



Urteil vom 21. Februar 2025

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiberin Jil Gehmann.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Thomas Kälin und/oder David Peter,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
vertreten durch die Rechtsanwältinnen
Prof. Dr. iur. Isabelle Häner und/oder Hana Virag,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die X. _____ AG, [Angabe Domizil] (nachfolgend: Beschwerdeführerin), bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die Vermittlung und den Verkauf von Dienstleistungen auf dem Gebiet des Tourismus sowie die Vertretung von Reedereien, Hotels und anderen Dienstleistungsanbietern. Im Zeitraum zwischen März 2020 und März 2022 bezog sie Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 960'607.05.

B.

B.a Am 24. Oktober 2023 überprüften die für die Durchführung der Arbeitgeberkontrolle vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) beauftragten externen Revisoren der Ernst & Young AG die Rechtmässigkeit der von der Beschwerdeführerin beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen.

B.b Mit Revisionsverfügung vom 26. Januar 2024 kam die Vorinstanz zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum von März 2020 bis März 2022 Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 940'433.15 unrechtmässig bezogen habe und diese Summe innert 90 Tagen an die zuständige Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten sei.

B.c Dagegen hat die Beschwerdeführerin am 28. Februar 2024 fristgerecht Einsprache erhoben und die Aufhebung der Revisionsverfügung verlangt.

B.d Mit Entscheid vom 19. April 2024 hiess die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin teilweise gut, hob die Verfügung vom 26. Januar 2024 auf und verfügte neu (Dispositiv-Ziff. 1). Die Rückforderungssumme bezifferte sie dabei unverändert mit Fr. 940'433.15 (Dispositiv-Ziff. 2). Die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen seien innert 90 Tagen der kantonalen Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten (Dispositiv-Ziff. 3).

C.

Mit Eingabe vom 22. Mai 2024 erhob die Beschwerdeführerin gegen den Einspracheentscheid vom 19. April 2024 Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie stellte folgende Rechtsbegehren:

«1. Der Einspracheentscheid vom 19. April 2024 (sowie die Revisionsverfügung AGK 2024-9 vom 26. Januar 2024) der Vorinstanz seien vollumfänglich aufzuheben.

2. Eventualiter zu Rechtsbegehren Ziffer 1 sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und die Überprüfung der beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen unter Berücksichtigung der Erklärungen und Erläuterungen der Beschwerdeführerin, der zusätzlich eingereichten Dokumente und ggf. unter Ausführung einer erneuten Arbeitgeberkontrolle korrekt durchzuführen, und es sei hernach durch die Vorinstanz neu zu verfügen.
3. Subeventualiter zu Rechtsbegehren Ziffer 1 und 2 sei die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Subeventualiter zu Rechtsbegehren Ziffer 3 sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen und der Beschwerdeführerin Frist anzusetzen, damit diese unter Berücksichtigung der gemachten Ausführungen korrigierte Anträge/Abrechnungen auf Kurzarbeitsentschädigung für die Monate März 2020 bis März 2022 nachreichen kann, damit diese durch die Vorinstanz geprüft werden können.
5. Unter Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten des Gemeinwesens».

D.

Mit Vernehmlassung vom 25. September 2024 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

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 dem 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). Nach Art. 1 Abs. 1 AVIG sind die Bestimmungen des ATSG auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG 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 zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG). Das Vertretungsverhältnis wurde durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 VwVG), der Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

2.

2.1 Die Vorinstanz begründet ihre Rückforderung in der Revisionsverfügung vom 26. Januar 2024 dahingehend, dass den Revisoren anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. Oktober 2023 für den Zeitraum von März 2020 bis März 2022 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. Für die Mitarbeitenden seien wöchentliche Einsatzpläne erstellt worden, welche als Planungsgrundlage für die Arbeitszeiten gedient hätten. Zwei während der Arbeitgeberkontrolle anwesende und zeichnungsberechtigte Verwaltungsräte der Beschwerdeführerin hätten dies unterschriftlich im Formular «geprüfte Unterlagen» bestätigt. Aufgrund von Ferienplänen, automatisch generierten und manuell versendeten E-Mails sei ersichtlich, dass für Mitarbeitende und Tage in erheblichem Ausmass Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht wurde, an welchen diese gearbeitet hätten.

2.2 Die Beschwerdeführerin machte in ihrer Einsprache vom 28. Februar 2024 geltend, dass es nicht rechtens sei, wie es zur Revisionsverfügung gekommen ist. Sie verfüge über eine genügende Arbeitszeiterfassung. Diese bestehe aus der Kombination von den vorab erstellten Einsatzplänen und individuellen Stunden- sowie jährlichen Ferienlisten. Dass gewisse dieser Dokumente anlässlich der Arbeitgeberkontrolle nicht vorgelegt wurden, sei begründbar. Sowohl vor als auch während der Arbeitgeberkontrolle sei geschildert worden, dass es weitere Dokumente gäbe, die nicht zeitnah an einem Ort zusammengeführt werden könnten. Es sei stossend, dass die Beschwerdeführerin trotz Nachfrage keine konkrete Antwort darauf erhalten habe, welche Dokumente genau verfügbar sein müssten. Ferner seien weder anlässlich der Arbeitgeberkontrolle noch vor Erlass der Revisionsverfügung Rückfragen ergangen, noch sei während der Kontrolle darauf hingewiesen worden, dass keine genügende Arbeitskontrolle

