.2; bestätigt im Urteil des BGer 8C_272/2021 vom 17. November 2021 [zur Publikation vorgesehen]). In den nachfolgenden Erwägungen wird diese Praxis eingehender beleuchtet.

4.2.2 Wie erwähnt errechnet sich die Höhe der Entschädigung aus dem anrechenbaren Verdienstausschlag, mithin aus dem Arbeitsausfall und dem darauf entfallenden Lohn. Dabei bemisst sich der Arbeitsausfall aus der Differenz zwischen der Soll-Arbeitszeit und der Ist-Arbeitszeit (vgl. dazu Urteil des BVGer B-5058/2011 vom 24. April 2012, E. 2), und Ausfallstunden können nur berücksichtigt werden, wenn und soweit sie anrechenbar (Art. 32 f. AVIG) sind; insbesondere führt der Bezug von Ferien also nicht zu wirtschaftlich bedingten, anrechenbaren Ausfallstunden (vorstehend E. 4.2.1). Der so ermittelte anrechenbare Arbeitsausfall, bestehend aus der Summe der einzelnen anrechenbaren Ausfallstunden, wird mit dem anrechenbaren Stundenverdienst multipliziert.

4.2.3 Dieser anrechenbare Stundenverdienst wird nach herkömmlicher Praxis für Arbeitnehmende im Stundenlohn und im Monatslohn je unterschiedlich ermittelt und zwar wiederum für jede Arbeitnehmerin und jeden Arbeitnehmer einzeln. Dabei wird praxisgemäss für Arbeitsverhältnisse im

Monatslohn ein System angewendet, das zwar sehr präzise den Arbeitsausfall, den darauf entfallenden Lohn sowie den ebenfalls zu entschädigenden Anteil für die aufgebauten Feriensaldi berechnen lässt, das aber relativ aufwändig ist: Ausgangspunkt ist der vertraglich vereinbarte oder – bei erheblich schwankendem Lohn – der jahresdurchschnittliche Lohn (Art. 57 AVIV). Zunächst wird daraus der anrechenbare Stundenverdienst jedes Mitarbeitenden errechnet. Von der vertraglich vereinbarten Jahresarbeitszeit (Brutto-Jahresarbeitszeit) werden die Ferien- und Feiertage abgezogen, um die Netto-Jahresarbeitszeit zu erhalten. Um die durchschnittliche monatliche Netto-Arbeitszeit zu errechnen, wird die Netto-Jahresarbeitszeit durch 12 geteilt. Der anrechenbare Stundenverdienst der Mitarbeitenden im Monatslohn ergibt sich aus der Division des vertraglichen Monatsverdiensts zuzüglich eines Anteils für Zulagen (insbesondere den 13. Monatslohn) durch die durchschnittliche monatliche Netto-Arbeitszeit (vgl. AVIG-Praxis KAE, Ziff. E 10). Die Ferien und Feiertage führen also zu einer Erhöhung des anrechenbaren Stundenverdiensts, weil sie von der vertraglich vereinbarten (Brutto-)Jahresarbeitszeit abgezogen werden und so in der Rechnung der Divisor reduziert und damit der Quotient erhöht wird (vgl. hierzu auch das Urteil des Kantonsgerichts Luzern 5V 20 396 E. 5.1 f. und die Bestätigung im Urteil des BGer 8C_272/2021 E. 3.1.1). Übersteigt der so ermittelte anrechenbare Stundenverdienst multipliziert mit der monatlichen Soll-Arbeitszeit den Höchstbetrag des versicherten Verdiensts gemäss Art. 22 der Verordnung vom 20. Dezember 1982 über die Unfallversicherung (UVV, SR 832.202), ist nur der unter dieser Grenze liegende Anteil anrechenbar (Art. 3 i.V.m. Art. 34 Abs. 2 AVIG; vgl. Urteil B-5990/2020 E. 3.7). Der anrechenbare Stundenverdienst muss diesfalls entsprechend gekürzt werden. Zur Ermittlung des anrechenbaren Verdienstaufschlags wird nun der so ermittelte anrechenbare Stundenverdienst mit den anrechenbaren Ausfallstunden multipliziert; die Entschädigung beträgt 80 % dieses Verdienstaufschlags (Art. 34 Abs. 1 AVIG). Im regulären Verfahren wird diese Berechnung für jede Person einzeln durchgeführt und so die dem antragstellenden Betrieb auszubezahlende Kurzarbeitsentschädigung festgelegt.

