



Abteilung II
B-2334/2022

Urteil vom 27. September 2023

Besetzung

Richterin Mia Fuchs (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber Urs Küpfer.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch lic. iur. Roger Vago, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Prof. Dr. iur. Isabelle Häner und/oder Dr. iur. Florian Brunner,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die X. _____ AG mit Sitz in Y. _____ bezweckt Telefonmarketing, Akquisition, Inserateverwaltung sowie den Betrieb eines Verlags für Zeitschriften, Magazine und sonstige Medien. Sie machte für die Arbeitnehmenden (mit Ausnahme von drei Personen) ihrer drei Betriebsabteilungen "Administration", "Verkauf" und "Druckvorstufe" für jeden Arbeitstag und für sämtliche Abrechnungsperioden im Zeitraum von März 2020 bis September 2021 einen wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall von 50 % geltend. Dem Geschäftsführer zufolge wurden die fixen Blockzeiten während der Kurzarbeit reduziert, so dass eine Arbeitszeit von vier Stunden pro Tag geleistet worden sei. Die X. _____ AG beanspruchte somit in den Monaten März 2020 bis September 2021 Kurzarbeitsentschädigungen in der Höhe von insgesamt Fr. [...]. Bis auf die Leistungen für den September 2021 im Umfang von Fr. [...] wurden ihr sämtliche dieser Kurzarbeitsentschädigungen, d.h. Fr. [...], ausbezahlt.

B.

Am 20. Oktober 2021 überprüfte die vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO beauftragte externe Prüfstelle Ernst & Young AG die beanspruchten Entschädigungen auf ihre Rechtmässigkeit hin. Gestützt darauf gelangte das SECO mit Revisionsverfügung vom 21. Dezember 2021 zum Schluss, in den Abteilungen "Administration" und "Verkauf" sei vor und auch während der Kurzarbeit keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt worden, welche täglich über die geleisteten Arbeits- und allfällige Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sonstige Absenzen wie Krankheit, Unfall etc. Auskunft gebe. In der Abteilung "Druckvorstufe" werde die effektive Arbeitszeit täglich mit Stempelkarten erfasst. Diese würden aber nicht aufbewahrt. Zudem sei auch für Tage, an denen die Arbeitnehmenden aufgrund von Ferien und Feiertagen nachweislich nicht gearbeitet hätten, Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht worden. Der Betrieb sei ausserdem bei der Berechnung der Sollstunden und der Ausfallstunden von einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden für eine Vollzeitstelle ausgegangen, obschon die Arbeitszeit gemäss den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen 42.5 Stunden betrage. Auch sei die Berechnung der Sollstunden von Teilzeittätigen nicht nachvollziehbar. Die Arbeitsausfälle seien somit nicht überprüfbar. Plausibilisierungsversuche anhand anderer betrieblicher Unterlagen seien nicht möglich gewesen, weshalb die für den Prüfungszeitraum März 2020 bis September 2021 geltend gemach-

ten Kurzarbeitsentschädigungen vollumfänglich aberkannt werden müssten. Die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen von Fr. [...] (Fr. [...] abzüglich der nicht ausbezahlten Fr. [...]) seien der zuständigen Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten.

C.

Die dagegen erhobene Einsprache vom 28. Januar 2022 wies das SECO mit Einspracheentscheid vom 1. April 2022 ab. Es verneinte einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, da der Arbeitsausfall sämtlicher betroffener Arbeitnehmender nicht bestimmbar bzw. deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar sei. Demgemäss hielt es an der verfügten Rückforderung vollumfänglich fest.

D.

Hiergegen erhob die X. _____ AG (Beschwerdeführerin) am 24. Mai 2022 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragte, es sei die angefochtene Revisionsverfügung ersatzlos aufzuheben und entsprechend auf eine Rückforderung zurückliegender Leistungen zu verzichten, und es seien die beantragten Leistungen ab September 2021 auszurichten. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Kontrollierbarkeit der Ausfallstunden sei stets gewährleistet gewesen. Zudem verlangte sie (erneut) die Befragung von Arbeitnehmenden als Zeugen und berief sich auf den Vertrauensschutz.

