



Abteilung II
B-4138/2021

Urteil vom 11. Dezember 2023

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richter Jean-Luc Baechler,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch
Stefan Fierz, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die X. _____ AG, (Angaben zum Sitz) (nachfolgend: Beschwerdeführerin), bezweckt gemäss Handelsregistereintrag die Vornahme aller Handlungen im Bereich Logistik, namentlich das Ausführen und Vermitteln von Transporten, das Lagern von Gütern aller Art und die Abwicklung von Speditionsaufträgen im In- und Ausland. Nach eigenen Angaben führt die Beschwerdeführerin ausschliesslich unplanbare Express-Transporte durch, die auch häufig kurzfristig storniert werden. Das Transportunternehmen beschäftigt Chauffeure beziehungsweise Fahrer sowie Mitarbeitende in der Administration.

A.a Am 16. März, 21. August und 10. November 2020 sowie am 17. Februar und 6. Mai 2021 meldete die Beschwerdeführerin beim Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit (KIGA) des Kantons A. _____ (nachfolgend: kantonale Amtsstelle) Kurzarbeit für den gesamten Betrieb an.

A.b Mit Verfügungen vom 19. März, 27. August (teilweiser Einspruch wegen Überschreitung der Höchstdauer der angemeldeten Periode von drei Monaten) und 10. Dezember 2020 sowie 23. Februar und 10. Mai 2021 bewilligte die kantonale Amtsstelle der Beschwerdeführerin jeweils Kurzarbeit unter Vorbehalt der Erfüllung der übrigen Anspruchsvoraussetzungen. Die zuständige Arbeitslosenkasse richtete der Beschwerdeführerin für den Zeitraum von März 2020 bis Mai 2021 Kurzarbeitsentschädigungen von insgesamt Fr. 509'612.90 aus.

A.c Am 29. Juni 2021 führte der Revisionsdienst der Arbeitslosenversicherung eine Arbeitgeberkontrolle im Betrieb der Beschwerdeführerin durch und überprüfte die beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen auf ihre Rechtmässigkeit hin.

A.d Mit Revisionsverfügung vom 6. Juli 2021 kam das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin Versicherungsleistungen für den Zeitraum von März 2020 bis Mai 2021 in der Höhe von Fr. 523'323.45 unrechtmässig bezogen habe. Abzüglich der noch nicht ausbezahlten Leistungen für Mai 2021 im Umfang von Fr. 13'710.55 verfügte die Vorinstanz eine Rückforderung von Fr. 509'612.90. Die geltend gemachten Arbeitsausfälle müssten infolge Unkontrollierbarkeit vollständig aberkannt werden.

A.e Mit Einsprache vom 3. August 2021 beantragte die Beschwerdeführerin die vollumfängliche Aufhebung der Revisionsverfügung und den Verzicht auf die Rückerstattung. Eventualiter sei die Revisionsverfügung aufzuheben und der Entscheid zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, dass obschon keine exakte Zeiterfassung vorliege, die Angaben zu den geltend gemachten wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden anhand anderer Unterlagen (Arbeitsverträge, Fahrzeitenkontrolle der Fahrer, Ferienlisten, Lohnausweise) plausibilisiert werden könnten. Es gebe zwar gewisse Abweichungen beziehungsweise Ungereimtheiten. Das sei jedoch keine absichtlichen Falschdeklarationen, sondern aufgrund der Überforderung einzelner Mitarbeitenden sowie dem mit der Arbeitslosenkasse vereinbarten Vorgehen entstanden.

B.

Mit Entscheid vom 13. August 2021 wies die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin sowie die gestellten Anträge ab (Dispositiv-Ziff. 1) und bestätigte die Rückforderung im Umfang von Fr. 509'612.90 (Dispositiv-Ziff. 2). Die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen seien innerhalb 90 Tagen der kantonalen Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten (Dispositiv-Ziff. 3).

C.

Mit Eingabe vom 14. September 2021 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei die Revisionsverfügung vom 6. Juli 2021 beziehungsweise der Einspracheentscheid vom 13. August 2021 aufzuheben und auf eine Rückerstattung von bezogenen Versicherungsleistungen ihr gegenüber zu verzichten. Eventualiter sei die Revisionsverfügung beziehungsweise der Einspracheentscheid aufzuheben und der Entscheid zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie die Ansetzung einer Frist zur schriftlichen Vernehmlassung auf eine allfällige Stellungnahme der Vorinstanz.

D.

Mit Vernehmlassung vom 29. November 2021 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des Einspracheentscheids einschliesslich der darin verfügten Rückforderung.

E.

Mit Replik vom 13. Dezember 2021 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest.

F.

Die Vorinstanz verzichtete am 22. Juni 2023 auf die Erstattung einer Duplik.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

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

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

1.3 Anfechtungsobjekt im vorliegenden Beschwerdeverfahren bildet einzig der vorinstanzliche Einspracheentscheid vom 13. August 2021. Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren denn auch erst durch den Einspracheentscheid abgeschlossen, welcher die ursprüngliche Verfügung ersetzt (BGE 142 V 337 E. 3.2.1 in fine). Soweit die Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren die Aufhebung der Revisionsverfügung vom 6. Juli 2021 beantragt, ist daher auf die Beschwerde nicht einzutreten.

1.4 Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 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). Auf die Beschwerde ist einzutreten, soweit sie sich gegen den Einspracheentscheid vom 13. August 2021 richtet.