4.2.4 Ein anderes, einfacheres System wendet die Praxis bei den Mitarbeitenden im Stundenlohn an, wobei sich diese Kategorie genaugenommen auf solche Stundenlohn-Verhältnisse bezieht, die während ihrer Ferien keine Stunden aufschreiben können und entsprechend keinen Lohn erhalten (vgl. BGE 123 V 70 E. 5a a.E.). Hier werden auf den vertraglichen Stundenlohn zur Ermittlung des anrechenbaren Stundenverdiensts die auf Fe-

rien, Feiertage und weitere Zulagen (wiederum insbesondere den 13. Monatslohn) entfallenden Lohnanteile hinzugerechnet (AVIG-Praxis KAE, Ziff. E11). Dieser Betrag wird mit den anrechenbaren Ausfallstunden multipliziert und davon 80 % als Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt.

4.2.5 Diese Praxis wurde vom Bundesgericht bestätigt: Das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht (heute Bundesgericht) gelangte zum Schluss, dass bei Angestellten im Stundenlohn die Ferienzuschläge nicht vom Lohn abzuziehen seien (vgl. BGE 111 V 249 E. 3b). Präzisierend hat es hinzugefügt, dass Zeiten, in denen ein Ferienlohn bezogen wurde, als Beitragszeiten gälten und demnach auch zu ermitteln sei, welche Tage von der Ferienentschädigung erfasst seien (vgl. BGE 112 V 220 E. 2d). Soweit diese Rechtsprechung zu einer Bevorzugung der Angestellten im Stundenlohn geführt hat, hat das Bundesgericht sie in BGE 123 V 70 relativiert und dabei auf das grundsätzliche Verbot der Ferienabgeltung (Art. 329d OR) Bezug genommen. Aus diesem Entscheid dürfe aber, so hat das Bundesgericht in BGE 125 V 42 E. 5b klargestellt, nicht geschlossen werden, "dass bei Versicherten, die anstelle eines Lohnanspruchs während der Ferien eine Ferienentschädigung erhalten, die jeweils zusätzlich zum Grundlohn ausgerichtet wird, diese Entschädigung überhaupt nicht als versicherter Verdienst berücksichtigt wird. Die mit der Änderung der Rechtsprechung bezweckte Gleichstellung der Versicherten, welche die Ferienentschädigung als Lohnzuschlag erhalten, mit denjenigen, denen der Lohn während des Ferienbezugs weiter ausgerichtet wird, muss sich vielmehr bei der Berechnung des versicherten Verdienstes beider Versichertengruppen in der Weise auswirken, dass Ferienlohn oder -entschädigung als versicherter Verdienst derjenigen Monate angerechnet wird, in denen Ferien tatsächlich bezogen werden." Die Praxis des Bundesgerichts verlangt also, den Ferienlohn zu berücksichtigen, aber eine Privilegierung einzelner Entlohnungssysteme – insbesondere der Ferienabgeltung im Stundenlohn – zu verhindern.

4.2.6 Demnach ist nach der herkömmlichen Praxis (vgl. AVIG-Praxis KAE E10 f.; BGE 125 V 42 E. 5b u. 6c) der auf die Ferien entfallende Lohnanteil grundsätzlich als Teil des versicherten Verdiensts zu behandeln und wird von der Entschädigung erfasst. Die Praxis verfolgt nach dem Gesagten das Ziel der möglichst weitgehenden Gleichbehandlung der Arbeitnehmenden im Monatslohn und derjenigen im Stundenlohn. Bei beiden werden die Ferienentschädigungen berücksichtigt, bei den Mitarbeitenden im Monatslohn gemäss der geschilderten Berechnungsmethode (Praxis nach AVIG-Praxis KAE, Ziff. E10, vorstehend E. 4.2.3), bei denjenigen im Stundenlohn

via Lohnzuschlag (gemäss AVIG-Praxis KAE, Ziff. E11, vorstehend E. 4.2.4).

4.2.7 Umgekehrt ist klar, dass der Ferienlohn nur einmal entschädigt werden darf. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, wäre es im normalen Berechnungssystem unstatthaft, bei Mitarbeitenden, für die schon die geschilderte Berechnungsmethode (AVIG-Praxis KAE, Ziff. E10) den Ferienlohn einpreist, zusätzlich einen vertraglich nicht vorgesehenen Ferienzuschlag extra für den Zeitraum der Kurzarbeit auf den Lohn aufzurechnen. Ein eigentlicher Zuschlag zum Stundenlohn erfolgt demnach nur bei Arbeitsverhältnissen, wo dies vertraglich so festgehalten ist, wo also die Ferien nicht real bezogen, sondern ausbezahlt werden. Dies ist regelmässig bei Arbeitsverhältnissen im Stundenlohn der Fall und wird von der Praxis daher auch mit der entsprechenden Berechnungsmethode (AVIG-Praxis KAE, Ziff. E11) verfolgt. In der regulären Situation ist der Ferienlohn bei Arbeitsverhältnissen im Monatslohn bereits eingerechnet; es wäre also kein zusätzlicher Zuschlag auf den Lohn aufzurechnen, da dies zu einer Doppelentschädigung der Ferien führen würde.