existiere, weshalb die erhaltene Kurzarbeitsentschädigung voraussichtlich wegen Unkontrollierbarkeit aberkannt würde. Wäre sie entsprechend informiert worden, wäre das Dokument «geprüfte Unterlagen» nicht unterzeichnet worden. Zudem sei darauf vertraut worden, dass grundsätzlich alles in Ordnung sei und Unterlagen nachgereicht werden könnten. Mit der Einsprache reichte die Beschwerdeführerin diverse Unterlagen nach: Unter anderem die Einsatzpläne für den Zeitraum April 2020 bis März 2022 sowie die individuellen Stundenlisten, und erklärte, diese seien angesichts der Umstände zweifelsohne authentisch und zwingend zu berücksichtigen. Bei der Übertragung auf die Monatsblätter (Stundenaufstellungen) und die eingereichten Anträge auf Kurzarbeitsentschädigung sei ihr ein administrativer Fehler unterlaufen. Als Grundlage für deren Erstellung habe man aus unerklärlichen Gründen fälschlicherweise die Einsatzpläne und nicht die individuellen Stundenlisten verwendet. Die Beschwerdeführerin bedaure diesen Umstand sehr, habe aber stets gutgläubig gehandelt. Angesichts dieses Fehlers sei klar, dass die Abrechnungen entsprechend zu korrigieren und gegebenenfalls zu viel beanspruchte Kurzarbeitsentschädigung zurückzuerstatten sei. Dieser administrative Fehler erkläre die vorgefundenen behaupteten Widersprüche. Dies ändere aber nichts daran, dass die Beschwerdeführerin über eine genügende Arbeitszeitkontrolle verfüge. Der Arbeitsausfall sei aufgrund aller vorhandenen Unterlagen bestimmbar und die Arbeitszeiten der Mitarbeitenden seien kontrollierbar.

2.3 Die Vorinstanz stellte sich im Einspracheentscheid vom 19. April 2024 auf den Standpunkt, dass nachgereichte Unterlagen nur zu berücksichtigen seien, wenn ihre Authentizität offensichtlich gegeben sei. Da die Beschwerdeführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle keine Arbeitszeitkontrollen angesprochen oder vorgelegt habe und diese erst mit der Einsprache nachgereicht habe, sei die Authentizität der nachgereichten Dokumente nicht offensichtlich und eine unzulässige Nacherstellung könne nicht ausgeschlossen werden. Dies gelte umso mehr, als dass die nachgereichten Unterlagen Widersprüche offenbaren würden. Daher liege keine dem Gesetz und der höchstrichterlichen Rechtsprechung genügende Arbeitszeitkontrolle vor, weshalb die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen über Fr. 940'433.15 zurückzuerstatten seien.

2.4 Die Beschwerdeführerin führt in der Beschwerde vom 22. Mai 2024 erneut aus, dass sie über eine formell genügende Arbeitszeitkontrolle verfüge, die nachträglich eingereichten Unterlagen offensichtlich authentisch seien und von der Vorinstanz zu Unrecht nicht berücksichtigt worden seien. Aufgrund der für die Beschwerdeführerin bestehenden Beweisnotlage und

aufgrund der sehr speziellen Sachlage hätte für die Vorinstanz die Pflicht bestanden, weitere Abklärungen zur Authentizität der nachträglich eingereichten Dokumente zu treffen und die offerierten Parteibefragungen und Zeugeneinvernahmen durchzuführen. Indem die Vorinstanz dies nicht tat, habe sie Bundesrecht verletzt. Die Unrichtigkeit der Leistungszusprechung könne nicht zweifelsohne festgestellt werden. Daher sei von einer praktisch vollständigen Aberkennung der bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen abzusehen.

3.

3.1 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32 AVIG), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist, der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG).

3.2 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).

3.3 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). 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.).

3.4 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 (Urteil des BGer 8C_789/2023 vom 8. Januar 2025 E. 6.2.2). 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 rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst nachträglich erstellt wurden (Urteil des BGer 8C_789/2023 vom 8. Januar 2025 E. 6.2.2). Ebenfalls nicht ausreichend ist nach der Praxis der blosser 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.).

3.5 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 BGer 8C_789/2023 vom 8. Januar 2025 E. 6.2.2). 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 (Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4). Es wird somit eine hohe beweismässige Hürde an den Beleg der Authentizität der Dokumente angelegt, welcher der Beschwerdeführerin obliegt (vgl. Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.5). Von den Anforderungen des Art. 46b AVIV als formeller Beweisvorschrift darf nur dann abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint (BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3).

3.6 Die Verordnung des Bundesrates über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033; einschliesslich ihrer bisherigen Änderungen [AS 2020 877, 1075, 1201]) legt Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit fest, enthält aber für die hier zu beurteilende Problematik keine Abweichungen vom dargelegten Recht (BGE 150 V 249 E. 3.1.2; Urteile des BGer 8C_16/2024 vom 9. Juli 2024 E. 3.2.2 und 8C_18/2024 vom 9. Juli 2024 E. 3.2.2). Namentlich wurde die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht gelockert und es wurde etwa am Erfordernis der Kontrollierbarkeit der Anspruchsgrundlagen festgehalten. Insbesondere finden sich auch keine abweichenden Bestimmungen zur Sachverhaltsfeststellung und zur Beweiswürdigung (BGE 150 V 249 E. 5.1.2 f.).

4.

4.1 In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihr rechtliches Gehör und den Untersuchungsgrundsatz verletzt. Dies sei geschehen, indem sie sich im Einspracheentscheid nicht mit den

Einwänden hinsichtlich der speziellen Ausgangslage, des Ablaufs der Arbeitgeberkontrolle und der Authentizität der nachträglich eingereichten Dokumente auseinandergesetzt und sie nicht zum Gegenbeweis zugelassen habe. Die Vorinstanz habe lediglich pauschal festgehalten, dass aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin keine anderen Erkenntnisse gewonnen werden könnten.

