



Abteilung II
B-2855/2023

Entscheid vom 15. August 2024

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richter Pascal Richard,
Gerichtsschreiberin Marina Reichmuth.

Parteien

A. _____ GmbH,
vertreten durch Rechtsanwalt
lic. iur. Philipp Gressly,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die A. _____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) bezweckt Güter- und Möbeltransporte sowie das Reinigen von Wohnungen, Büros und Neubauten. Die Beschwerdeführerin bezog im Zeitraum März 2020 bis November 2021 Kurzarbeitsentschädigungen im Umfang von Fr. 194'031.85.

A.a Am 2. November 2022 führte die von der Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung beauftragte Treuhandgesellschaft eine Arbeitgeberkontrolle im Betrieb der Beschwerdeführerin durch und überprüfte die beanspruchte Kurzarbeitsentschädigung auf ihre Rechtmässigkeit hin. Dabei stellte sie fest, dass für die Monate November 2020 bis Februar 2021 nur monatliche Summen der geleisteten Stunden der Arbeitnehmenden vorlägen, welche nicht einer ausreichenden Arbeitszeitkontrolle entsprächen.

A.b Mit Revisionsverfügung vom 28. Februar 2023 kam das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum vom März 2020 bis November 2021 Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 51'295.80 unrechtmässig bezogen habe, da die Arbeitsausfälle der Arbeitnehmenden aufgrund fehlender Arbeitszeitkontrolle nicht überprüfbar und Plausibilisierungsversuche anhand anderer betrieblicher Unterlagen nicht möglich gewesen seien.

A.c Mit Einsprache vom 14. März 2023 reichte die Beschwerdeführerin Unterlagen zum Nachweis der geleisteten Arbeitszeit ein und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Revisionsverfügung.

A.d Mit Entscheid vom 5. April 2023 wies die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin ab und bestätigte die Rückforderung in der Höhe von Fr. 51'295.80. Zur Begründung führte sie aus, dass die Beschwerdeführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle bestätigt habe, dass für den relevanten Zeitraum keine Arbeitszeitkontrolle vorliege und die nachgereichten Unterlagen die Anforderungen an die Authentizität nicht erfüllten.

B.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin mit Eingabe vom 16. Mai 2023 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 5. April 2023 sei aufzuheben, eventualiter sei der Entscheid aufzuheben und zur Vornahme weiterer Abklärungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit Eingabe vom 15. Juni 2023 reichte die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen ein.

C.

Mit Vernehmlassung vom 14. September 2023 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

D.

Die Beschwerdeführerin erstattete im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels ihre Replik mit Eingabe vom 14. November 2023 und die Vorinstanz ihre Duplik mit Eingabe vom 8. Dezember 2023. Die Beschwerdeführerin äusserte sich sodann zur vorinstanzlichen Duplik mit Eingabe vom 21. Dezember 2023.

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 Verwaltungsgesetzes 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 Verwaltungsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben nach Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (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 Die Beschwerdeführerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäss Art. 772 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und anwaltlich vertreten. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG). Sie hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht nachgewiesen (Art. 11 VwVG), den Kostenvorschuss bezahlt

(Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG; Art. 52 Abs. 1 VwVG).

1.4 Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Die Vorinstanz begründete ihre Rückforderung in der Revisionsverfügung vom 28. Februar 2023 dahingehend, dass den Prüfern anlässlich der Arbeitgeberkontrolle am 2. November 2022 für den Zeitraum vom November 2020 bis Februar 2021 keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle habe vorgelegt werden können, welche täglich über die geleisteten Arbeits- und allfällige Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sonstige Absenzen wie Krankheit, Unfall, etc. Auskunft gebe. Der während der Arbeitgeberkontrolle anwesende Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe dies unterschriftlich im Formular "geprüfte Unterlagen" bestätigt.

2.2 Die Beschwerdeführerin reichte mit ihrer Einsprache vom 14. März 2023 diverse Unterlagen für die Monate November 2020 bis Februar 2021 nach und erklärte, diese seien versehentlich übersehen worden. Es lägen zudem für jeden Mitarbeitenden Arbeitsrapporte vor, die als Nachweis für die geleistete Arbeit dienten.