4.3 Allerdings wich das Notrecht von diesem System ab. Weil die geschilderte Berechnungsmethode (vorstehend E. 4.2.3) erkennbar aufwändig, komplex und entsprechend schwerfällig ist, wäre die zu erwartende Vielzahl an Anträgen während der Pandemie nicht zu bewältigen gewesen. Deshalb führte Art. 8i der Verordnung ein summarisches Berechnungsverfahren für die Kurzarbeitsentschädigung ein. Diese Bestimmung sieht vor, dass "der anrechenbare Verdienstaufschlag im summarischen Verfahren berechnet" werde (Abs. 1). "Der prozentuale wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall" bestimme sich "aus dem Verhältnis der Summe wirtschaftlich bedingter Ausfallstunden der von Kurzarbeit betroffenen Personen zur Summe der Sollstunden aller anspruchsberechtigten Personen" (Abs. 2). Dieser prozentuale Arbeitsausfall wird mit "der Summe der massgebenden Verdienste aller anspruchsberechtigten Personen" multipliziert (Abs. 3), um den anrechenbaren Verdienstaufschlag zu erhalten, von dem 80 % die Kurzarbeitsentschädigung bilden, die "als Pauschale ausgerichtet" werde (Abs. 1; vgl. zum Ganzen Urteil B-5990/2020 E. 3.7; MINNING/KALBERMATEN, Kurzarbeitsentschädigungen – einen Prüfpunkt wert?, Expert Focus 12/2020 S. 989 ff.).

4.3.1 Art. 8i der Verordnung macht damit klar, dass der Entschädigungsanspruch nicht mehr für jede Mitarbeiterin und jeden Mitarbeiter individuell eruiert wird, sondern für den Betrieb oder die Betriebsabteilung insgesamt.

Es sollen also je die massgeblichen Verdienste, die Sollstunden und die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden als Summe für den gesamten Betrieb ermittelt werden; erst mit diesen Summen wird die Berechnung durchgeführt.

4.3.2 Dieses summarische Berechnungsverfahren erlaubt eine deutlich raschere Bearbeitung einer Vielzahl von Anträgen, führt aber zu einer Verschiebung der errechneten Kurzarbeitsentschädigung: Weil auf die Summen der Stunden und die Summe der Verdienste abgestellt wird, können Mitarbeitende mit hohen Löhnen und wenig Ausfallstunden zu einer für die Anspruchsberechtigten positiven Verzerrung führen, da sie sich positiv auf den Durchschnittslohn auswirken. Umgekehrt können sich die Verschiebungen in Situationen, wo die Arbeitsausfälle vor allem bei hochbezahlten Angestellten anfallen, die mit einer Vielzahl Angestellter mit niedrigem Lohn und geringem Arbeitsausfall gruppiert werden, zu Lasten der Anspruchsberechtigten auswirken. Diese Verzerrungen sind dem summarischen Berechnungsverfahren immanent, wie es in der Verordnung vorgesehen wurde. Sie wurden im Interesse der Verfahrensbeschleunigung bewusst in Kauf genommen (vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts Luzern 5V 20 396 E. 5.4.2 und die Bestätigung im Urteil des BGer 8C_272/2021 E. 5.2.2).

4.3.3 Art. 8i der Verordnung äussert sich somit zwar zum Berechnungsverfahren, bestimmt hingegen nicht ausdrücklich, was unter den für die Berechnung verwendeten Grundwerten "wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden", "Sollstunden" und "massgebende Verdienste" zu verstehen ist.

4.3.4 Für den Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung hatten die anmeldenden Betreibe das Formular "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung – (Ausserordentliches Formular)" zu verwenden, wo sie die Anzahl anspruchsberechtigter Arbeitnehmender, die Anzahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden, die Summe der Sollstunden aller Arbeitnehmenden, die Summe der wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie die Lohnsumme aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden eintragen mussten, woraus die Höhe der Kurzarbeitsentschädigung errechnet wurde (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 6-8). Die Vorinstanz vertritt die Auffassung, dass als Sollstunden und massgeblicher Verdienst jeweils unverändert die im Arbeitsvertrag vorgesehenen Werte einzusetzen waren. Aus den Akten (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 6-8, insbesondere "Monatsblatt effektive Zeiten") ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin die Sollarbeitszeit auch tatsächlich entsprechend mit monatlich 186 Stunden nach L-GAV

(42 : 7 x 31) veranschlagt hat. Dies entspricht der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit (vgl. Vernehmlassungsbeilagen 16 u. 17). Damit entfällt die mit der Berechnungsweise nach regulärer Situation verbundene Erhöhung des der Berechnung zugrundegelegten Lohns bei den Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin im Monatslohn (vorstehend E. 4.2.3) und es resultiert bei ihnen eine *Reduktion der Leistung der Arbeitslosenversicherung* im Vergleich zur herkömmlichen Situation, weil die Zeiten des Ferienbezugs weiterhin nicht als wirtschaftlich bedingter Arbeitsausfall gelten (vgl. zur heute immer noch geltenden Situation den Anhang zur Weisung 2021/01, Nr. 1).