2.

2.1 Die Vorinstanz begründet die Rückforderung mit der fehlenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls im Bezugszeitraum März 2020 bis Mai 2021. Die Beschwerdeführerin habe anlässlich der Arbeitgeberkontrolle keine rechtsgenügende betriebliche Arbeitszeitkontrolle vorlegen können. Der Arbeitsausfall sei daher nicht überprüfbar und habe auch anhand anderer betrieblicher Unterlagen nicht plausibilisiert werden können. Die vorhandenen Aufstellungen über Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer erfüllten die Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeiterfassung nicht. Ausserdem gehe daraus sowie aus Ferienlisten und Abwesenheitsmeldungen hervor, dass in erheblichem Ausmass Ausfallstunden für Zeiten geltend gemacht worden seien, an denen die Arbeitnehmenden gearbeitet hätten oder aus nicht wirtschaftlich bedingten Gründen abwesend gewesen seien. Eine Mitarbeiterin habe keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, weil sie für die Arbeitslosenversicherung altersbedingt nicht mehr beitragspflichtig sei. Ein Mitarbeiter habe zufolge fristloser Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 7. Oktober 2020 keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Ausserdem hätten neu angestellte und anspruchsberechtigte Arbeitnehmende zwar vorerst keine Ausfallstunden zu verzeichnen, jedoch müssten die Sollstunden und Verdienste in die Summe der Sollstunden und in die AHV-pflichtige Lohnsumme aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden einbezogen werden, weil dies zu einer höheren Lohnsumme und einem tieferen prozentualen wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall führe. Die drei letzten Beanstandungspunkte zeitigten aufgrund der bereits umfassenden Leistungsaberkennung infolge Unkontrollierbarkeit des geltend gemachten Arbeitsausfalls im fraglichen Zeitraum jedoch keine weiteren Folgen. Schliesslich hätten die ausgerichteten Bonuszahlungen für das Jahr 2020 bei der Ermittlung der massgebenden Verdienste berücksichtigt werden sollen (Ergebnis: höhere AHV-pflichtige Lohnsumme). Auf eine Neuberechnung werde aber angesichts der umfassenden Leistungsaberkennung verzichtet.

2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei möglich, ihre Angaben mit den vorhandenen Unterlagen zu plausibilisieren, weshalb die Ausfallstunden bestimm- und kontrollierbar seien. Auch wenn in einzelnen Monaten gewisse Abweichungen beziehungsweise Unstimmigkeiten bestünden, könne nachgewiesen werden, dass im Bezugszeitraum keine Ausfallstunden für Zeiten deklariert worden seien, an denen die Angestellten gearbeitet hätten oder aus nicht wirtschaftlichen Gründen abwesend gewesen seien. Im Gegenteil seien zu wenige Ausfallstunden geltend gemacht worden. Die Ungereimtheiten bedeuteten keine absichtliche Falschdeklaration, sondern ergäben sich aus dem mit der Arbeitslosenkasse vereinbarten Vorgehen und der Überforderung der Mitarbeitenden. Die Rückforderung gründe auf einem falsch festgestellten Sachverhalt. Zudem sei das Vorgehen der Vorinstanz bei der Kontrolle fragwürdig und nicht neutral gewesen. Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG (unten E. 3), des Prinzips des Vertrauensschutzes (unten E. 4) sowie des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes (unten E. 5).

3.

3.1 Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32 AVIG), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist, der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Als normale Arbeitszeit gilt die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig (Art. 46 Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]). Als verkürzt gilt die Arbeitszeit nur, wenn sie zusammen mit geleisteten Mehrstunden die normale Arbeitszeit nicht erreicht. Als Mehrstunden gelten alle ausbezahlten oder nicht ausbezahlten Stunden, welche die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigen (Art. 46 Abs. 2 AVIV). Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG). 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 Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b AVIV). Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (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, jederzeit möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes einzelnen Arbeitnehmers feststellen zu können (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 5.2).

3.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die eingereichte Aufstellung über Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer sei eine rechtsgenügende Arbeitszeitkontrolle, die von einer externen Firma ausgewertet werde und nicht manipuliert werden könne. Die effektive Arbeitszeit werde elektronisch täglich auf die Minute genau erfasst samt Bereitschaftsdienst und Beladungszeiten. Die Fahrer hätten während der Phase der Kurzarbeit daheim Bereitschaftsdienst geleistet (die Büroräumlichkeiten seien dafür viel zu klein) und hätten einen angefragten Einsatz auch ablehnen können, weshalb insoweit kein Bereitschaftsdienst mit Arbeitspflicht und somit auch keine in der Fahrzeitenkontrolle zu erfassende Arbeitszeit bestanden habe. Entsprechende schriftliche Bestätigungen der Fahrer lägen vor. Eine Stunde Pause pro Tag müsse noch abgezogen werden, da die Aufzeichnung während der Mittagspause weiterlaufe. Der Arbeitsausfall ergebe sich aus den Sollstunden abzüglich der aufgezeichneten Arbeitszeit. Die Ferienzettel belegten sodann die Urlaubstage. Falls es beim Ferienbezug Veränderungen gegeben habe, könne dies den Lohnabrechnungen entnommen werden. Aus den Arztzeugnissen seien die Krankheitsabsenzen ersichtlich. Der Einfachheit halber seien die Ferienangaben und die Absenzen nochmals schriftlich zusammengefasst worden. Die Krankheitsabsenzen eines Mitarbeiters seien nun in die im Beschwerdeverfahren eingereichten Berechnungen miteinbezogen, sodass eine Rückforderung auch aus diesem Grund nicht mehr erfolgen könne. Für die Fahrer liege somit ein täglich fortlaufendes System und damit eine genügende betriebliche Arbeitszeiterfassung vor. Dieses sei auf die administrativ tätigen Mitarbeitenden umzurechnen. Sie übernähmen die Koordination der Fahrer und die Abwicklung der Fahrten, weshalb ihre Arbeitszeit in Abhängigkeit zu den gefahrenen Stunden stehe. Auch wenn unter den gegebenen Umständen eine Kontrolle umständlich sei, bleibe sie grundsätzlich möglich. Die