E.

Mit Vernehmlassung vom 26. August 2022 beantragte das SECO (Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde. Es machte geltend, die Kurzarbeitsentschädigungen für die fraglichen Monate seien wegen Unkontrollierbarkeit unrechtmässig beansprucht bzw. bezogen worden und deshalb – soweit bereits ausbezahlt – zurückzuerstatten.

F.

In ihrer Replik vom 27. September 2022 hielt die Beschwerdeführerin insbesondere fest, dass die Vorinstanz keinen Anspruch auf Parteientschädigung habe.

G.

Am 13. Juli 2023 reichte die Vorinstanz dem Gericht auf Nachfrage fehlende Unterlagen ein. Diese wurden der Beschwerdeführerin am 28. August 2023 antragsgemäss zur Einsichtnahme zugestellt. Innert der ihr angesetzten Frist hat sich die Beschwerdeführerin nicht dazu geäußert.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist für die 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 Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet einzig der vorinstanzliche Einspracheentscheid vom 1. April 2022. Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren erst durch den Einspracheentscheid abgeschlossen, welcher die ursprüngliche Verfügung ersetzt (vgl. BGE 142 V 337 E. 3.2.1 in fine). Soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren die Aufhebung der Revisionsverfügung vom 21. Dezember 2021 beantragt, ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

1.4 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (vgl. 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 somit einzutreten, soweit sie sich gegen den Einspracheentscheid richtet (vgl. soeben E. 1.3).

2.

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehlern bei der

Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass die mit der Einsprache beantragten Zeugenbefragungen abgelehnt wurden. Zeugenbefragungen seien durch die Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, sondern lediglich mit einer Unsicherheit behaftet, die sich nur durch direkte Befragung klären lasse. Zusammen mit den monatlichen Abrechnungen und dem Formular "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden", das die Arbeitnehmenden seit Juli 2021 unterzeichnet hätten, sei die Kontrollierbarkeit gewährleistet. Die bezeichneten Personen böten sich daher ausdrücklich für den Zeugenbeweis an. Formalitäten seien zudem in Notsituationen wie der Pandemie nicht zu streng zu handhaben. Gemäss Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033) seien die Anforderungen an die betriebliche Arbeitszeitkontrolle unter summarischen Aspekten zu betrachten. Die Erleichterungen der Verordnung würden sonst unterwandert. Des Weiteren habe sich die Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung jederzeit anhand der verfügbaren Unterlagen ein genügend klares Bild über die Arbeitszeiten und den wirtschaftlich bedingten Ausfall machen können. Die Kontrollierbarkeit sei damit ausreichend gewährleistet gewesen. Die Beschwerdeführerin vermöge sich zudem auf den Vertrauensschutz zu berufen. So sei ihr Vertrauen darauf, dass die eingereichten Unterlagen ausreichend, richtig und genügend bestimmt seien, zu schützen. Dass ihr über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt worden seien, stehe einer Rückforderung der Leistungen entgegen. Daneben sei auch ein Vertrauensschutz aufgrund behördlicher Auskunft gegeben, da die Leistungen stets vorbehaltlos bezahlt worden seien.

3.2 Dagegen erklärt die Vorinstanz, auf Zeugenbefragungen sei in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten. Die Beschwerdeführerin erfülle das Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht; es fehle an einer fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden. Insbesondere der Hinweis auf Blockzeiten genüge nicht. Zwar habe während der Covid-19-Krise die möglichst rasche Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigungen im Vordergrund gestanden, wes-

halb ein vereinfachtes bzw. summarisches Abrechnungsverfahren eingeführt worden sei. Am Erfordernis der ausreichenden Kontrollierbarkeit habe sich jedoch nichts geändert. Der Umstand, dass über eine längere Zeit vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt worden seien, löse praxisgemäss keinen Vertrauensschutz aus und stehe einer Rückforderung der Beträge nicht entgegen. Auch lägen die Voraussetzungen für den Vertrauensschutz aufgrund behördlicher Auskunft nicht vor.

4.