4.3.5 Wie die Vorinstanz zugesteht, sind umgekehrt bei Arbeitnehmenden im Stundenlohn die entsprechenden Lohnzuschläge gemäss herkömmlicher Praxis auch weiterhin möglich (Ziff. 2.2g der Vernehmlassung). Bei ihnen wird also auch in der Pandemiesituation der Ferienlohn von der Kurzarbeitsentschädigung erfasst.

4.4 Unklar, streitig und im Folgenden zu prüfen sind demnach im Wesentlichen drei Fragen. Erstens, ob die Praxis der Vorinstanz zu Art. 8i der Verordnung mit dieser Bestimmung vereinbar ist, zweitens, ob Art. 8i der Verordnung bei den Mitarbeitenden im Monatslohn zu einer Reduktion der Höhe der Kurzarbeitsentschädigung um die Ferienentschädigungen führt und drittens, ob die Bestimmung Hand bietet zu einer Ungleichbehandlung zwischen Mitarbeitenden im Monats- und jenen im Stundenlohn.

4.4.1 Wie ausgeführt, sieht Art. 8i der gegenständlichen Verordnung ein grundsätzlich klares Berechnungssystem vor, bestimmt aber nicht näher, welche Werte dieser Berechnung zugrunde zu legen sind (vorstehend E. 4.3.3). Dies ist durch Auslegung zu ermitteln.

4.4.2 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der massgeblichen Norm. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach der wahren Tragweite der Bestimmung gesucht werden, wobei alle Auslegungselemente zu berücksichtigen sind (Methodenpluralismus). Dabei kommt es namentlich auf den Zweck der Regelung, die dem Text zugrundeliegenden Wertungen sowie auf den Sinnzusammenhang an, in dem die Norm steht. Die Entstehungsgeschichte ist zwar nicht unmittelbar entscheidend, dient aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Namentlich zur Auslegung neuerer Texte, die noch auf wenig veränderte Umstände und ein kaum gewandeltes

Rechtsverständnis treffen, kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu. Vom Wortlaut darf abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Regelung wiedergibt. Sind mehrere Auslegungen möglich, ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht. Allerdings findet auch eine verfassungskonforme Auslegung ihre Grenzen im klaren Wortlaut und Sinn einer Gesetzesbestimmung (BGE 147 V 79 E. 7.3.1; 147 V 55 E. 5.1; 147 II 25 E. 3.3 je m.w.H.). Betreffend die Auslegung der gegenständlichen Verordnung hat das Bundesverwaltungsgericht im Urteil B-5990/2020 E. 4.5 festgestellt, dass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass unter der Geltung des Notrechts die vorbestehende Praxis weitergeführt werden soll, sofern die Notverordnungen keine Abweichung enthielten.

4.4.3 Aus diesem Grundsatz des Festhaltens an der bisherigen Praxis ergibt sich auch, dass sich Abweichungen von der gefestigten Praxis durch das Notrecht mit einer gewissen Deutlichkeit aus den einschlägigen Notverordnungen ergeben müssen. Findet sich kein Hinweis auf eine beabsichtigte Abweichung und macht auch eine Gesamtbetrachtungsweise, mithin die systematische oder teleologische Auslegung eine Abweichung nicht notwendig, so ist davon auszugehen, dass die vorbestehende Praxis unverändert weitergeführt wird.

4.4.4 Der von Art. 8i der Verordnung verwendete Begriff des massgebenden Verdiensts ist im Bereich der Arbeitslosenversicherung bereits besetzt. Er hat aber – je nachdem, ob die betreffenden Arbeitnehmenden im Monatslohn oder im Stundenlohn beschäftigt sind – eine unterschiedliche Bedeutung (vorstehend E. 4.2.3 f. und 4.2.7). Der Wortlaut knüpft damit an die von der Vorinstanz selbst für die herkömmliche Situation geschaffene Praxis an. Art. 8i Abs. 3 der Verordnung enthält in keiner Sprachfassung einen Hinweis darauf, dass der Ferienlohn im summarischen Verfahren nicht zu berücksichtigen wäre, sondern bezieht sich einfach auf die "Summe der massgebenden Verdienste" ("somme des gains déterminants"; "somma dei guadagni determinanti"), lässt aber offen, wie diese zu bestimmen sind.