Angaben der Beschwerdeführerin gegenüber der Arbeitslosenkasse seien genau gewesen, was die Vorinstanz bereits anlässlich des Kontrolltermins hätte feststellen können, wenn sie den Dialog gesucht hätte. Sämtliche Daten seien vorhanden gewesen, man hätte sie nur korrekt abfragen müssen. Das sei jedoch nicht geschehen, weil offenbar bereits eine vorgefasste Meinung bestanden habe. Die Beschwerdeführerin habe im Übrigen für den Bezugszeitraum 3'894 Ausfallstunden zu wenig deklariert, was genüge, um allfällige Ungereimtheiten bei den Abrechnungen zu kompensieren und aufzeige, dass zumindest die geltend gemachten Ausfallstunden korrekt gemeldet worden seien. Und selbst wenn davon sämtliche Ferien der Mitarbeitenden (338 Tage) und Krankheitsabsenzen (92 Tage) im Bezugszeitraum abgezogen würden, verbleibe ein Saldo von 18 Stunden zu Gunsten der Arbeitslosenkasse. Damit sei der Nachweis erbracht, dass die Kurzarbeitsentschädigung zu Recht ausbezahlt worden sei und nicht zurückgefordert werden könne. Auch wenn das mit der Arbeitslosenkasse abgesprochene Vorgehen keine exakte Zeiterfassung für alle Mitarbeitenden bedeute und möglicherweise gewisse Unregelmässigkeiten festgestellt werden könnten, könnten die Angaben der Beschwerdeführerin dennoch ausreichend plausibilisiert werden.

3.4 Die Vorinstanz führt aus, die Unterlagen der Beschwerdeführerin genügten nicht, um die geltend gemachten Ausfallstunden als genügend kontrollier- und bestimmbar zu erachten, und vermöchten die fehlende Arbeitszeiterfassung nicht zu ersetzen. Für das Administrativpersonal sei überhaupt keine Arbeitszeiterfassung geführt worden. Die Behauptung, deren Arbeitsstunden stünden in einem direkten Zusammenhang mit den geleisteten Stunden der Fahrer, weshalb prozentual derselbe Arbeitsausfall vorliegen müsse, vermöge nicht zu überzeugen und könne nicht belegt werden. Eine solche pauschale Annahme des Arbeitsausfalls sei unzulässig. Die Beschwerdeführerin sei ein Transportunternehmen, das die Fahrzeuge miete oder lease, abhängig vom Tagesgeschäft sei und Aufträge sehr kurzfristig (meistens am selben Tag) durchführe, weshalb die Fahrer Bereitschaftsdienst leisteten. Die Aufstellung über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer würden sich auf den Betrieb der Fahrzeuge beziehen und von einem Drittbetrieb geführt. Die Bereitschaftszeiten für Express- oder Sonderlieferungen gingen daraus nicht hervor. An Tagen ohne Einträge sei unklar, ob die Mitarbeitenden Bereitschaftsdienst leisteten oder aus anderen Gründen abwesend seien. Es könne auch nicht nachvollzogen werden, ob allfällige Beladungs- und Entladungsarbeiten vor der ersten oder nach der letzten Fahrt durch den Fahrer durchgeführt würden. Diese würden durch den Fahrtenschreiber nicht aufgezeichnet. Die Aufstellungen seien

mangelhaft und die Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle seien daher nicht erfüllt. Die Beschwerdeführerin berechne den Arbeitsausfall ausgehend von der vertraglich vorgesehenen Sollzeit und subtrahiere davon die gemäss Aufstellungen geleistete Arbeitszeit. Eine solche Plausibilisierung der Ausfallstunden vermöge aber die ungenügende Arbeitszeiterfassung nicht zu kompensieren, zumal daraus keine Mehrstunden, wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden und Absenzen, wie Ferien, Krankheit, Unfall, Militärdienst, Zivildienst und -schutz, sonstige bezahlte und unbezahlte Absenzen, hervorgingen. Ausserdem seien auch für Abwesenheiten wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden geltend gemacht worden. Zudem bestünden Abweichungen, wie die Beschwerdeführerin denn auch selber einräume (z.B. nicht korrekt deklarierte Ferienbezüge oder nicht erfasste krankheitsbedingte Abwesenheiten und eine im Vergleich mit den Angaben gegenüber der Arbeitslosenkasse divergierende Einsatzbestätigung eines Mitarbeiters). Die Arbeitszeit sei nicht genügend kontrollierbar und der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung daher zu verneinen.