4.1 Die Kurzarbeit ist im Arbeitslosenversicherungsgesetz geregelt, das durch die Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02) konkretisiert wird. Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (Bst. a), der Arbeitsausfall anrechenbar (Art. 32 AVIG; Bst. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt (Bst. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Bst. d). Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall gemäss Art. 32 Abs. 1 AVIG, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Bst. a) und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Bst. b). Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben u.a. Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG).

4.2 Im Rahmen der Corona-Pandemie ist der Bundesrat zulässigerweise punktuell von dieser Regelung abgewichen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.5). Einschlägig in diesem Zusammenhang ist insbesondere die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. Diese konnte vom bestehenden System, wie es die Art. 31 ff. AVIG festlegen, abweichen und führte im entsprechenden Umfang auch dazu, dass unter Umständen von der zu diesem System entwickelten Praxis abzuweichen ist (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.3.1). Dabei ist aber – vor allem aufgrund der in der Verordnung ange-

wandten 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 (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1 und 4.5). Vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit der weggefallenen Arbeitszeit anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle – wie sie vorliegend strittig ist – wollte der Verordnungsgeber nicht abweichen. Zwar sollten zusätzliche Personen von der Kurzarbeitsentschädigung profitieren können, doch mussten (auch) sie die unveränderten Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung einhalten, um den anspruchsbegründenden Nachweis für die zu entschädigende Arbeitszeit zu erbringen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.10).

4.3 Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus, wobei der Arbeitgeber die entsprechenden Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b Abs. 1 und 2 AVIV). Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (vgl. Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Die Beweislast für den Arbeitsausfall obliegt dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 2.3 in fine). Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, die genauen Arbeitszeiten der einzelnen Arbeitnehmer jederzeit möglichst zuverlässig feststellen zu können. Dies entbindet die Verwaltung aber nicht davon, dem Betrieb bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle Gelegenheit zu geben, die Zweifel zu entkräften. Indessen liegt es nicht an der Behörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede zur Kurzarbeit angemeldete Person individuell zu beweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten (vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteile des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4 und B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1).

Dem Erfordernis der rechtsgenügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle wird ausschliesslich mit einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan (vgl. Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2; Urteil des EVG C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4). Ein geltend gemachter Arbeitsausfall ist erst dann genügend kontrollierbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag überprüfbar ist (vgl. Urteil des

EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a). Fehlen geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitznachweis, können diese nicht durch nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmer oder anderer Personen ersetzt werden (vgl. Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 4.2.2 m.w.H.).

Unter einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung versteht man ein System, bei welchem die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag und Arbeitnehmer in hinreichend verlässlichen Belegen wie Zeiterfassungskarten, Stunden-, Regie- oder Reiserapporten stetig festgehalten werden (vgl. Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Die gearbeiteten Stunden können elektronisch, mechanisch oder von Hand erfasst werden. Wesentlich ist allein, dass die Dokumentierung ausreichend detailliert ist und zeitgleich erfolgt (vgl. Urteil des BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.3 m.H.; Urteil des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1). Zeitgleich ist eine Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nachträglich nicht beliebig abgeändert werden können, ohne dass dies vermerkt wird (vgl. Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst nachträglich erstellt wurden (vgl. Urteile des EVG C 64/04 vom 19. August 2004 E. 2.1 und C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2). Eine im Nachhinein präsentierte Zusammenstellung der angeblich tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden stellt kein adäquates Mittel zur Kontrolle des Arbeitsausfalls dar, weil es ihr am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung fehlt (vgl. Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1; zum Ganzen auch Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4). Ebenfalls nicht ausreichend ist nach der Praxis der blosse Hinweis auf fixe Arbeitszeiten, die von den Arbeitnehmenden einzuhalten gewesen und auch eingehalten worden seien. In der Situation der Kurzarbeit ist es geradezu wahrscheinlich, dass an einzelnen Tagen mehr oder weniger gearbeitet wird, um Restarbeiten zu verhindern (vgl. Urteile des BVGer B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 3.5.1 und B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 6.2.2 m.H.). Auch bei fixen Arbeitszeiten muss daher die effektiv gearbeitete Zeit erfasst werden, um glaubhaft darzulegen, inwiefern ein Arbeitsausfall vorhanden ist (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1 m.H.).