2.3 Die Vorinstanz stellte sich diesbezüglich jedoch auf den Standpunkt, dass nachgereichte Unterlagen nur zu berücksichtigen seien, wenn ihre Authentizität offensichtlich gegeben sei. Da die Beschwerdeführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle keine Arbeitszeitkontrollen vorgelegt und diese erst mit der Einsprache nachgereicht habe, sei die Authentizität der in Form von Excel-Tabellen nachgereichten Arbeitszeitkontrollen nicht offensichtlich und eine unzulässige Nacherstellung könne nicht ausgeschlossen werden. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe unterschriftlich und vorbehaltlos bestätigt, dass für die relevanten Monate keine Arbeitszeitkontrolle vorliege und präzisierend sei sogar festgehalten worden, dass für den fraglichen Zeitraum lediglich monatliche Summen der geleisteten Sollstunden existierten.

2.4 Die Beschwerdeführerin führt hierzu in ihrer Beschwerde aus, dass die Vorinstanz für die Monate März bis November 2020 sowie ab März 2021 von einer genügenden und lediglich für die Monate November 2020 bis Februar 2021 von einer fehlenden Arbeitszeiterfassung ausgehe. Da der Revisor keine detaillierte Liste der von der Beschwerdeführerin gelieferten Dokumente erstellt habe, könne nicht geprüft werden, ob die

Arbeitszeitrapporte für die Monate November 2020 bis Februar 2021 bei der Revision vorgelegt worden seien. Zudem sei die Erklärung des Geschäftsführers, wonach für die Monate November 2020 bis Februar 2021 keine anderen betrieblichen Unterlagen zur Plausibilisierung der geleisteten Arbeitsstunden vorhanden seien, offenkundig unrichtig und irrtümlich erfolgt. Bei den nachträglich vorgelegten Monatstabellen handle es sich offensichtlich um nachträglich erstellte Dokumente. Massgeblich sei jedoch, ob die diesen Monatslisten zugrundeliegenden Dokumente (namentlich die Arbeitsrapporte) echtzeitlich, fortlaufend und zuverlässig erstellt worden seien. Die eingereichten Rapporte genügten den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle, was die Vorinstanz mit Bezug auf die Zeiträume, für welche die Rapporte anlässlich der Arbeitgeberkontrolle eingesehen werden konnten, bereits so gesehen habe. Darüber hinaus sei es im Zeitraum vom November 2020 bis Februar 2021 weder zu krankheitsbedingten Absenzen, noch zu Unfällen oder anderen Abwesenheiten gekommen.

Hinsichtlich der auftragsbezogenen Arbeitsrapporte ist die Beschwerdeführerin zudem der Auffassung, dass durch die Quittierung der Kunden eine zusätzliche Gewähr für eine echtzeitliche, präzise zutreffende und nachträglich nicht verfälschbare Dokumentation der Arbeitszeit geboten werde.

2.5 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler 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). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

2.6 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).

2.7 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 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 (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1 und 4.5). Von den wesentlichen Voraussetzungen des etablierten Systems der Kurzarbeitsentschädigung ist die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung indes nicht abgewichen. Namentlich wurde die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht gelockert und es wurde etwa am Erfordernis der Kontrollierbarkeit der Anspruchsgrundlagen festgehalten (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1 und 4.5). Insbesondere finden sich auch keine abweichenden Bestimmungen zur Sachverhaltsfeststellung und zur Beweiswürdigung. Die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung enthält daher keine zur Beurteilung des vorliegenden Falles relevanten Abweichungen vom dargelegten Recht.

2.8 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.).

2.9 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.).