4.4.5 In systematischer Hinsicht ist einerseits zu berücksichtigen, dass grundsätzlich an der bestehenden Praxis festgehalten werden sollte (vorstehend E. 4.4.2 f.); sofern eine Auslegung mit weniger weitgehenden systemwidrigen Abweichungen vom bestehenden Recht (Art. 34 Abs. 2 AVIG) und der vorbestehenden Praxis der Vorinstanz selbst (vgl. AVIG-Praxis KAE, Ziff. E 10 f.) auskommt, ist ihr der Vorzug zu geben. Dies umso mehr,

als es sich bei der vorliegenden Verordnung weitgehend um Notrecht *prae-ter legem* handelt (vgl. Urteil B-5990 E. 2.3), das als Ausnahmeerscheinung im Zweifel eng auszulegen ist.

4.4.6 Ebenso mag hier erwähnt werden, dass mittlerweile das Bundesgesetz vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz, SR 818.102) in Kraft getreten ist, auf dessen Art. 17 sich die Covid-19-Verordnungen Arbeitslosenversicherung seither stützen. Diese Delegationsgrundlage enthält einen Katalog von Materien, die der Bundesrat als Verordnungsgeber abweichend vom AVIG regeln kann; auch hier findet sich keine Ermächtigung, eine Leistungskürzung vorzunehmen. Spätestens seit der Verordnung vom 7. Oktober 2020 über die Abstützung der Covid-19-Verordnungen auf das Covid-19-Gesetz (AS 2020 3971) wäre eine Berechnung, die zu einer Leistungskürzung im Vergleich zum nach herkömmlicher Praxis Erhaltenen führt, rechtswidrig.

4.4.7 Bei der Auslegung ist auch die Zweckrichtung einer Norm zu berücksichtigen. Mit der gegenständlichen Verordnung wurde einerseits bezweckt, den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung auf neue Kategorien von Arbeitnehmenden auszuweiten (wie arbeitgeberähnliche Personen, Lernende usw.), andererseits das Verfahren zu beschleunigen und zu vereinfachen (etwa durch Verzicht auf die Voranmeldefrist, den Verzicht auf einzelne Nachweise usw.), um eine rasche und unbürokratische Hilfe für die Betriebe zu gewährleisten (vgl. etwa die Medienmitteilung des Bundesrates "Coronavirus: Anpassungen im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung und Szenarien für die Schweizer Konjunktur" vom 8. April 2020; bekräftigt in der Medienmitteilung "Coronavirus: Summarisches Abrechnungsverfahren bei Kurzarbeit verlängert" vom 1. Oktober 2021). Der Übergang vom ordentlichen zum summarischen Berechnungsverfahren ist dieser zweiten Gruppe von Anpassungen zuzurechnen. Das summarische Verfahren dient dazu, einen rascheren Vollzug der Auszahlung und ein einfacheres Einreichen der Anträge zu ermöglichen. Darüber hinaus finden sich keine einschlägigen Materialien zur Verordnung (vgl. dazu auch das Urteil des Kantonsgerichts Luzern 5V 20 396 E. 5.4.1).

4.5 Vor diesem Hintergrund ist – insbesondere unter Berücksichtigung des Verfahrenszwecks – nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei allen Arbeitnehmenden unabhängig von der Beschäftigungsart grundsätzlich auf die komplizierte Berechnung nach der herkömmlichen Praxis (vorstehend E. 4.2.3) verzichtet hat. Ebenso ist grundsätzlich nicht zu beanstanden,

dass die Vorinstanz an der Praxis festgehalten hat, wonach Ferien nicht zu wirtschaftlich begründeten Ausfallstunden führen. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob sie die einzelnen Teile dieser Praxis so handhaben darf, dass im Zusammenspiel eine Leistungskürzung resultiert (sogleich E. 4.6) oder eine Privilegierung der Arbeitnehmenden im Stundenlohn entsteht (nachfolgend E. 4.7).

4.6 Das von der Vorinstanz angewandte Berechnungssystem führt im Ergebnis dazu, dass bei den Arbeitnehmenden im Monatslohn der Ferienlohn nicht mehr von der Kurzarbeitsentschädigung erfasst wird (vorstehend E. 4.3.4). Daraus ergibt sich, dass eine Reduktion der gesetzlichen Leistungen der Arbeitslosenversicherung stattfindet. Diese müsste sich nach dem Gesagten aus der Verordnung ergeben, um zulässig zu sein.

4.6.1 Der Wortlaut von Art. 8i Abs. 3 der Verordnung bietet keine Grundlage für eine Leistungskürzung bei Arbeitnehmenden im Monatslohn. Sie sieht zwar ein vereinfachtes Berechnungsverfahren vor, lässt aber offen, welche Werte für diese Berechnung verwendet werden sollen. Bloss daraus, dass eine Verordnung ein vereinfachtes Berechnungsverfahren vorschreibt, lässt sich jedenfalls noch keine Reduktion der grundsätzlichen Anspruchshöhe ablesen.