3.5

3.5.1 Die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen lässt sich regelmässig einzig anhand von detaillierten betrieblichen Unterlagen, namentlich aufgrund eines hinreichenden Zeiterfassungssystems im Sinne des Erfordernisses der täglich fortlaufenden Aufzeichnung feststellen (Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1). Dem Erfordernis der rechtsgenügelichen betrieblichen Arbeitszeitkontrolle wird ausschliesslich mit einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan (Urteil des EVG C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4). Ein geltend gemachter Arbeitsausfall ist erst dann genügend kontrollierbar, wenn für jeden einzelnen Tag die geleistete Arbeitszeit überprüfbar ist (Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 5.1.2; Urteil des EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a). Fehlen geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitznachweis, können diese weder durch die nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmer noch andere Personen ersetzt werden (Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 4.2.2).

3.5.2 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 fortlaufend festgehalten werden (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 (Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 5.1.2). Wesentlich ist allein, dass die Dokumentierung ausreichend detailliert ist und zeitgleich erfolgt (Urteil des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1). Zeitgleich ist eine Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nicht beliebig nachträglich abgeändert werden können, ohne dass dies vermerkt wird (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 (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 für die Kontrolle des Arbeitsausfalls dar, weil es ihr am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung fehlt (Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1).

3.5.3 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 Sinns beraubt werden (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3).

3.5.4 Eine Arbeitszeitkontrolle kann im Zusammenhang mit der Prüfung eines Arbeitsausfalls nur beweistauglich sein, wenn sie, abgesehen von einzelnen Fehlern, die immer vorkommen können, keine Unstimmigkeiten aufweist (Urteil des BGer 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2). Dabei handelt es sich um eine ähnliche Situation wie bei der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung nach Art. 957 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220; Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 5.1). Bei systematisch auftretenden Fehlern in der Arbeitszeitkontrolle gilt der Arbeitszeitausfall als nicht erstellt und die Antragstellenden haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (BVGE 2021 V/2 E. 3.5.2). Vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist während der

Covid-19-Pandemie nicht abgewichen worden; es galten dieselben Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung (BVGE 2021 V/2 E. 4.10; zuletzt bestätigt in den Urteilen des BVGer B-4556/2022 vom 13. November 2023 E. 6.4.4 und B-4557/2022 vom 17. November 2023 E. 6.5.4 [noch nicht rechtskräftig]).

3.5.5 Im Sozialversicherungsverfahren liegt die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, vorliegend für die geltend gemachten Arbeitsausfälle, bei der Leistungsansprecherin (vgl. BGE 121 V 204 E. 6a; vgl. PATRICK L. KRAUSKOPF/MARKUS WYSSLING, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023, Art. 12 N 230). Zwar muss die Behörde bei begründeten Zweifeln beispielsweise am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Arbeitgeberin die Gelegenheit 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 (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1).

3.6

3.6.1 Es ist unbestritten, dass die in der Administration tätigen Mitarbeitenden keine Arbeitszeitkontrolle geführt haben. Eine prozentuale Ableitung ihrer Arbeitszeit von der Arbeitszeit der Fahrer (Berechnungsweise der Beschwerdeführerin) erweist sich aus verschiedenen Gründen als ungenügend. In erster Linie handelt es sich dabei lediglich um eine Schätzung des Arbeitsaufwands im Bezugszeitraum, die Angaben sind mithin zu ungenau. Ferner gehen daraus keine Absenzen, wie Ferien, Krankheit, Unfall, Militärdienst, Zivildienst und -schutz oder sonstige bezahlte und unbezahlte Absenzen hervor, auch allfällige Mehrstunden sind nicht ausgewiesen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wurde durch die Rechtsprechung bestätigt, dass diese Angaben notwendig sind (Urteil des BGer 8C_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.4). Schliesslich kann im Rückbeziehungsweise Umkehrschluss von dieser geschätzten Arbeitszeit nicht einfach auf wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden geschlossen werden. Es lässt sich daher nicht zuverlässig feststellen, inwieweit die geltend gemachten Ausfallstunden für das administrative Personal auf wirtschaftliche Gründe oder auf sonstige Absenzen zurückzuführen waren und ob überhaupt wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden im auf diese Weise ge-

schätzten Ausmass entstanden sind. Es fehlen schlicht zuverlässige Informationen.