Die Vorinstanz erklärt, sie habe keine verfassungsrechtlichen Grundsätze verletzt.

4.2 Die Bundesverfassung garantiert mit Art. 29 (Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) die ordnungsmässige Anwendung des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts (vgl. Urteile des BGer 2C_162/2015 vom 19. Januar 2016 E. 2.4.3 und 2C_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2). Im Anwendungsbereich des ATSG bestimmt Art. 52 Abs. 2 Satz 2 ATSG, dass Einspracheentscheide begründet werden. Die Begründung einer Verfügung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 141 III 28 E. 3.2.4). In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (vgl. BGE 141 III 28 E. 3.2.4 und 136 I 229 E. 5.2).

4.3 Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat die Verwaltung und im Beschwerdeverfahren das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des erheblichen Sachverhalts zu sorgen und dazu, soweit nötig, Beweis zu erheben (Art. 12 VwVG; Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 Bst. c ATSG). Der Untersuchungsgrundsatz ändert hingegen nichts an der Beweislast, wonach grundsätzlich diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit eines Sachumstands zu tragen hat, die daraus Vorteile ableiten will (Art. 8 ZGB; vgl. CHRISTOPH AUER, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2019, Art. 12 Rz. 5 f., Art. 13 Rz. 1 ff., 15 ff.). Folglich liegt im Sozialversicherungsverfahren die objektive Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen – vorliegend für die geltend gemachten Arbeitsausfälle – bei der Leistungsansprecherin (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sowie Art. 46b AVIV;

vgl. BGE 121 V 204 E. 6a). 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. E. 2.4 hier vor, mit Hinweis auf das Urteil des EVG C 66/04 E. 3.2).

4.4 Im vorliegenden Fall kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie auf die Argumente der Beschwerdeführerin nicht weiter eingegangen sei. Die Vorinstanz hat sich zwar auf das Entscheidwesentliche beschränkt, ist aber dennoch genügend auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin eingegangen. Insbesondere hat sie zum Ablauf der Arbeitgeberkontrolle Stellung genommen, die Situation der Beschwerdeführerin rund um die Covid-19 Pandemie miteinbezogen und hat ausführlich dargelegt, weshalb sie die nachträglich eingereichten Unterlagen als nicht offensichtlich authentisch beurteilt. Damit hat die Vorinstanz ihre Begründungspflicht rechtsgenügend erfüllt. Die Beschwerde selbst zeigt denn auch, dass eine sachgerechte Anfechtung möglich war. Auf die Frage der materiellen Richtigkeit der Begründung der Vorinstanz wird nachfolgend eingegangen (vgl. E. 5 f.).

Ebenfalls ging die Vorinstanz – ohne den Untersuchungsgrundsatz zu verletzen – zu Recht davon aus, dass die von der Beschwerdeführerin beantragten Befragungen nicht geeignet für den Gegenbeweis sind (vgl. E. 7). Auch die Abweisung dieses Antrags ist im Einspracheentscheid ausreichend begründet.

Die formell-rechtlichen Rügen der Beschwerdeführerin gehen fehl.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass ihr aus der verspäteten Vorlage der Einsatzpläne und der individuellen Stundenlisten aufgrund der besonderen Umstände kein Nachteil erwachsen dürfe. Sie habe bereits vor der Arbeitgeberkontrolle sowie während der Kontrolle darauf hingewiesen, dass weitere Dokumente existieren würden, welche nicht zeitnah bereitgestellt werden könnten. Diese seien als genügende Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 46b AVIV einzustufen. Im Einzelnen: Anlässlich der Arbeitgeberkontrolle habe die Beschwerdeführerin über die

strittigen Einsatzpläne und individuellen Stundenlisten verfügt. Diese hätten sich jedoch aufgrund mehrerer Umzüge auf verschiedene Standorte und Archive verteilt. Wegen unklarer Informationen der Revisoren der Ernst & Young AG und Missverständnissen anlässlich der Kontrolle habe sie diese Belege zu diesem Zeitpunkt nicht vorgelegt respektive vorlegen können. So sei im Vorfeld der Kontrolle, trotz entsprechender Nachfrage der Beschwerdeführerin in der E-Mail vom 6. Oktober 2023, nicht klar gewesen, welche Dokumente sie bereitstellen müsste, sodass sie sich nicht habe sachdienlich auf die Kontrolle vorbereiten können (Beilage der Beschwerdeführerin [BSF-Beilage] 12). Dennoch seien die Revisoren vorgängig über die Tatsache informiert worden, dass sich nicht alle Unterlagen vor Ort in Meilen beim ehemaligen Treuhänder der Beschwerdeführerin, wo die Kontrolle stattfinden sollte, befinden würden. Während der Kontrolle sei die eigentliche Zeiterfassung nur am Rande ein Thema gewesen und die Revisoren hätten den Eindruck vermittelt, dass alles in Ordnung sei und nie klar erklärt, was für Dokumente sie benötigen würden, um die Rechtmässigkeit der bezogenen Kurzarbeitsentschädigung zu prüfen. Das Dokument «geprüfte Unterlagen» wäre nie unterzeichnet worden, wenn die Beschwerdeführerin darüber informiert worden wäre, dass dies dazu führen könnte, dass die bezogenen Gelder beinahe vollständig zurückbezahlt werden müssen.

Die Vorinstanz bestreitet, dass es zu rechtserheblichen Irrtümern gekommen sei. Es habe in der Verantwortung der Beschwerdeführerin gelegen, die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Die Arbeitgeberkontrolle sei rechtmässig abgelaufen.