4.6.2 Selbst wenn ein politischer Wille bestanden hätte, eine Leistungsreduktion vorzunehmen, wäre dafür aber eine (ausreichend deutliche) Rechtsgrundlage erforderlich gewesen. Der Ordnungsgeber – der überdies flexibler als der Gesetzgeber handeln kann – hat es aber unterlassen, eine solche zu schaffen oder auch nur einen entsprechenden Willen erkennbar in der Verordnung zum Ausdruck zu bringen. Mithin muss davon ausgegangen werden, dass eine Leistungskürzung in Abweichung von der vorbestehenden Praxis nicht angestrebt war.

4.6.3 Im Ergebnis führte das Abstellen der Vorinstanz auf die vertraglichen Arbeitszeiten und die vertraglichen Löhne zur gleichen Situation, die nach herkömmlicher Praxis bei den Angestellten im Stundenlohn bestand, denn bei diesen werden ebenfalls die jeweils vertraglichen Werte verwendet. Bei ihnen wird der Ferienlohn aber durch einen Lohnzuschlag berücksichtigt – nicht nur in der herkömmlichen Situation, sondern auch während der Pandemie (vgl. vorstehend E. 4.3.5). Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Arbeitnehmenden im Monatslohn diesen Lohnzuschlag nicht erhalten sollen, findet in der Verordnung keine Grundlage. Ein Lohnzuschlag, wie er

nach herkömmlicher Praxis bei den Arbeitnehmenden im Stundenlohn erfolgt, ist überdies auch mit der durch die Verordnung angestrebten Beschleunigung und Vereinfachung des Verfahrens (vorstehend E. 4.4.7) vereinbar, denn er kann mit vernachlässigbarem Aufwand zur zuvor nach summarischer Berechnungsmethode errechneten Lohnsumme hinzugerechnet werden. Dies zeigt im Übrigen auch die Tatsache, dass die Vorinstanz den Zuschlag für die Angestellten im Stundenlohn auch in der Pandemiesituation weiterhin zulässt.

4.6.4 Die von der Vorinstanz vorgenommene Leistungskürzung findet damit keine Grundlage in Art. 8*i* der Verordnung. Die Lohnzuschläge, wie die Beschwerdeführerin sie vorgenommen hat, sind zu Recht erfolgt.

4.7 Selbst wenn die Leistungskürzung mit der Verordnung vereinbar oder gar von ihr vorgesehen wäre, wäre sie verfassungswidrig: Die Vorinstanz hat während der Pandemie erwiesenermassen für die Arbeitnehmenden im Stundenlohn den Ferienlohn bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung berücksichtigt (vorstehend E. 4.3.5). Die Berechnung, die sie für die Arbeitnehmenden im Monatslohn vorsieht, berücksichtigt den Ferienlohn hingegen nicht. Wenn mithin für Arbeitnehmende im Stundenlohn und Arbeitnehmende im Monatslohn mit ansonsten gleichem Pensum, gleichem Lohn und gleichem Arbeitsausfall ein Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung gestellt wird, erhalten die Arbeitnehmenden im Stundenlohn eine höhere Kurzarbeitsentschädigung.

4.7.1 Damit schafft das Berechnungssystem nach Art. 8*i* der Verordnung in der Form, wie es die Vorinstanz anwendet, je nach Anstellungsart unterschiedliche Ergebnisse. Dies steht im Widerspruch zum Rechtsgleichheitsgebot. Nach dem allgemeinen Gleichheitssatz von Art. 8 Abs. 1 BV ist Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln. Der Anspruch auf rechtsgleiche Behandlung wird insbesondere verletzt, wenn hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn Unterscheidungen unterlassen werden, die aufgrund der Verhältnisse hätten getroffen werden müssen (vgl. BGE 147 I 1 E. 5.2; 143 V 139 E. 6.2.3; 136 V 231 E. 6.1; 106 Ia 267 E. 5b; 105 V 280 E. 3b je m.w.H.). Im Rahmen einer verfassungsmässigen Auslegung des unklaren Begriffs des massgeblichen Verdiensts und seiner Anwendung durch die Vorinstanz ist namentlich der Rechtsgleichheit Rechnung zu tragen (vgl. BGE 136 V 231 E. 6.1).

4.7.2 Der Betrag der zugesprochenen Kurzarbeitsentschädigung ist offensichtlich eine in diesem Sinne entscheidungswesentliche Tatsache. Grundsätzlich sind die Pandemie-Situation und die sich daraus ergebende Notwendigkeit zur beschleunigten und vereinfachten Abrechnung auch nicht als vernünftige Gründe im Sinne dieser Rechtsprechung zu werten, die für sich selbst genommen eine Ungleichbehandlung gleichgearteter Sachverhalte gebieten würden, die verlangten, Arbeitnehmende je nach Lohnsystem unterschiedlich zu behandeln (vgl. E. 4.6.3).