2.10 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 (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 deren Authentizität gezogen werden können; andernfalls würde die vom Gesetz auferlegte Kontrollaufgabe der Verwaltung ihres Sinnes beraubt werden (Urteile des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4; B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3 m.H.). Es wird somit eine hohe beweismässige Hürde an den Beleg der Authentizität der Dokumente angelegt, welcher der Beschwerdeführerin obliegt (vgl. Urteil des BGer 8C_306/2023 vom 7. März 2024 E. 5.1.2 [offengelassen, ob nachgereichte Dokumente generell "offensichtlich" authentisch zu sein haben]; Urteile B-5851/2020 E. 2.2.5; B-741/2020 E. 4.3.5). Von den Anforderungen des Art. 46b AVIV als formeller Beweisvorschrift darf nur dann abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, d.h. die prozessuale Formenstrenge exzessiv ist, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. Urteil des BGer 8C_306/2023 vom 7. März 2024 E. 5.2; Urteil des EVG C 115/06 E. 1.1; BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3; Urteile B-5851/2020 E. 2.2.5; B-741/2020 E. 4.6).

2.11 Die Arbeitszeitkontrolle ist eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (*condition de fond*; vgl. Urteile des BVGer B-741/2020 vom 28. Juni 2022; E. 4.3.5; B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 3.2, B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2 und B-1911/2014 E. 3, je m.w.H.). Folglich obliegt der Arbeitgeberin, die den Anspruch ihrer Arbeitnehmenden geltend macht (Art. 47 Abs. 1 AVIG), die objektive Beweislast hinsichtlich der zur Beurteilung der Anspruchsberechtigung und Berechnung der Entschädigung erforderlichen Unterlagen, welche sie fünf Jahre aufzubewahren hat (Art. 47 Abs. 3 Bst. a AVIG i.V.m. Art. 42 Abs. 3 und Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sowie Art. 46b Abs. 2 AVIV; vgl. Urteile des BGer 8C_306/2023 vom 7. März 2024 E. 3.1.1; 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1; 8C_26/2015 vom 5. Januar 2015 E. 2.3, je m.w.H.; des BVGer B-2310/2020 vom 27. Dezember 2021 E. 2.1; B-6609/2016 E. 4.1, B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.3). Zwar muss die Behörde bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Arbeitgeberin die Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften. Es liegt aber nicht an der Aufsichtsbehörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell nachzuweisen. 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; B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1). Hingegen trägt die Behörde, die eine Rückerstattungsforderung gelten macht, sowohl für die Voraussetzungen als auch für die Höhe des Anspruchs die Beweislast (Entscheid des BGer 8C_794/2016 vom 28. April 2017 E. 4.3.2).

2.12 Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt, sind die nachträglich eingereichten Listen unter dem Titel "Arbeitsrapport", welche die Totale der Ist- und der Soll-Stunden sowie die Bruttolöhne für die Monate November 2020 bis Februar 2021 aufführen, im Nachhinein erstellt worden. Sie sind weder datiert noch von den entsprechenden Mitarbeitenden unterzeichnet. Sie geben auch nicht Aufschluss über die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag und Arbeitnehmer, sondern weisen jeweils ein Total der geleisteten Arbeitsstunden pro Monat und Mitarbeiter aus. Es ist daher offensichtlich, dass diese Listen alleine die Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeiterfassung nicht zu erfüllen vermögen – ob nun nachträglich vorgelegt oder nicht.

2.13 Auch die pro Mitarbeitenden erstellten Monatsübersichten mit dem Titel "Zeiterfassung" sind weder datiert noch vom entsprechenden Mitarbeiter unterzeichnet. So erklärt auch die Beschwerdeführerin, dass diese im Nachhinein von ihr erstellt worden seien. Wie die Beschwerdeführerin selber ausführt, stellen diese Zeiterfassungslisten keine eigentliche Arbeitszeitkontrolle dar, sondern sind als zusammenführende Monatstabellen nach Vorliegen der ihnen zugrunde liegenden Rapporte im Sinne einer Auswertung erstellt worden. Sie stellen also eine blosser Zusammenfassung der Rapporte dar und ihnen kommt darüber hinaus kein eigener Beweiswert zu, da es einer im Nachhinein erstellten Zusammenstellung der angeblich tatsächlich geleisteten Arbeit am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung fehlt.