3.6.2 Aktenkundig sind die Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer, welche die Beschwerdeführerin als betriebliche Arbeitszeitkontrolle im Sinne der Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung erachtet. Nach Art. 16 Abs. 1 der Chauffeurverordnung vom 19. Juni 1995 (ARV 1, SR 822.221) überwacht der Arbeitgeber laufend anhand der verfügbaren Kontrollmittel, ob die Bestimmungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten eingehalten worden sind. Er hält dazu für jeden Arbeitnehmer und jede Arbeitnehmerin folgende Angaben in einer Aufstellung fest: a. die Tageslenkzeit; b. die wöchentliche Arbeitszeit und den aktuellen Wochen-durchschnitt; c. die Bereitschaftszeit; d. die eingelegten täglichen Ruhezeiten und bei deren allfälliger Unterteilung die Dauer der Teil-Ruhezeiten; e. die eingelegten wöchentlichen Ruhezeiten und bei deren allfälliger Reduzierung die Dauer der reduzierten Ruhezeiten; f. allfällige Arbeitszeiten bei andern Arbeitgebern. Als Arbeitszeit gilt die Zeit, während der der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin am Arbeitsplatz ist, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine oder ihre Funktion oder Tätigkeiten ausübt; zur Arbeitszeit zählen ferner die Arbeitspausen von weniger als 15 Minuten (Art. 2 Bst. f ARV 1). Als Bereitschaftszeit gilt die Zeit, in der der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin nicht verpflichtet ist, am Arbeitsplatz zu bleiben, sich jedoch in Bereitschaft halten muss, um auf Anweisung hin die Fahrtätigkeit oder andere Arbeiten aufzunehmen oder wiederaufzunehmen (Art. 2 Bst. g ARV 1). Die Bereitschaftszeit und ihre voraussichtliche Dauer müssen dem Führer oder der Führerin im Voraus bekannt sein, damit er oder sie diese Zeit als Bereitschaftszeit nehmen kann. Andernfalls gilt diese Zeit als Arbeitszeit (Art. 7 Abs. 1 ARV 1). Als Ruhezeit gilt der Zeitraum, in dem der Führer oder die Führerin frei über seine oder ihre Zeit verfügen kann (Art. 2 Bst. i ARV 1). Die Kontrollmittel sind in Art. 13 ff. ARV 1 geregelt: Fahrtenschreiber (analog oder digital), Fahrtenschreiberkarten, die aus digitalen Fahrtenschreibern oder Fahrtenschreiberkarten auf externe Speichermedien ausgelesenen Daten, Eintragungen im Arbeitsbuch, Eintragungen in betriebsinternen Tagesrapporten und die Daten betriebsinterner Zeiterfassungsgeräte und Eintragungen in der Aufstellung über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeit.

3.6.3 Das Bundesverwaltungsgericht hat entschieden, dass Aufzeichnungen von (analogen) Fahrtenschreibern im Sinne der Chauffeurverordnung die Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle nach Art. 46b Abs. 1 AVIV nicht erfüllen. Fahrtenschreiber erlaubten zwar die Bestim-

mung eines gewissen Teils der Arbeitszeit (wie sie in der Chauffeurverordnung legaldefiniert sei), nicht aber die Quantifizierung der tatsächlichen Arbeitszeit mit der vom AVIG und von der AVIV sowie der Rechtsprechung geforderten Genauigkeit. Der Begriff der Arbeitszeit sei in der Chauffeurverordnung anders definiert als in der Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung. Zudem hätten die Aufzeichnungen von Fahrtenschreibern ein anderes Ziel als die betriebliche Arbeitszeitkontrolle nach AVIG und AVIV. Ziel der Chauffeurverordnung sei die Sicherheit im Strassenverkehr und der Schutz der Beschäftigten und nicht der ausreichende Schutz vor Arbeitsplatzverlust und die Verhütung von Arbeitslosigkeit durch die Gewährung bestimmter Leistungen. Der Fahrtenschreiber solle dafür sorgen, dass die Vorschriften über die Strassenverkehrssicherheit eingehalten würden, und nicht die tatsächliche Arbeitszeit messen (Urteil des BVGer B-4070/2021 vom 17. Oktober 2023 E. 4.5.1 und 4.5.2 [noch nicht rechtskräftig]). Ob die vorliegend strittige Aufstellung über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer auf den Aufzeichnungen von Fahrtenschreibern der durch die Beschwerdeführerin gemieteten beziehungsweise geleasteten Fahrzeuge basieren, ist unklar, weil sich weder Beschwerdeführerin noch Vorinstanz dazu äussern, ist aber sehr wahrscheinlich. Dieser Umstand ist letztlich aber unerheblich, wie nachfolgend aufgezeigt wird (unten E. 3.6.4). Die vorliegenden Aufstellungen äussern sich im Unterschied zu Aufzeichnungen von Fahrtenschreibern zusätzlich zu den Ruhezeiten und weisen Durchschnittswerte aus (z.B. die durchschnittliche Lenk- und Arbeitszeit der letzten 26 Wochen).

3.6.4 Die fraglichen Aufstellungen enthalten Angaben über Arbeits- und Lenkzeit, Pausen, Ruhezeiten und Bereitschaftszeit. Die Verfahrensbeteiligten bestreiten nicht, dass es sich bei den Aufstellungen um solche im Sinne von Art. 16 Abs. 1 ARV 1 handelt, dass die Aufstellungen von einem Drittunternehmen geführt werden, von der Beschwerdeführerin nicht manipuliert werden können und an den Betrieb des jeweiligen Fahrzeugs gebunden sind. Die Aufstellungen dienen der Arbeitgeberin gemäss Art. 16 Abs. 1 ARV 1 als Kontrolle, ob die Bestimmungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten eingehalten worden sind. Dabei werden Arbeits- und Lenkzeit, Pausen, Ruhezeiten und Bereitschaftszeit entsprechend den Legaldefinitionen und den Ausführungsbestimmungen der Chauffeurverordnung erfasst (vgl. Art. 2 Bst. f, g und i und Art. 5 ff. ARV 1). Wie bei den Fahrtenschreibern (oben E. 3.6.3) besteht dabei eine Diskrepanz zu der in Art. 46 Abs. 1 AVIV definierten Arbeitszeit (vertragliche Arbeitszeit) und damit zu der von der Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung geforderten betrieblichen Arbeitszeitkontrolle. Es existieren möglicherweise angefallene Ar-