4.7.3 Eine ungleich hohe Entschädigung bei ansonsten gleichen Arbeitsverhältnissen könnte mithin nur dann vor dem Rechtsgleichheitsgebot bestehen, wenn die Lohnsysteme selbst als Ungleichheit erschienen, die eine Ungleichbehandlung verlangen würden. Wenn nach dem Gesagten im summarischen Verfahren die unterschiedliche Berechnungsweise weggefallen ist, so rechtfertigt dies deswegen allerdings keine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Lohnzuschläge und der Höhe der Leistungen, die für einen ansonsten identischen Versicherungsfall ausgerichtet würden.

4.7.4 Überdies führt die unterschiedlich hohe Kurzarbeitsentschädigung zu einer nach BGE 123 V 70 und BGE 125 V 42 verpönten Privilegierung der Anstellungsverhältnisse im Stundenlohn: Weil die Ferien grundsätzlich real zu beziehen sind und eine Abgeltung verboten ist (Art. 329d Abs. 2 OR), muss es sich bei der Auszahlung der Ferien in Form eines Lohnzuschlags um eine Ausnahmesituation handeln, die im Vergleich zur Anstellung im Monatslohn keine Privilegierung erfahren soll (BGE 123 V 42 E. 5a). Der Ausschluss des Lohnzuschlags für Mitarbeitende im Monatslohn, der das Resultat der vorinstanzlichen Praxis ist, hält deshalb vor der Praxis des Bundesgerichts nicht stand.

4.7.5 Damit verletzt die Nichtberücksichtigung der Ferienzuschläge bei den Arbeitnehmenden im Monatslohn durch die Vorinstanz auch Art. 8 Abs. 1 BV.

4.8 Zusammenfassend ergibt sich aus dem Vorstehenden, dass Art. 8i der Verordnung eine ausreichende Rechtsgrundlage bietet, um von der regulären Praxis der Berechnung je Mitarbeiterin oder Mitarbeiter abzuweichen und zu einer summarischen Berechnungsweise der Kurzarbeitsentschädigung übergehen zu können. Ebenso deckt diese Rechtsgrundlage die aufgrund der summarischen Berechnungsweise entstehenden Verschiebungen in der Höhe der konkreten Entschädigung ab. Hingegen fehlt der Vorinstanz eine Rechtsgrundlage für die von ihr angestrebte Änderung der

Bemessung der Leistungen der Kurzarbeitsentschädigung, mithin für eine Leistungskürzung. Soweit sie auch bei den Mitarbeitenden im Monatslohn eine Berechnung nach der gleichen Methode wie bei denjenigen im Stundenlohn vornimmt, kann sie diesen die Lohnzuschläge für die Ferienentschädigung nicht verwehren, die bei dieser Berechnungsart praxismässig zu berücksichtigen sind. Überdies würde eine auf Arbeitnehmende im Monatslohn beschränkte Nichtberücksichtigung der Ferienentschädigung zu einer Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 BV) und zu einer Besserstellung derjenigen Arbeitnehmenden führen, die ihre Ferien nicht real beziehen, sondern sich diese – entgegen der absolut zwingenden Schutzbestimmung des Art. 329d Abs. 2 OR – abgelten lassen. Dies hat das Bundesgericht in dem von der Vorinstanz selbst angeführten BGE 123 V 70 E. 5 gerade für unzulässig erkannt.

4.9 In der Zwischenzeit hat auch das Bundesgericht betreffend das erwähnte Urteil des Kantonsgerichts Luzern 5V 20 396 die gleiche Frage entscheiden müssen (Urteil 8C_272/2021 vom 17. November 2021 [zur Publikation vorgesehen]). Die vorstehenden Erwägungen stehen im Einklang mit diesem Entscheid. Das Bundesgericht hält zu seiner eigenen einschlägigen Praxis fest: "Diese Grundsätze der Gleichbehandlung von Lohnbezug während der Ferien oder Feiertage und eigentlichem Ferien- oder Feiertagszuschlag bei der Bemessungsweise von versichertem Verdienst und Beitragszeit in dem Sinne, dass sich die Art und Weise des Lohnbezugs hinsichtlich Ferien und Feiertage nicht auf das ziffernmässige Ergebnis auswirken soll, sind auch bei der Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung nicht ausser Acht zu lassen" (E. 5.4.3). Es betont, dass die Methode der Bemessung der Kurzarbeitsentschädigung im Normalverfahren "in Berücksichtigung der Intention von Art. 34 Abs. 2 AVIG dem Gleichbehandlungsgebot Nachachtung verschafft." Es rechtfertigt sich nicht, diese Berücksichtigung durch die Einführung des Summarverfahrens in Frage zu stellen. Die vorliegend von der Vorinstanz angestrebte Leistungskürzung und die materielle Ungleichbehandlung von Lohnbestandteilen habe weder von Art. 34 Abs. 2 AVIG noch von Art. 8i der Verordnung eine rechtliche Grundlage. "Diese Bestimmung normiert wohl die Anwendung eines summarischen Verfahrens mit pauschaler Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung ohne individuelle Berücksichtigung des Arbeits- und Verdienstauffalls der einzelnen von Kurzarbeit betroffenen Personen [...]. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass, im Sinne des Gleichbehandlungsgebots, die Ferien und Feiertage der im Monatslohn Angestellten nicht mehr in die Abrechnung einfliessen dürfen."