Entscheidend ist sodann die jederzeitige Kontrollierbarkeit: Eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung muss sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten jedes Arbeitnehmenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall machen können (vgl.

Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2). Nachträglich eingereichte Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf ihre Authentizität gezogen werden können; andernfalls würde die der Verwaltung vom Gesetz auferlegte Kontrollaufgabe ihres Sinnes beraubt werden (vgl. Urteil des BVerG B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3).

5.

5.1 Die externe Prüfstelle konstatierte anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 20. Oktober 2021, dass die Beschwerdeführerin nicht über eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle verfüge, die Auskunft über die täglich geleisteten Arbeitsstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden und alle übrigen Absenzen gebe. Für die Betriebsabteilungen "Administration" und "Verkauf" bestünden keine Arbeitszeitkontrollen, für die Abteilung "Druckvorstufe" seien die Stempelkarten nicht mehr vorhanden und damit nicht überprüfbar. Eine Plausibilisierung anhand anderer betrieblicher Unterlagen sei nicht möglich. Dies bestreitet die Beschwerdeführerin an sich nicht. Sie macht aber geltend, dass Zeugenaussagen zusammen mit den monatlichen Abrechnungen, in welchen die Arbeitnehmenden das Formular "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" seit Juli 2021 unterzeichnet hätten, den Nachweis der Arbeitszeiten erbringen würden.

5.2 Die Beschwerdeführerin übersieht dabei, dass für eine rechtsgenügli- che Arbeitszeitkontrolle gemäss ständiger Rechtsprechung eine täglich fortlaufende, zeitgleiche Arbeitszeiterfassung aller Mitarbeitenden nötig ist, damit die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag überprüft werden kann (vgl. oben E. 4.3). Wie dargelegt, müssen die geleisteten Arbeitszei- ten hinreichend detailliert erfasst werden und zeitgleich erfolgen; mithin können sie grundsätzlich nicht im Nachhinein festgehalten werden. Schon aus diesem Grund vermögen die "Rapporte über die wirtschaftlich beding- ten Ausfallstunden", die offenbar erst seit Juli 2021 erstellt werden, die Ar- beitszeiterfassung für den Zeitraum ab März 2020 nicht zu belegen. Im Üb- rigen geht aus diesen sowie dem im Beschwerdeverfahren eingereichten Rapport für den Februar 2022 einzig hervor, an welchem Tag pro Arbeit- nehmenden in der Regel vier, vereinzelt zwei Stunden ausfielen. Weiter fällt auf, dass in den Rapporten keine Abwesenheiten der Arbeitnehme- den, wie Ferien, Feiertage oder krankheits-/unfallbedingte Absenzen, auf- geführt sind. Damit wurde gerade nicht, wie praxisgemäss erforderlich, die effektiv gearbeitete Arbeitszeit erfasst. Wie dargelegt (oben E. 4.3), reicht

der Hinweis auf Blockzeiten, die eingehalten bzw. ausgefallen sind, nicht aus. Die Vorinstanz ging daher zu Recht davon aus, dass die erforderlichen Arbeitszeitkontrollen für die Betriebsabteilungen "Administration" und "Verkauf" gänzlich fehlten bzw. für die Abteilung "Druckvorstufe" nicht mehr vorhanden waren.

5.3 Auch lassen sich fehlende Unterlagen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin praxismässig nicht nachträglich durch Befragung der betroffenen Personen ersetzen (vgl. oben E. 4.3). Die Vorinstanz durfte daher darauf verzichten, die beantragte Zeugenbefragung durchzuführen, und es kann auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren darauf verzichtet werden, die von der Beschwerdeführerin aufgelisteten Personen als Zeugen anzuhören.