beitsstunden, die nicht in der Aufstellung ausgewiesen werden. Beispielsweise ist im Arbeitsvertrag vorgesehen, dass der Fahrer für die "ordnungsgemässe Pflege, Wartung und Sauberkeit des ihm anvertrauten Kraftfahrzeugs" zu sorgen hat. Die Beschwerdeführerin erklärt nicht, dass dieser Aufwand in der in den Aufstellungen ausgewiesenen Arbeitszeit nach ARV 1 enthalten ist. Falls die erfasste Arbeits- und Lenkzeit auf den Angaben des Fahrtenschreibers basiert, stellt sich dasselbe Problem, wie bei den Fahrtenschreibern selbst. Der Fahrtenschreiber muss bedient werden, solange sich der Fahrer im Fahrzeug oder dessen Nähe befindet (Art. 14 Abs. 1 ARV 1). Fallen andere Tätigkeiten an, kann es sein, dass diese nicht im Fahrtenschreiber erfasst sind (Urteil des BVGer B-4070/2021 vom 17. Oktober 2023 E. 4.5.2 [noch nicht rechtskräftig]). Zum Bereitschaftsdienst, der aufgrund des Geschäftsmodells der Beschwerdeführerin unabdingbar sein dürfte, bestehen unterschiedliche Positionen. Die Beschwerdeführerin erklärt zusammengefasst, dass dieser vor Ort aufgrund der beengten Räumlichkeiten nicht möglich sei, die Fahrer diesen im Bezugszeitraum daheim geleistet hätten, dies jedoch kein Bereitschaftsdienst im Sinne der Chauffeurverordnung gewesen und daher in den Aufstellungen nicht erfasst worden sei, da keine Arbeitspflicht bestanden habe. Die Vorinstanz erachtet einen solchen Bereitschaftsdienst aber als in der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nach AVIV erfassungs- beziehungsweise deklarationspflichtig gegenüber der Arbeitslosenkasse, da die Bereitschaftszeit auch nach der Chauffeurverordnung unter Umständen als Arbeitszeit gelten kann (vgl. Art. 7 Abs. 1 ARV 1) und insoweit voraussichtlich kein wirtschaftlich bedingter Arbeitsausfall geltend gemacht werden könnte. Im Übrigen äussern sich die Arbeitsverträge der Fahrer nicht zu einer allfälligen Entlohnung von Bereitschaftszeiten. Die Vorinstanz bezweifelt zudem, dass Beladungs- und Entladungszeiten vollumfänglich in den Aufstellungen enthalten sind (insbesondere vor der ersten und nach der letzten Fahrt), was angesichts der Definition der Arbeitszeit in Art. 2 Bst. f i.V.m. Bst. e Ziff. 3 ARV 1 nicht anzunehmen ist, weil dieser Aufwand Teil der Arbeitszeit der Fahrer bildet ("mit der Beförderung verbundene Tätigkeiten"). Die Diskrepanz zur geforderten betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nach AVIV zeigt sich aber auch im Umstand, dass nach Art. 16 Abs. 3 ARV 1 für Führer und Führerinnen, deren Tageslenkzeit aufgrund einer summarischen Überprüfung der Fahrtenschreiberaufzeichnungen offensichtlich weniger als sieben Stunden betragen hat, in der Aufstellung kein Eintrag der Lenkzeit erforderlich ist. Die Aufstellungen sind demnach geeignet, einen bestimmten Teil der Arbeitszeit der Fahrer im Sinne der Chauffeurverordnung zu dokumentieren, aber nicht die effektive Arbeitszeit mit der von der Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung geforderten Exaktheit.

3.6.5 Hinzu kommen verschiedene Ungereimtheiten. An Tagen, an denen in den Aufstellungen keine Einträge vorhanden sind, ist unklar, ob die Fahrer beispielsweise Bereitschaftsdienst leisteten und aus anderen als wirtschaftlich bedingten Gründen, beispielsweise krankheitshalber, abwesend gewesen waren. Die separaten Ferienlisten sind mangelhaft, weil sie teilweise tatsachenwidrig sind, wie die Beschwerdeführerin denn auch selber einräumt. Zusammengefasst bilden die vorliegenden Aufstellungen über Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer daher kein zuverlässiges und damit taugliches Beweismittel für die betriebliche Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b AVIV, auch nicht in Kombination mit den übrigen von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Dokumenten.

3.6.6 Es trifft zwar zu, wie die Beschwerdeführerin vorbringt, dass in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nicht ausdrücklich verlangt wird, die betriebliche Arbeitszeiterfassung im Sinne von Art. 46b AVIV müsse in *einem* Dokument oder System mit allen notwendigen Angaben erfolgen, jedoch muss im Zeitpunkt der Kontrolle alles Erforderliche vorliegen und es muss ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten aller Arbeitnehmenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall möglich sein (oben E. 3.5.3). Der Umstand, dass sich die kontrollierende Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung anhand der verfügbaren Unterlagen die erforderlichen Informationen selber erarbeiten muss, wirkt zumindest erschwerend, um die gegenüber der Arbeitslosenkasse gemeldeten Angaben – gestützt worauf die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung erfolgte – zu überprüfen. Die Aufstellung über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer musste nachgereicht werden, weil sie offenbar nicht im Betrieb vorhanden war. Die Beschwerdeführerin hat anlässlich der Kontrolle zudem angegeben, dass eine Arbeitszeitkontrolle, aus welcher täglich die geleisteten Arbeitsstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie alle Absenzen, wie Ferien, Krankheit oder Unfall, hervorgingen, von den Arbeitnehmenden nicht geführt werde. Die Arbeitszeit basiere auf Vertrauen und die Ausfälle seien anhand der Fahrzeugauslastung, des Umsatzes sowie ihrer Einschätzung prozentual ermittelt worden (vgl. Protokoll der Arbeitgeberkontrolle). Die Beschwerdeführerin scheint ferner davon auszugehen, dass ihre Meldungen an die Arbeitslosenkasse nachträglich, auch noch während hängigem Beschwerdeverfahren, beliebig korrigiert werden könnten (vgl. nur die Berücksichtigung der Krankheitsabsenzen eines Mitarbeiters, die "nun einbezogen wurden" in einer Aufstellung, die dem Gericht eingereicht worden ist). Dies ist jedoch nicht möglich, da keine Rückschlüsse auf die Authentizität dieser Dokumente gezogen werden können (oben E. 3.5.3), auch wenn tatsächliche

Noven im Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich zulässig sind.