2.14 Aus den von der Beschwerdeführerin nachgereichten Quittungen im Zusammenhang mit den in den pro Mitarbeitenden erstellten Zeiterfassungslisten für den Monat November 2020 ergibt sich Folgendes:

2.14.1 (Name Arbeitnehmer) soll am 3. November 2020 drei Stunden für einen Auftrag für (Name Kundschaft) gearbeitet haben. Die entsprechende vom Kunden bestätigte Quittung weist drei Arbeitsstunden (8.00 bis 11.00 Uhr) aus. Aufgrund derselben Quittung sollen aber auch (Name Arbeitnehmer) und (Name Arbeitnehmer) am 3. November 2020 drei Arbeitsstunden

geleistet haben. Der Gesamtbetrag der Quittung für den Arbeitsaufwand beläuft sich auf Fr. 540.–.

Auch für den Auftrag vom 5. November 2020 für (Name Kundschaft) haben offenbar mehrere Arbeitnehmende gearbeitet: Hierfür sollen (Name Arbeitnehmer) und (Name Arbeitnehmer) je drei Stunden gearbeitet haben, die Quittung weist ein Total von drei Stunden aus (8.00 bis 11.30 Uhr, abzüglich eine halbe Stunde Pause) und wurde von einem anderen Mitarbeiter (Name) unterschrieben. Der Arbeitsaufwand wird auf Fr. 1'140.– beziffert.

Sodann liegt eine Quittung für einen Auftrag von (Name Kundschaft) vom 16. und 19. November 2020 vor, worin für den 16. November ein Aufwand von drei Stunden und für den 19. November von fünf Stunden von der Kundin bestätigt wird. Gearbeitet haben sollen (Name Arbeitnehmer) mit je drei Stunden pro Tag, (Name Arbeitnehmer) mit je drei Stunden pro Tag und (Name Arbeitnehmer) mit fünf Stunden am 19. November 2020. Der Arbeitsaufwand wird auf der Quittung mit Fr. 1'900.– angegeben.

Für einen Auftrag von (Name Kundschaft) am 23. November 2020 werden auf der Quittung drei Stunden von (8.00 bis 12.00 Uhr abzüglich einer Stunde Pause) und ein Betrag über Fr. 1'036.– (vor Abzug eines Kombira-batts) von der Kundin bestätigt. Für den Auftrag je drei Stunden gearbeitet haben sollen (Name dreier Arbeitnehmenden).

Für den Auftrag für (Name Kundschaft) am 26. November 2020 bestätigte die Kundin einen Arbeitsaufwand von drei Stunden und einen Betrag von Fr. 960.–. Gearbeitet haben sollen für diesen Auftrag (Name Arbeitnehmer) und (Name Arbeitnehmer) für je drei Stunden.

Für (Name Arbeitnehmer) wird geltend gemacht, er habe am 27. November 2020 drei Stunden für einen Auftrag gearbeitet. Der entsprechenden Quittung ist zu entnehmen, dass es sich dabei um einen Auftrag für (Name Kundschaft) gehandelt hat, welche einen Arbeitsaufwand von drei Stunden (9.00 bis 13.00 Uhr abzüglich einer Stunde Pause) bestätigte. Gleichzeitig wird auch für (Name Arbeitnehmer) am 27. November 2020 ein Arbeitsaufwand von drei Stunden für einen Auftrag geltend gemacht, welcher mit derselben Quittung belegt werden soll. Der Arbeitsaufwand wird mit Fr. 1'260.– beziffert.

2.14.2 Die Beschwerdeführerin führt diesbezüglich aus, dass für die Kundschaft pro Auftrag lediglich eine Quittung ausgestellt werde, sei selbsterklärend und dürfe ihr nicht zum Nachteil ausgelegt werden.