5.2 Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, unverschuldet nicht gewusst zu haben, dass anlässlich der Arbeitgeberkontrolle die Arbeitszeitkontrolle überprüft werden soll, überzeugt sie nicht: Zu Recht merkt die Vorinstanz an, dass die Beschwerdeführerin wiederholt auf das Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG aufmerksam gemacht wurde. Entsprechende Hinweise fanden sich beispielsweise auf dem Formular der Voranmeldung unter dem Titel «Bestätigung des Arbeitgebers», welches vom damaligen Geschäftsführer unterzeichnet wurde (Vernehmlassungsbeilage 8) sowie in der «Info-Service Broschüre Kurzarbeitsentschädigung» (Vernehmlassungsbeilage 9, S. 6 f.). Ferner wiesen die Verfügungen des Amtes für Wirtschaft vom 30. März 2020, vom 20. August 2020, vom 27. Mai 2021 und vom 19. November 2021 unter «Wichtige Hinweise» auf das Erfordernis einer rechtmässigen Arbeitszeitkontrolle hin (Vernehmlassungsbeilagen 10-13).

Die Beschwerdeführerin musste somit im Vorfeld wissen, dass eine Zeiterfassung erforderlich war, die eine Überprüfung des Arbeitsausfalls und der Arbeitszeit ermöglicht. Sie selbst bestreitet denn auch nicht, gewusst zu haben, dass auf täglicher Basis eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle zu führen sei.

Das Stattfinden der Arbeitgeberkontrolle wurde durch die Revisoren der Ernst & Young AG in der E-Mail vom 16. Oktober 2023 bestätigt und dabei als «Rechtmässigkeitsprüfung des Leistungsbezugs von Kurzarbeitsentschädigung» bezeichnet (BSF-Beilage 12). Dass an einer solchen Kontrolle Belege für die wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfälle kontrolliert würden, versteht sich von selbst. Vor allem war der Hinweis, dass anlässlich der Kontrolle «sämtliche betriebliche Unterlagen der Jahre 2019-2022» benötigt würden, keineswegs vage, da sich dies im konkreten Kontext unübersehbar auf die Überprüfung des Arbeitsausfalls nötige «betriebliche Arbeitszeitkontrolle» nach Art. 46b Abs. 1 AVIV bezog.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie sich bestmöglich auf die Arbeitgeberkontrolle habe vorbereiten wollen. Zu diesem Zweck habe sie im Vorfeld versucht, die Revisoren zu kontaktieren, um in Erfahrung zu bringen, welche Dokumente anlässlich der Arbeitgeberkontrolle verfügbar sein müssen. Dabei verweist die Beschwerdeführerin auf Beilage 12. Der E-Mail vom 6. Oktober 2023 von Peter Hunke lässt sich einzig folgender Satz betreffend die Unterlagen entnehmen: «Zudem würden wir die Unterlagen gern gründlich vorbereiten und hier auch auf unseren Treuhänder zurückgreifen.» Diese Aussage ist keine Nachfrage dahingehend, welche Unterlagen bereitgestellt werden sollen. Im Gegenteil, die Aussage klingt gar so, als wusste Peter Hunke ganz genau, welche Unterlagen am Kontrolltermin überprüft werden und er deshalb einen anderen Ort, als den Sitz der e-hoi AG in Herisau als Prüfungsort vorschlug. Dem ist anzufügen, dass es nicht in der Verantwortung der Revisoren liegt, im Voraus eine vollständige Liste der für die Kontrolle relevanten Dokumente zu erstellen. Dass die Revisoren telefonisch keine abschliessende Auskunft erteilt haben, entbindet die Beschwerdeführerin nicht von ihrer Pflicht gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG i.V.m. Art. 46b Abs. 2 AVIV, sämtliche potenziell relevanten Unterlagen vorzubereiten und zur Verfügung zu stellen.

Festzuhalten bleibt, dass die Pflicht zur Arbeitszeitdokumentierung im Vorfeld adäquat kommuniziert wurde. Zudem war klar, dass die entsprechenden Arbeitszeitbelege anlässlich der Arbeitgeberkontrolle geprüft werden.

Ein relevanter und unverschuldeter Irrtum der Beschwerdeführerin betreffend die zu kontrollierenden Unterlagen ist nicht gegeben.

5.3 Die Beschwerdeführerin kann nichts zu ihren Gunsten ableiten, wenn sie geltend macht, dass es infolge diverser Umzüge, innerbetrieblicher Verantwortlichkeiten und Umstrukturierungen schwierig gewesen sei, sämtliche erforderlichen Unterlagen termingerecht zusammenzufügen. Dem ist entgegenzuhalten, dass es unerheblich ist, wie herausfordernd es für die Beschwerdeführerin gewesen sein mag, die Unterlagen rechtzeitig zusammenzustellen. Es gehört zu den gesetzlichen Pflichten der Beschwerdeführerin im Rahmen einer im Voraus angekündigten Arbeitgeberkontrolle die Vollständigkeit und Zugänglichkeit der relevanten Unterlagen sicherzustellen (Art. 46b Abs. 2 AVIV). Sie wusste unbestrittenermassen seit dem 5. Oktober 2023, dass eine Arbeitgeberkontrolle bei ihr durchgeführt wird (BSF-Beilage 12). Bis zum effektiven Kontrolltermin am 24. Oktober 2023 sind ihr dementsprechend zweieinhalb Wochen und somit mehr als genügend Zeit geblieben, um die entsprechenden Unterlagen zusammenzutragen. Dass die Beschwerdeführerin die Aussage «Falls Unterlagen fehlen oder aus anderen Gründen notwendig, behalten wir uns einen Besuch am Standort der neuen Firma e-hoi AG in Herisau vor.» in der Terminbestätigung vom 16. Oktober 2023 dahingehend interpretiert hat, dass Unterlagen nachgereicht oder physisch an anderen Orten präsentiert werden können, ist nicht nachvollziehbar (BSF-Beilage 12). «Vorbehalt(en)» bedeutet lediglich, dass man Bedenken gegenüber einer Sache geltend macht und sich die Möglichkeit für bestimmte Schritte oder eine andere Entscheidung offenlässt (Duden, 10. Aufl., Berlin, 2023, S. 1992). Der Satz des Revisors bezieht sich eindeutig auf den Prüfungsort und damit auf den Fakt, dass die Kontrolle nicht wie üblich in den Räumlichkeiten des zu kontrollierenden Betriebs, sondern auf Wunsch der Beschwerdeführerin beim ehemaligen Treuhänder durchgeführt werden sollte. Aufgrund der Formulierung («vorbehalten») musste der Beschwerdeführerin klar sein, dass es im Ermessen der Revisoren liegt, ob ein weiterer Besuch stattfindet oder nicht. Ein Anspruch der Beschwerdeführerin auf Nachreichung von Dokumenten kann daraus jedenfalls nicht abgeleitet werden.