3.7 Es ist demnach nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz zum Schluss kommt, dass die betriebliche Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdeführerin, soweit überhaupt vorhanden, gewisse Mängel aufweist und daher ungenügend ist. Die zahlreichen von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge auf Zeugenbefragung, Einholung von Auskünften und Vornahme von Augenscheinen sind in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, da daraus keine neuen Erkenntnisse für den zu beurteilenden Sachverhalt im Zusammenhang mit der Arbeitgeberkontrolle und den vorliegend zu beurteilenden Aufstellungen über die Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer und den weiteren Dokumenten zu erwarten sind. Darüber hinaus hat die Vorinstanz nachgewiesen, dass wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden geltend gemacht wurden in Zeiträumen, in denen Mitarbeitende aus anderen Gründen abwesend waren (Kündigung, Krankheit) oder altershalber keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hatten.

3.8

3.8.1 Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, die durch das SECO geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), überprüft unter anderem die Auszahlungen der Kassen und überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen (Art. 83 Abs. 1 Bst. d und l AVIG). Sie und die von ihr beauftragten Treuhandstellen prüfen stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (Art. 83a AVIG ["Revision und Arbeitgeberkontrolle"] und Art. 110 Abs. 4 AVIV).

3.8.2 Die Beschwerdeführerin beanstandet die Durchführung der Arbeitgeberkontrolle. Bereits im Mai 2021 seien die Auszahlungen durch die Vorinstanz blockiert worden, obwohl der Kontrolltermin erst auf den 29. Juni 2021 angesetzt gewesen sei. Der Inspektor habe sich an der Kontrolle herablassend verhalten, sei nicht bereit gewesen, sich die Erläuterungen der Beschwerdeführerin anzuhören, und die Schlussbesprechung habe nicht einmal zehn Minuten gedauert. Das Ergebnis der Kontrolle habe bereits vorher festgestanden und durch den Vororttermin nur noch bestätigt werden sollen.

3.8.3 Die Beschwerdeführerin beanstandet erstmals im Beschwerdeverfahren eine Voreingenommenheit von Vertretern der Vorinstanz im Rahmen der Arbeitgeberkontrolle. Aktenkundig sind keine Umstände, die bei

objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit oder Voreingenommenheit von Vertretern der Vorinstanz erwecken würden (vgl. BGE 147 I 173 E. 5.1; 141 IV 178 E. 3.2.1). Die Vorbereitungsunterlagen belegen eine sorgfältige Vorbereitung der Kontrolle. Aus dem Protokoll geht hervor, welche Unterlagen eingesehen und mitgenommen wurden und welche Ausführungen die Beschwerdeführerin gemacht hat. Die Beschwerdeführerin hat das Protokoll denn auch unterzeichnet und keinen Hinweis auf den ihrer Ansicht nach nicht korrekten Ablauf angebracht, was ihr frei gestanden hätte. Auch im Rahmen des Einspracheverfahrens hat sie die Rüge nicht vorgebracht. Sie erweist sich daher als verspätet. Ohnehin bleibt unklar, was die Beschwerdeführerin aus dem Vorbringen zu ihren Gunsten ableiten möchte. Der Antrag auf Zeugeneinvernahme der Buchhalterin der Beschwerdeführerin zum Ablauf der Kontrolle ist daher in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen. Dass die Vorinstanz die Arbeitslosenkasse Auszahlungen (einstweilen) stoppen lassen kann, ergibt sich aus ihrer Weisungsbefugnis gegenüber den Kassenträgern (Art. 83 Abs. 1 Bst. e AVIG; vgl. auch Art. 83 Abs. 1 Bst. h AVIG, wonach die Ausgleichsstelle Vorkehren zur Verhinderung ungerechtfertigter Bezüge trifft).

4.

4.1 Der in Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verankerte Grundsatz von Treu und Glauben statuiert ein Verbot widersprüchlichen Verhaltens und verleiht einer Person Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Die Voraussetzung für eine Berufung auf Vertrauensschutz, die unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der Rechtsuchenden gebieten kann, ist erfüllt: 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 143 V 341 E. 5.2.1).