2.14.3 Selbstverständlich ist es der Beschwerdeführerin freigestellt, der Kundschaft pro Auftrag nur eine Quittung auszustellen. Damit aber die Quittungen als rechtsgenügende Arbeitszeitkontrolle dienen könnten, müsste daraus ersichtlich sein, welcher Mitarbeiter an welchem Datum wie viele Arbeitsstunden geleistet hat. Da bei den Kundenaufträgen offensichtlich meist mehrere Mitarbeiter involviert sind, aber aus den Quittungen nicht ersichtlich ist, welcher Mitarbeiter zu welchem Anteil Arbeit geleistet hat und dies auch nicht aus dem den Kunden verrechneten Betrag ableitbar ist, können die Quittungen nicht als Kontrolle der geleisteten Arbeit dienen. Die Quittungen sind zudem auch nicht zwingend von einem Arbeitnehmer unterzeichnet, der an der Ausführung des Auftrags beteiligt war. Darüber hinaus geben die Quittungen nur Aufschluss über die dem Kunden verrechneten Arbeitsstunden, hingegen nicht über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der Mitarbeitenden (z.B. Anfahrtsweg, etc.).

2.14.4 Auch für die Monate Dezember 2020, Januar und Februar 2021 ergibt sich dasselbe. Auch für diese Monate liegen zwar diverse Quittungen für Kundenaufträge vor, für welche gemäss den (nachträglich erstellten) Zeiterfassungslisten der Beschwerdeführerin mehrere Mitarbeitende eingesetzt worden sind. Die Quittungen geben jedoch keine Auskunft darüber, welcher Mitarbeiter mit wie vielen Stunden an der Erfüllung des Auftrags beteiligt war. Solches ergibt sich erst im Zusammenhang mit der von der Beschwerdeführerin erstellten Zeiterfassungslisten, welche jedoch das Erfordernis einer rechtsgenügenden Arbeitszeiterfassung nicht zu erfüllen vermögen.

2.14.5 Hinsichtlich der Quittungen für sogenannte "interne" (Lager-)Arbeiten lässt sich generell festhalten, dass für die Arbeiten "Besichtigung", "Büroarbeit" sowie "innerbetriebliche Arbeiten im Lager" keine Auftragsquittungen von Kunden vorliegen. Den sogenannten "internen Quittungen", welche vom Geschäftsführer für die innerbetrieblichen Arbeiten ausgefüllt worden sind, kommt jedoch keinerlei Beweiswert zu. Sie geben weder Auskunft darüber, welchen Mitarbeiter sie betreffen, noch wann sie erstellt worden sind, noch sind sie von einem Mitarbeitenden unterzeichnet.

2.14.6 Hinzu kommt der Umstand, dass diese Quittungen für "interne" wie auch für die bei den Kunden erbrachten Arbeiten in den meisten Fällen auf je exakt drei oder vier Stunden Arbeit lauten. Das ist ausgesprochen unplausibel.

2.14.7 Insgesamt wirken diese Quittungen nicht derart authentisch, als dass sie trotz der erst nachträglichen Einreichung als beweiskräftig eingestuft werden könnten.

2.15 Entsprechend ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von der Unkontrollierbarkeit der geltend gemachten Ausfallstunden für die Monate November 2020 bis Februar 2021 ausgeht.

3.

Die Beschwerdeführerin macht darüber hinaus sinngemäss geltend, dass die Vorinstanz sich widersprüchlich verhält, wenn sie für den übrigen geprüften Zeitraum, namentlich für die Monate März bis November 2020 sowie ab März 2021 von einer genügenden Arbeitszeiterfassung und damit von einer Anspruchsberechtigung ausgehe und solches aber – trotz verspäteter Vorlage der entsprechenden Unterlagen – für die Monate November 2020 bis Februar 2021 verneine.

3.1 Wie vorstehend aufgezeigt wurde, liegt für die im Rahmen der Revisionsverfügung beanstandeten Monate November 2020 bis Februar 2021 keine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung vor, weil die entsprechenden Arbeitsrapporte beziehungsweise Quittungen keine verlässliche Auskunft über die geleisteten Arbeitszeiten und die geltend gemachten Ausfallstunden ergeben (vgl. E. 2.14 vorstehend). Die Beurteilung durch die Vorinstanz, der Arbeitsausfall sei nicht kontrollierbar im Sinne des Gesetzes, entspricht daher der ständigen Gerichtspraxis.