5.4 Die Anspruchsvoraussetzungen der Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls und der ausreichenden Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit sind im Gesetz und in der Verordnung festgehalten (vgl. Art. 31 Abs. 3 AVIG und 46b Abs. 1 AVIV), sodass grundsätzlich davon auszugehen ist, sie seien bekannt. Darüber hinaus werden die Arbeitgeber zu verschiedenen Zeitpunkten darauf aufmerksam gemacht, dass sie eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle zu führen haben. So müssen Arbeitgeber, welche Kurzarbeitsentschädigung geltend machen wollen, den Arbeitsausfall vorgängig mit dem Formular "Voranmeldung von Kurzarbeit" der kantonalen Amtsstelle anmelden. In diesem Formular wird der Arbeitgeber ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er vor dem Ausfüllen die Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung" lesen solle. Darin ist die Information, dass für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden muss, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inklusive allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sämtliche übrigen Absenzen – wie zum Beispiel Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärdienstabwesenheiten – Auskunft gibt, ausdrücklich enthalten. Gemäss konstanter Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts kommen die Vollzugsorgane der Arbeitslosenversicherung ihrer Aufklärungspflicht damit genügend nach (vgl. Urteil des BGer 8C_375/2007 vom 28. September 2007 E. 2.2; Urteile des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 4.2, B-3996/2013 E. 9.4 und 9.6, B-325/2013 vom 20. Mai 2014 E. 6.2 sowie B-2880/2011 vom 24. Juli 2012 E. 7.3). Zudem enthält auch das erwähnte Formular "Voranmeldung von Kurzarbeit" noch einmal einen ausdrücklichen Hinweis, wonach der Arbeitgeber mit seiner Unter-

schrift bestätigt, dass er zur Kenntnis nehme, dass er eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle mit bestimmten Inhalten führen müsse. Auch die Verfügungen der kantonalen Amtsstelle vom 3. April/7. Juli 2020, 3. August 2020, 18. November 2020, 21. April 2021 und 9. August 2021 enthalten unter dem Titel "Auflagen und Hinweise" die Information, dass für *"von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende [...] eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (zum Beispiel Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden [muss], welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über alle übrigen Absenzen wie zum Beispiel Ferien, Krankheit, Unfall oder Militärdienst Auskunft gibt"*.

Es liegt in erster Linie am jeweiligen Gesuchsteller, die Informationsbroschüre (sowie das Antragsformular für Kurzarbeitsentschädigung und die Verfügung der kantonalen Amtsstelle) mit der gebotenen Sorgfalt zu lesen und bei Zweifeln mit konkreten Fragen an die zuständigen Stellen zu gelangen. Verzichtet er darauf, trägt er die damit verbundenen Nachteile (vgl. Urteile des BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6 m.H. und 8C_121/2012 vom 11. Juni 2012 E. 3.4). Die Zeiterfassung ist zwar eine blosser Obliegenheit, da sie nicht erzwungen werden kann, ihre Missachtung führt aber zu einem Nachteil oder zum Verlust eines Vorteils (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.8). Entgegen der von der Beschwerdeführerin offenbar vertretenen Auffassung bildet im Übrigen nicht die Broschüre die einschlägige Rechtsgrundlage. Diese ist vielmehr, wie dargelegt, auf gesetzlicher Stufe im AVIG und in der AVIV enthalten. Die Broschüre weist einzig auf die entsprechenden Voraussetzungen hin und dient der Information für die Rechtsuchenden. Daher erweist sich die entsprechende Kritik der Beschwerdeführerin als unbehelflich.

5.5 Daran vermag die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung nichts zu ändern. Angesichts der ausserordentlichen Situation entfiel gestützt darauf zwar die Karenzfrist, während welcher die Arbeitgeberin die Entschädigung zu tragen hatte, und es wurde ein summarisches Berechnungsverfahren eingeführt, bei dem die Entschädigung zur Beschleunigung der Abwicklung jeweils für den Gesamtbetrieb ausgerichtet wurde (vgl. Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, in Kraft bis 31. März 2022). Am Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit der weggefallenen Arbeitszeit anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle änderte sich jedoch nichts (vgl. oben E. 4.2). Durch das vereinfachte und beschleunigte Verfahren wurde einzig bezweckt, dass die Kurzarbeitsentschädigungen rascher und unbürokratischer ausbezahlt werden können