5.4 Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, es sei wegen unklarer Kommunikation der Revisoren anlässlich der Arbeitgeberkontrolle zu Missverständnissen beziehungsweise Irrtümern gekommen, was die versäumte Abgabe der fehlenden Zeiterfassungsbelege erklären soll, kann ihr nicht gefolgt werden.

Wie gezeigt waren die Angaben der Revisoren respektive der Vorinstanz vor der Arbeitgeberkontrolle weder falsch noch irreführend, und die Beschwerdeführerin hätte die Pflicht zur Arbeitszeitdokumentierung kennen müssen (vgl. hiervor E. 5.1 ff.). Auch dem anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vorgelegten Formular lässt sich kein Irreführungspotenzial entnehmen. Dieses hat den Titel «Arbeitgeberkontrolle betr. Kurzarbeitsentschädigung – geprüfte Unterlagen» und umfasst zwei Seiten, mit relativ wenig Text und dient als eine Art Protokoll des Ablaufs der Arbeitgeberkontrolle. Aufgelistet werden oben zunächst die geprüften Unterlagen (z.B. Kurzarbeitsentschädigungsanträge, monatliche Lohnabrechnungen, Kündigungen). Dann folgt unter der Überschrift «Feststellungen zur betrieblichen Arbeitszeitkontrolle» ein Abschnitt mit Bemerkungen zu den Einsatzplänen. Anschliessend findet sich die Information, dass eine Arbeitszeitkontrolle, welche Auskunft über die effektiv geleisteten Stunden, allfällige Mehrstunden und Minderstunden sowie über alle übrigen Absenzen wie zum Beispiel Ferien, Krankheit, Unfall oder Militärdienst für den Prüfungszeitraum für alle Arbeitnehmenden nicht vorliegt und keine weiteren Einsatzpläne vorhanden sind, welche zur Auswertung mitgenommen werden können. Schliesslich steht am Ende des Formulars, dass mit der Signatur die Richtigkeit der obigen Angaben bestätigt wird und unter anderem zur Kenntnis genommen wird, dass nachträglich eingereichte Unterlagen eine im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle fehlende betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht ersetzen können.

Dass die zwei Zeichnungsberechtigten der Beschwerdeführerin das in Druckschrift dokumentierte Fehlen einer Arbeitszeitkontrolle für die gesamte Belegschaft missverstanden haben sollen oder gar von einem positiven Ergebnis ausgegangen sein sollen, ist nicht nachvollziehbar. Zudem darf von Geschäftsführenden, welche aufgrund ihrer beruflichen Führungsrolle unter erheblichem Druck wichtige Informationen verarbeiten und Dokumente vor einer allfälligen Signatur sorgfältig prüfen müssen, erwartet werden, dass sie bei einer behördlichen Kontrolle die Dokumente ebenfalls korrekt prüfen – auch wenn es bereits 18.30 Uhr ist. Folglich durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass das signierte Formular vorgängig richtig zur Kenntnis genommen worden war.

5.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, die Nichtvorlage von Zeiterfassungsbelegen für ihre gesamte Belegschaft anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. Oktober 2023 und die Bestätigung des Fehlens dieser Zeiterfassungsbelege auf dem Formular der «geprüften Unterlagen» auf unklare Informationen im Vorfeld,

unverschuldete Missverständnisse, Irreführung oder auf eine Stress- und Drucksituation zurückzuführen. Die Vorinstanz konnte aus der Sachlage und der schriftlichen Bestätigung den Schluss ziehen, dass der Arbeitsausfall der Mitarbeitenden nicht ausreichend dokumentiert worden ist.

6.

6.1 Zu prüfen ist ferner, ob die mit Einsprache vom 28. Februar 2024 nachgereichten Arbeitszeiterfassungen als rechtsgenügend zu qualifizieren und als offensichtlich authentisch einzustufen sind und deshalb trotz verspäteter Einreichung ausnahmsweise hätten berücksichtigt werden müssen.

Gemäss Beschwerdeführerin sei das Zeiterfassungssystem zu Beginn der Covid-19 Pandemie unter erheblichem Zeitdruck erarbeitet und eingeführt worden. Die entsprechenden Prozesse und Anweisungen seien daher nur intern und mündlich geregelt worden. Die Einsatzpläne seien vorgängig erstellt worden und hätten als Basis für die Arbeitseinsätze der Mitarbeitenden gedient. Abweichungen davon inkl. Absenzen seien in den individuellen Stundenlisten laufend abgebildet worden. Separat sei zusätzlich dazu eine jährliche Ferienliste für jeden Standort geführt worden. Dieses System genüge den Anforderungen an eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung. Der Beschwerdeführerin sei bei der Beantragung der Kurzarbeitsentschädigung ein administrativer Fehler unterlaufen: Die Stundenaufstellungen seien fälschlicherweise auf Basis der Einsatzpläne und nicht der individuellen Stundenlisten erstellt worden. Dieser Umstand erkläre die Widersprüche. Die Unrichtigkeit der Leistungszusprechung könne nicht zweifelsohne festgestellt werden, dies wäre aber Voraussetzung für eine Rückerstattung.