4.10 Was die Mitarbeitenden der Gruppe 2 betrifft, ist demnach die Beschwerde begründet. Die Beschwerde ist gutzuheissen, und der angefochtene Einspracheentscheid ist aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie den Rückforderungsbetrag um den auf die Mitarbeitenden der Gruppe 2 entfallenden Anteil reduziere und im Sinne der vorstehenden Erwägungen erneut über die Rückforderung verfüge.

5.

Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG) und werden durch die Kasse von der Arbeitgeberin zurückgefordert (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Hat die Arbeitgeberin die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für sie jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmenden ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 Satz 2 AVIG).

5.1 Ist die Mindestanstellungsdauer von sechs Monaten unterschritten, die von Art. 8f der Verordnung verlangt wird, ist nicht von einer ausreichenden Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG auszugehen. Diese Frist ist demnach wie die übrigen Voraussetzungen dieses Artikels zu behandeln, die nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzungen sind (*conditions de fond*; Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2 m.H.), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). Somit ist die Revisionsverfügung der Vorinstanz betreffend die Arbeitnehmer der Gruppe 1 nicht zu beanstanden. Nicht bestritten wird von der Beschwerdeführerin die Berechnung der diesbezüglichen Rückforderungssumme, also die Zusammenstellung und Abrechnung der einzelnen zurückgeforderten Stunden. Nachdem sich aus den Akten keine Hinweise auf eine unrichtige Erstellung des Rückforderungsbetrags ergeben, ist der genaue Betrag der Rückforderung für diese Gruppe unverändert gemäss der Verfügung der Vorinstanz zu belassen.

5.2 Bei den Mitarbeitenden der Gruppe 2 zeigt sich, dass die Beschwerdeführerin zu Recht von der Berücksichtigung der Ferienentschädigung ausgegangen ist. Die Vorinstanz wird den Rückforderungsbetrag im entsprechenden Umfang reduzieren müssen.

5.3 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Sache zur neuerlichen Berechnung des Rückforderungsbetrags im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen 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 (Urteile des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 7 und B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7 m.H.). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die teilweise unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]); ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Beteiligten (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE) sind die Verfahrenskosten auf Fr. 2 100.– festzusetzen.

6.1 Nach dem Vorstehenden wurde die Beschwerde teilweise abgewiesen und in einem anderen Teil an die Vorinstanz zurückverwiesen, mithin gutgeheissen. Die Beschwerdeführerin hat also teilweise obsiegt. Der Anteil der Mitarbeitenden der Gruppe 1 am streitgegenständlichen Rückforderungsbetrag entspricht überschlagsweise zwei Dritteln; in diesem Umfang unterliegt die Beschwerdeführerin. Im restlichen Drittel ist sie als obsiegend zu betrachten. Die Verfahrenskosten sind um diesen Anteil zu ermässigen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Demnach muss die Beschwerdeführerin Kosten in der Höhe von Fr. 1 400.– übernehmen. Der teilweise unterliegenden Vorinstanz sind keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

6.2 Die teilweise obsiegende Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine gekürzte Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 2 VGKE). Da eine Kostennote nicht eingereicht wurde, ist die Parteientschädigung aufgrund der Akten (Art. 14 Abs. 2 VGKE) nach dem für das Verfahren notwendigen Zeitaufwand (Art. 10 Abs. 1 VGKE) festzusetzen. Eine Entschädigung von Fr. 2 100.– scheint für den vorliegenden Fall angemessen. Unter Berücksichtigung des Verfahrensausgangs wird die Vorinstanz die Beschwerdeführerin demnach mit Fr. 700.– zu entschädigen haben.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und die Sache zur Neuberechnung des Rückforderungsbetrages im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 1 400.– auferlegt. Dieser Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2 100.– entnommen. Der Überschuss von Fr. 700.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht mit beiliegendem Formular ihre Post- oder Bankverbindung mitzuteilen.

3.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin für das vorliegende Beschwerdeverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 700.– zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular);
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde; Ref-Nr. _____);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

und wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (auszugsweise; A-Post).

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Benjamin Märkli

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: 30. Dezember 2021