(vgl. Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie, Covid-19-Gesetz, BBl 2020 6563, 6615 f.; SECO: Erläuterungen vom November 2020 zur Änderung der COVID-19-Verordnung ALV, S. 6 f. Ziff. 1.1 f.; BGE 148 V 102 E. 6.5; BGE 148 V 144 E. 5.2.2; Urteil des BVGer B-551/2020 vom 29. Dezember 2021 E. 4.3.2 und 4.4.7 m.H.; zum Verhältnis zwischen regulärem und summarischem Verfahren vgl. MYRIAM MINNIG/CHRISTA KALBERMATTEN, Kurzarbeitsentschädigungen – einen Prüfpunkt wert?, Expert Focus 12/2020 S. 989 ff.). Die Ansicht der Beschwerdeführerin, die Voraussetzungen hätten nur in summarischer Form vorliegen müssen, trifft nicht zu.

5.6 Insgesamt ist die Vorinstanz daher zu Recht davon ausgegangen, dass die Arbeitszeiten nicht ausreichend kontrollierbar im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sind.

6.

6.1 Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Darin eingeschlossen ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes, welcher bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliche Zusicherungen oder anderweitiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (vgl. Urteile des BVGer B-2179/2019 vom 6. November 2020 E. 6.3 und A-321/2019 vom 17. September 2019 E. 2.3.1). Allgemein setzt die Aktivierung des Vertrauensschutzes gestützt auf Art. 9 BV voraus, dass ein Anknüpfungspunkt im Sinne einer Vertrauensgrundlage besteht. Darunter ist ein Verhalten zu verstehen, das geeignet ist, bei den Betroffenen bestimmte Erwartungen auszulösen (vgl. BGE 129 I 161 E. 4.1; Urteile des BVGer B-3048/2021 vom 4. April 2023 E. 7.4.2 und B-2179/2019 vom 6. November 2020 E. 6.3).

6.2 Das Arbeitslosenversicherungsgesetz sieht vor, dass die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche die Vorinstanz führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG) und die von ihr beauftragten Treuhandstellen die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen stichprobenweise bei den Arbeitgebern prüfen (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Die Ausgleichsstelle überprüft die Auszahlungen der Kassen und überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen (Art. 83 Abs. 1 Bst. d und I AVIG). Stellt die Ausgleichsstelle fest,

dass die gesetzlichen Vorschriften nicht oder nicht richtig angewendet wurden, erteilt sie der Kasse oder der zuständigen Amtsstelle die erforderlichen Weisungen. Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen eröffnet die Ausgleichskasse dem Arbeitgeber durch Revisionsverfügung. Das Inkasso obliegt der Arbeitslosenkasse (Art. 83a Abs. 1 und 3 AVIG; Art. 110 Abs. 4 und Art. 111 Abs. 2 AVIV; Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1).

Gemäss ständiger Praxis des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist die Pflicht der Arbeitslosenkasse, die Leistungsberechtigung vor der Auszahlung zu prüfen, nicht extensiv zu verstehen. Das gilt insbesondere, soweit es darum geht, die kontrollierbaren Arbeitszeiten zu überprüfen, denn diesbezüglich lässt sich die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen im Grundsatz nur gestützt auf eine detaillierte Dokumentation der Unternehmung bzw. durch Einsichtnahme in das Arbeitserfassungssystem des Arbeitgebers beurteilen (vgl. Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2), was zusätzlicher vertiefter Abklärungen bedarf (vgl. BGE 124 V 380 E. 2c). Solche sind nicht Aufgabe der Arbeitslosenkasse, sondern der Vorinstanz, welche die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen bei den Arbeitgebern stichprobenweise zu prüfen hat (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Diese Normierung verkäme zum toten Buchstaben, wenn bereits die Leistungszusprechung durch die Arbeitslosenkasse eine Anerkennung der Rechtsgültigkeit der Kurzarbeitsentschädigung bedeuten würde. So vermag denn auch der Umstand, dass die Arbeitslosenkasse (selbst über eine längere Zeitdauer) vorbehaltlos Schlechtwetter- oder Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt hat, nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Vertrauensschutz auszulösen (vgl. Urteile des BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6, 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.2 und 8C_469/2011 E. 6.2.1.2; Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 6.4). Da die Arbeitslosenkasse ihre Leistungen in diesem Stadium praktisch ausschliesslich aufgrund der Angaben des gesuchstellenden Betriebes erbringt, ist es eher die Arbeitslosenversicherung, welche in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben sowie die Erfüllung der Voraussetzungen durch den Betrieb zu schützen ist und daher Anspruch auf Rückerstattung zu Unrecht ausbezahlter Leistungen hat, als der gesuchstellende Betrieb, der die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt und die unrechtmässige Auszahlung durch unzutreffende Angaben veranlasst hat (vgl. Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.10).