Die Vorinstanz bringt vor, dass gegen die offensichtliche Authentizität spreche, dass die Beschwerdeführerin insbesondere die individuellen Stundenlisten nie – weder anlässlich der Beantragung der Kurzarbeitsentschädigung noch der Arbeitgeberkontrolle – erwähnt habe. Im Gegenteil, die Beschwerdeführerin habe ausdrücklich unterschriftlich bestätigt, dass keine Arbeitszeitkontrolle vorliege. Gegen die offensichtliche Authentizität würden auch die zahlreichen Widersprüche zwischen den vorab eingereichten Einsatzplänen und den im Rahmen der Arbeitgeberkontrolle vorgelegten Unterlagen sprechen. Beispielsweise sei es nicht glaubwürdig, dass Ferienabsenzen und regelmässige freie Tage von Mitarbeitenden in einem Teilzeitpensum kurz vor der Erstellung eines Einsatzplans unbekannt gewesen seien, oder dass Einträge in den individuellen Stundenlisten in einer anderen Sprache als üblich festgehalten wurden. Die nachgereichten

individuellen Stundenlisten würden weder die Vorgaben an eine zeitnahe und fortlaufende Erstellung von Arbeitszeitkontrollen noch an die offensichtliche Authentizität erfüllen. Daher könne nicht auf die Stundenlisten abgestellt werden.

6.2 Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin jeweils monatliche Einsatzpläne erstellt hat, um ihre Mitarbeitenden in die zwei verschiedenen Arbeitszeitschichten einzuteilen (Einsprache vom 28. Februar 2024 [Einsprache], Beilagen 12-17). Die Einsatzpläne haben angesichts der Arbeitgeberkontrolle nicht vorgelegen, wurden jedoch unbestrittenermassen thematisiert (Einspracheentscheid S. 7; BSF-Beilage 15). Das heisst, dass die mit der Einsprache vom 28. Februar 2024 erstmals eingereichten Einsatzpläne hätten vorher vorgelegen haben könnten. Darüber hinaus kann – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – aus deren Thematisierung nichts abgeleitet werden (vgl. Beschwerdeschrift Rz. 105). Insbesondere heisst das nicht, dass das Dokument «geprüfte Unterlagen» irreführend/unrichtig ist oder der Sachverhalt unvollständig/unrichtig festgestellt wurde. Im Gegenteil, die Einsatzpläne wurden durch die Revisoren wahrheitsgetreu entsprechend der Schilderung der beiden Geschäftsführer im Formular thematisiert (BSF-Beilage 15 «Feststellungen zur betrieblichen Arbeitszeitkontrolle»). Da die Einsatzpläne allein keine Auskunft über die effektiv geleisteten Stunden, allfällige Mehrstunden und Minderstunden sowie über alle übrigen Absenzen wie z.B. Ferien, Krankheit, Unfall oder Militärdienst gibt, stellen diese allein unabhängig von ihrer Authentizität keine rechtsgenügeliche Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG i.V.m. Art. 46b Abs. 1 AVIV dar.

Die Mitarbeitenden hätten gemäss Beschwerdeführerin fixe Arbeitszeiten mit einer Soll-Arbeitszeit im Vollzeitpensum von 40 Stunden gehabt. Sie seien angewiesen worden, grundsätzlich keine Mehrstunden zu leisten und allfällige Abweichungen von den fixen Arbeitszeiten sowie Absenzen in separaten Stundenlisten zu dokumentieren. Der Beschwerdeführerin ist zwar dahingehend zuzustimmen, dass nicht zwingend eine konsolidierte Arbeitszeiterfassung vorliegen muss, dennoch hat sie den Anforderungen an eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung zu genügen. Wie bereits dargelegt, setzt dies unter anderem die jederzeitige Kontrollierbarkeit der Arbeitszeitkontrolle voraus, sodass sich eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung jederzeit anhand der verfügbaren Unterlagen ein klares Bild über die genauen Arbeitszeiten aller Arbeitnehmenden machen kann. Nachträglich eingereichte Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle wie

erwähnt nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können (vgl. E. 3.4). Die von der Beschwerdeführerin erst mit der Einsprache und damit nachträglich ins Recht gelegten individuellen Stundenlisten von März 2020 bis März 2022 wurden zuvor zu keinem Zeitpunkt thematisiert. Im von den Geschäftsführern unterzeichneten Formular «geprüfte Unterlagen» wurde im Gegenteil gar festgehalten, dass die Mehrstunden nicht notiert wurden und die Arbeitnehmenden diese selbständig kompensiert haben (BSF-Beilage 15). Darüber hinaus zeigen die individuellen Stundenlisten zwar den Monat, den Tag, den Beginn und das Ende der Arbeitszeit sowie Pausen, jedoch sind sie nicht mit einem Datum versehen oder visiert. Daher ist nicht ersichtlich, wann sie erstellt wurden und ebenso wenig, ob und wann welche Änderungen an ihnen vorgenommen wurden. Es ist nicht nachvollziehbar, ob die individuellen Stundenlisten zeitgleich und täglich fortlaufend erstellt wurden, womit sie den Anforderungen an eine rechtsgenügeliche Arbeitszeitkontrolle nicht genügen.