3.2 Aufgrund welcher Umstände und Überlegungen die Vorinstanz die geltend gemachten Arbeitsausfälle bezüglich der übrigen Monate nicht beanstandet hat, ist nicht aktenkundig.

Wie es sich diesbezüglich verhält, kann indessen offengelassen werden, da die Kurzarbeitsentschädigung für diese Monate durch die Vorinstanz nicht beanstandet wurde und sie daher nicht Teil des Streitgegenstands des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist.

3.3 Ob die Vorinstanz sich widersprüchlich verhält, wie die Beschwerdeführerin behauptet, wäre erst dann relevant, wenn sich durch die Nichtbeanstandung der Kurzarbeitsentschädigung für die Monate März bis November 2020 und ab März 2021 zeigen würde, dass die Vorinstanz in Wirklichkeit eine andere, mit der Gerichtspraxis nicht übereinstimmende ständige Praxis üben würde und die vorliegend angefochtene Rückforderung daher eine rechtsungleiche Ausnahme von dieser Praxis im Sinne einer

rechtsungleichen, strengeren Behandlung im Vergleich mit anderen Unternehmen darstellen würde. Die Beschwerdeführerin macht indessen nichts Derartiges geltend, weshalb dieser Frage nicht von Amtes wegen nachgegangen werden muss.

3.4 Aus dem Umstand, dass die Vorinstanz bezüglich der für andere Monate ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigung keine Beanstandungen gemacht und keine Rückforderung verfügt hat, kann die Beschwerdeführerin daher nichts für sich ableiten.

4.

4.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückzuerstatten. Dazu bedarf es, dass die Bedingungen für eine prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder eine Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) der ursprünglichen Verfügung erfüllt sind (BGE 142 V 259 E. 3.2; Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.2). Die Rückerstattungsnorm von Art. 25 ATSG dient letztlich der Durchsetzung des Legalitätsprinzips (BGE 142 V 259 E. 3.2.2). Voraussetzungen für ein wiedererwägungswises Zurückkommen auf die Auszahlungen sind, dass die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG) Zusprache von Leistungen zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6). Die Abwägung zwischen der Durchsetzung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Bestandskraft der Verfügung ist damit durch den Gesetzgeber abstrakt und verbindlich vorgenommen worden (Urteil des BGer 8C_680/2017 vom 7. Mai 2018 E. 4.1.3.1). Der Gesetzgeber hat dem Interesse an einer richtigen Gesetzesanwendung gegenüber dem Interesse am Bestand einer Verfügung von vornherein das grössere Gewicht zugeordnet. Eine zeitliche Befristung der Wiedererwägungsmöglichkeit besteht nicht (BGE 149 V 91 E. 7.7). Vorbehalten bleiben die Verwirkungsfristen von Art. 25 ATSG.

4.2 Das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit ist in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprechung aufgrund falsch oder unzutreffend verstandener Rechtsregeln erfolgt war oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (Urteil des BGer 8C_110/2023 vom 31. Oktober 2023 E. 3.2). Die Unrichtigkeit der Leistungszusprache im Umfang von Fr. 51'295.80 für den Zeitraum November 2020 bis Februar 2021 ergibt sich aus der mangelnden Bestimmbarkeit

beziehungsweise Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls und der Arbeitszeit nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG der Arbeitnehmenden (oben E. 2). Diese ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung, deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 6.7). Die Berichtigung ist, angesichts des in Frage stehenden Betrags, von erheblicher Bedeutung. Das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache durch die Vorinstanz ist vorliegend nicht zu beanstanden.

5.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. April 2023 betreffend die Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 51'295.80 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

6.

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Urteil des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 2'000.– festzusetzen.

7.

Ausgangsgemäss ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Eva Schneeberger

Marina Reichmuth

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: 20. August 2024

Zustellung erfolgt an:

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

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons X. _____