Anders zu beurteilen wäre dies lediglich dann, wenn die Kasse dem Arbeitgeber auf konkrete Anfrage hin ausdrücklich bestätigt hätte, dass das verwendete bzw. zur Verwendung vorgesehene Kontrollsystem den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b Abs. 1 AVIV genügen würde (vgl. Urteil des BGer 8C_652/2012 E. 5.2.2; Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 6.4).

6.3 Aufgrund dessen ergibt sich, dass die vorbehaltlose Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigungen entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin keinen Vertrauensschutz auszulösen vermag. Nach der Systematik des Gesetzes ist es Aufgabe der Vorinstanz, mittels Arbeitgeberkontrollen stichprobenweise zu überprüfen, ob ein rechtsgenügliches betriebsinternes Arbeitserfassungssystem besteht und der behauptete Arbeitsausfall daher kontrollier- sowie anrechenbar ist. Es ist dagegen nicht Aufgabe der Arbeitslosenkasse, vertiefte Abklärungen zu treffen. Die Beschwerdeführerin kann sich somit nicht auf den Vertrauensschutz berufen, indem sie von der Richtigkeit und der genügenden Bestimmtheit der von ihr eingereichten Unterlagen ausgeht. Sie hat denn auch nicht dargetan, die Arbeitslosenkasse hätte ihr zugesichert, dass sie ihre betriebliche Arbeitszeitkontrolle geprüft und als genügend beurteilt habe. Damit vermag sie aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

6.4 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, die im Zusammenhang mit der Schlechtwetterentschädigung ergangene Rechtsprechung bezüglich der Kontrollierbarkeit sei auf die Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigungen nicht anwendbar, ist sie darauf hinzuweisen, dass – wie die Vorinstanz zutreffend erklärt – Art. 46b AVIV gemäss Art. 42 Abs. 3 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 AVIG auch im Falle der Schlechtwetterentschädigung zur Anwendung gelangt und sich die entsprechende Gerichtspraxis durchaus als einschlägig erweist (vgl. auch Urteil des BGer 8C_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.2.2 i.f.).

7.

7.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG); die Kasse fordert sie vom Arbeitgeber zurück (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszuweisung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteile des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2; C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je m.H.;

vgl. Urteil des BVGer B-664/2017 vom 7. März 2019 E. 2.5, bestätigt durch Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019).

7.2 Die Bestimmbarkeit bzw. ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (condition de fond; statt vieler Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (vgl. Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). Die Berichtigung ist angesichts des in Frage stehenden Betrags von Fr. [...] von erheblicher Bedeutung. Daher ist die durch die Vorinstanz verfügte Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Leistungen nicht zu beanstanden.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Einsprache gegen die Rückforderungsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. [...] zu Recht abgewiesen hat. Die vorliegende Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. oben E. 1.3).

9.

9.1 Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (vgl. 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. 10'000.– festzusetzen.

9.2 Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario).

Abzuweisen ist der Antrag der Vorinstanz, die Beschwerde nicht nur unter Kosten-, sondern auch unter Entschädigungsfolgen abzuweisen. Die Vorinstanz ist eine Bundesbehörde (vgl. Art. 45a Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997, RVOG, SR 172.010) und hat als solche keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz und wird der zuständigen Arbeitslosenkasse auszugsweise mitgeteilt.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Mia Fuchs

Urs Küpfer

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: 4. Oktober 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Das Urteil wird mitgeteilt:

- dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons [...],
Arbeitslosenkasse (auszugsweise; A-Post)