6.3 Ferner weist die Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdeführerin, bestehend aus Einsatzplänen, individuellen Stundenlisten und Ferienplänen, Ungereimtheiten auf, welche die Beschwerdeführerin nicht überzeugend zu entkräften vermag. Es ist es höchst unglaubwürdig, dass die Mitarbeitenden fast ausschliesslich Arbeitseinsätze von exakt vollen Stunden und keine Mehrstunden geleistet haben sollen, denn in Situationen der Kurzarbeitsentschädigung ist es gerade zu wahrscheinlich, dass an einzelnen Tagen mehr oder weniger gearbeitet wird, um Restarbeiten zu verhindern (Urteil des BVGer B-823/2023 vom 18. Januar 2024 E. 6.3.3). Auch der Wortlaut der Weisung der Beschwerdeführerin («grundsätzlich seien keine Mehrstunden zu leisten») weist bereits daraufhin, dass es Ausnahmen gegeben haben könnte, sodass Mitarbeitende doch mal Mehrstunden geleistet haben. Ferner ist es höchst unglaubwürdig, dass Ferienabsenzen, offensichtlich regelmässige freie Tage aufgrund von Teilzeitpensen und Sonderschichten aufgrund von Kreuzfahrten, anlässlich der kurzfristigen Erstellung der Einsatzpläne unbekannt waren. Beispielsweise kann den Unterlagen entnommen werden, dass A. _____ während des Prüfungszeitraums zumindest zeitweise in einem 80%-Pensum tätig war (exemplarisch Akten der Vorinstanz [vi.-act.] 1, S. 277, S. 295, S. 361, S. 333, S. 353). Gemäss den Einsatzplänen war A. _____ in den Monaten Mai 2020 sowie Juli 2020 bis Oktober 2020 regelmässig an einem Freitag eingeplant (Einsprache, Beilage 12). Die individuellen Stundenlisten von A. _____ zeigen aber, dass Freitag jeweils ihr freier Tag war (Einsprache, Beilage 20 sowie Beilage 22-25). B. _____ war am 18., 19. und 21. Oktober 2021 im

Einsatzplan eingeplant (Einsprache, Beilage 13), obwohl sie in der Woche vom 18. bis 22. Oktober 2021 ferienabwesend war (Einsprache, Beilage 37; vi.-act. 22). Dasselbe zeigt sich bei A._____ zwischen dem 1. und 8. November 2021 (Einsprache, Beilagen 13 und 38) und 14. bis 28. Februar 2022 (Einsprache, Beilagen 14 und 40). Schliesslich ist dem Einsatzplan von Oktober 2021 zu entnehmen, dass B._____ in der Woche vom 11. bis 15. Oktober 2021 bis auf Mittwoch jeweils vormittags für vier Stunden eingeplant war (Einsprache, Beilage 13). Der nachgereichten Stundenliste zur Folge arbeitete B._____ in der Woche vom 11. bis 15. Oktober 2021 jeweils acht Stunden pro Tag aufgrund der Kreuzfahrt Z._____ (Einsprache, Beilage 37). Ein ähnliches Bild zeigt sich bei C._____ vom 27. bis 30. September 2021 (Einsprache, Beilagen 13 und 36).

Ein weiteres Dokument, aus welchem sich Widersprüche zu den individuellen Stundenlisten respektive den Einsatzplänen ergeben, ist die Excel-Datei «Automatisch generierte E-Mails» (vi.-act. 25). Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass aus dieser Liste keine Rückschlüsse dahingehend gezogen werden können, welche Mitarbeitende an welchen Tagen gearbeitet haben. Die Beschwerdeführerin selbst erklärt in der Beschwerdeschrift vor dem Bundesverwaltungsgericht, dass die Spalte «Owner» im Zeitpunkt, als eine neue Buchung oder Buchungsanfrage einging, diese einem Reservationsmitarbeitenden zugewiesen wurde. Das einzig Nachvollziehbare ist, dass die neue Buchung respektive Buchungsanfrage einem Mitarbeitenden zugeteilt wurde, welcher am Tag des Einganges auch arbeitete. Eine andere Zuteilung wird durch die Beschwerdeführerin nicht geltend gemacht und würde auch keinen Sinn ergeben. Dieser Mitarbeitende sei dann grundsätzlich die erste Ansprechperson für den Kunden gewesen. Vor diesem Hintergrund sind die Ausführungen, welche die Beschwerdeführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle gemacht haben soll, nachvollziehbar (Vernehmlassung Rz. 62): Die Offertstellung im Anschluss an eine Buchungsanfrage ist nach der Überprüfung der Daten stets manuell ausgelöst worden, wodurch auch eine E-Mail generiert wurde. Es ist offensichtlich, dass die Spalte «OfferDate» das Datum der Offertstellung abbildet. Das heisst, aus den Spalten «OfferDate» und «Owner» lässt sich ablesen, welche Mitarbeitende an welchen Tagen die eingegangenen Anfragen mittels Offertstellung beziehungsweise einer Buchungsbestätigung bearbeitet und somit gearbeitet haben. Dass später vorgenommene Änderungen an den Buchungen durch andere Mitarbeitende vorgenommen wurden, ohne den initialen «Owner» anzupassen (Beschwerde Rz. 144) wird nicht bestritten und ist vorliegend auch nicht von Bedeutung. Aus dem

Beleg «Automatisch generierte E-Mails» ergeben sich daher weitere Ungereimtheiten in Bezug auf die Arbeitszeitkontrolle (vi.-act. 25). Beispielsweise hat A._____ am 5., 12. und 19. Mai 2020 sowie am 26. Juni 2020 Offerten erstellt, obwohl sie gemäss individueller Stundenliste nicht gearbeitet hat (Einsprache, Beilagen 20 und 21). Gleiches gilt unter anderem für D._____ am 3. Juli 2020 und für E._____ am 6. Juli 2020 (Einsprache, Beilage 22).

Die genannten Widersprüche betreffen sowohl die Einsatzzeiten der Mitarbeitenden als auch die Abwesenheitszeiten und sprechen gegen die offensichtliche Authentizität der nachgereichten Dokumente. Aufgrund der zahlreichen Unstimmigkeiten ist es keineswegs überspitzt formalistisch, an der Beweisvorschrift von Art. 46b AVIV festzuhalten.

6.4 Selbst wenn der Beschwerdeführerin darin zu folgen ist, dass sich die Arbeitszeiterfassung aus mehreren Dokumenten ergeben kann, ändert dies nichts daran, dass auch ein aus verschiedenen Teilen zusammengesetztes Arbeitszeiterfassungssystem (respektive dessen einzelne Elemente) insgesamt den Anforderungen an eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung zu genügen hat. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass dies in verschiedentlicher Hinsicht nicht der Fall war: Sowohl die Einsatzpläne als auch die individuellen Stundenlisten waren nicht jederzeit kontrollierbar und wiesen über den gesamten Zeitraum systematisch Unstimmigkeiten auf, was das Zeiterfassungssystem als nicht authentisch erscheinen lässt.

6.5 Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr sei ein administrativer Fehler unterlaufen und versucht damit die Widersprüche zu erklären. Der administrative Fehler habe darin bestanden, dass für die Erstellung der mit den Anträgen für Kurzarbeitsentschädigung eingereichten Stundenaufstellungen fälschlicherweise die Einsatzpläne und nicht die individuellen Stundenlisten verwendet und so die Ferien nicht berücksichtigt wurden. Einerseits lässt der Umstand, dass die Einsatzpläne als Grundlage für die Erstellung der Anträge dienen vermuten, dass die individuellen Stundenlisten erst nachträglich erstellt oder zumindest modifiziert wurden, um den fehlenden Nachweis der Arbeitszeiten zu kompensieren und andererseits kann die Beschwerdeführerin – auch wenn sich der administrative Fehler so zugetragen hätte – nichts daraus ableiten. Weder die jederzeitige Kontrollierbarkeit der Arbeitszeitkontrolle noch deren Authentizität lässt sich dadurch belegen. Daran würde auch das Nachreichen korrigierter Anträge/Abrechnungen auf Kurzarbeitsentschädigung nichts ändern, weshalb dieser Antrag der Beschwerdeführerin abzuweisen ist.

6.6 Zu Recht hat die Vorinstanz die verspätet eingereichten Arbeitszeitbelege nicht als genügende betriebliche Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 46b Abs. 1 AVIV eingestuft. Die nachträglich eingereichten Zeiterfassungen erfüllen aus unterschiedlichen Gründen (E. 6.1-6.5) nicht die gesetzlichen Anforderungen an eine solche Arbeitszeitkontrolle. Die von der Praxis anerkannten Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Berücksichtigung sind mangels offensichtlicher Authentizität nicht erfüllt.

7.

7.1 Das Bundesverwaltungsgericht nimmt die ihr angebotenen Beweismittel ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG; vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2). Es kann im Rahmen seines Ermessensspielraums auf die Abnahme eines Beweises verzichten, wenn es aufgrund bereits erhobener Beweise den rechtserheblichen Sachverhalt für genügend geklärt hält und davon ausgehen kann, dass weitere Beweiserhebungen an seiner auf Basis der gegebenen Aktenlage gebildeten Überzeugung nichts ändern würden (antizipierte Beweismündigkeit; vgl. BGE 141 I 60 E. 3.3 und 136 I 229 E. 5.3 je m.H.). Weder Art. 33 Abs. 1 VwVG noch der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 VwVG) gewährleisten einen Anspruch auf mündliche Anhörung einer Partei oder von Zeugen (vgl. BGE 130 II 425 E. 2.1 und 122 II 464 E. 4). Die mündliche Anhörung von Zeugen gilt als subsidiäres Beweismittel, auf das ausnahmsweise zurückgegriffen werden muss, wenn es an geeigneteren Mitteln fehlt, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erstellen (Art. 14 Abs. 1 lit. c VwVG; vgl. Urteil des BGer 5A.15/2006 vom 15. Juni 2006 E. 2.1 m.w.H.).

7.2 Die zahlreichen Anträge der Beschwerdeführerin auf Zeugen- und Parteibefragungen in Bezug auf den Ablauf der Arbeitgeberkontrolle und zu den Anordnungen betreffend die Dokumentation der Arbeitszeiten und Absenzen sowie die Erstellung eines Gutachtens betreffend Erstellungszeitpunkt der nachgereichten Unterlagen sind in antizipierter Beweismündigkeit abzuweisen, da daraus keine neuen Erkenntnisse für den zu beurteilenden Sachverhalt im Zusammenhang mit der durchgeführten Arbeitgeberkontrolle und der nachgereichten Arbeitszeitkontrolle zu erwarten sind. Insbesondere vermögen nachträgliche Befragungen eine vollständige und rechtsgenügende Arbeitszeitkontrolle nicht zu ersetzen.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 19. April 2024 gegen die Rückforderungsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 940'433.15 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

9.

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor dem 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). 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. 14'000.– festzusetzen.

10.

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. 14'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Daniel Willisegger

Jil Gehmann

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: 27. Februar 2025

Zustellung erfolgt an:

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

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons Y. _____