4.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden aufgrund einer falschen Information der Arbeits-

losenkasse als Schätzwert kommuniziert. Sie habe der Arbeitslosenkasse mitgeteilt, dass sie keine Arbeitszeitkontrolle habe. Diese habe zur Auskunft gegeben, dass ein Bezug trotzdem möglich sei. Man solle die effektiv geleisteten Arbeitstage der Mitarbeitenden mit den Soll-Arbeitstagen vergleichen. Die Differenz in Stunden ergebe die Arbeitszeit, für die Kurzarbeitsentschädigung verlangt werden könnten. Da die Fahrer nicht ganze Tage fehlten, sondern weniger Fahrten als sonst durchgeführt hätten, habe die Beschwerdeführerin die Ausfallstunden entsprechend den weggefallenen Fahrten, der Fahrzeugauslastung, nach Erfahrung und in Abschätzung des erlittenen Ausfalls auf die zur Kurzarbeit angemeldeten Mitarbeitenden aufgeteilt. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich auf die Auskunft verlassen dürfen. Es sei während der Pandemie ohnehin schwierig gewesen, über die jeweils geltenden Regeln informiert zu bleiben. Sie habe die Unrichtigkeit der Auskunft nicht erkennen können und aufgrund der Auskunft Dispositionen getroffen (keine Kündigung von Mitarbeitenden), die nicht wieder rückgängig gemacht werden könnten. Da ihr die Kurzarbeitsentschädigung – teilweise mit Korrekturen (Kürzungen in den Monaten März bis August, Oktober und Dezember 2020) und Rückfragen – ausgerichtet worden sei, habe sie keine Zweifel an der Auskunft gehabt. Die Beschwerdeführerin erklärt, sie verfüge leider nicht über Urkundennachweise zur der von der Arbeitslosenkasse getätigten Auskunft, weshalb es unerlässlich sei, die bei der Kasse angestellten Mitarbeitenden zu befragen. Die Abrechnungen über die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung bildeten zusätzlich eine Vertrauensgrundlage.

4.3 Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen, weil die fragliche Auskunft wohl so gar nicht erteilt worden sei, und falls doch, dann hätte die Beschwerdeführerin die Unrichtigkeit der Auskunft ohne Weiteres erkennen können, da alle Unterlagen im Verlaufe des Voranmeldungs- und Abrechnungsverfahrens auf die Pflicht zur Führung einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung hinwiesen. Die geltend gemachten Kontaktaufnahmen liessen sich anhand der Unterlagen der Arbeitslosenkasse nicht nachvollziehen oder belegen und praxisgemäss seien die Mitarbeitenden der Kassen ohnehin zurückhaltend mit Aussagen zur Anspruchsberechtigung. Es sei zumindest zweifelhaft, ob die Kasse tatsächlich eine falsche Auskunft erteilt habe. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle unterschriftlich bestätigt, dass keine geeignete betriebliche Arbeitszeitkontrolle vorliege. Die Tatsache, dass die Arbeitslosenkasse die Kurzarbeitsentschädigung teilweise erst nach Rückfragen und Korrekturen ausgerichtet habe, ändere nichts daran, dass sich die Beschwerdeführerin nicht auf den Ver-

trauensschutz berufen könne. Diese Korrekturen stünden nicht im Zusammenhang mit der unzureichenden betrieblichen Zeiterfassung (z.B. seien erhaltene Einarbeitungszuschüsse nachträglich abgezogen worden). Die Beschwerdeführerin könne auch daraus, dass die Kurzarbeitsentschädigung jeweils zur Auszahlung gelangt sei, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

4.4 Es ist festzuhalten, dass die Arbeitslosenkasse keine vertiefte Prüfung aller Anspruchsvoraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigung vorzunehmen hat (Urteil des EVG C 208/02 vom 27. Oktober 2003 E. 4.3). Es ist grundsätzlich Sache der kantonalen Amtsstelle, die Anspruchsvoraussetzungen zu prüfen, im Zweifel geeignete Abklärungen vorzunehmen und gegebenenfalls Einspruch gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigungen zu erheben (Art. 36 Abs. 3 und 4 AVIG; BGE 124 V 75 E. 4b/aa). Die Kasse prüft die persönlichen Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 AVIG sowie die Voraussetzung nach Art. 32 Abs. 1 Bst. b AVIG (Art. 39 Abs. 1 AVIG) und ist nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (BGE 124 V 75 E. 4b/aa und bb). Anzumerken ist jedoch, dass die erste zu nehmende Hürde bei der kantonalen Amtsstelle nicht "gewichtiger" ist (als die zeitlich nachgelagerte Prüfung durch die zuständige Arbeitslosenkasse), wird doch ebenfalls nicht deren "Zustimmung" verlangt, sondern nur, dass sie nicht durch "Einspruch" das Verfahren hemmt. Dieser Umstand weist darauf hin, dass im Normalfall keine Einwendungen der kantonalen Amtsstelle erwartet werden. Anlass zu ergänzenden Abklärungen können aber auch, wie vorliegend, erst die durch die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung nachträglich angeordneten Arbeitgeberkontrollen bilden. Die Rechtfertigung, dass der Arbeitgeberin wiederholt über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt worden sind, löst vor diesem Hintergrund keinen Vertrauensschutz aus und steht einer Rückforderung von Leistungsbeträgen nicht entgegen (vgl. zum Ganzen Urteile des BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6 und 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2).

4.5 Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe von der Arbeitslosenkasse mündlich eine Auskunft erhalten, wonach ihre (pauschale) Weise der Berechnung und Angabe der wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden zulässig sei und zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung genüge und dass ein Bezug trotz fehlender betrieblicher Arbeitszeitkontrolle möglich sei. Die Auskunft ist nicht aktenkundig. In den Akten befindet sich einzig eine Telefonnotiz einer Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse, worin die fehlende Zeiterfassung jedoch nicht erwähnt wird, sondern es um Fragen zu den Löhnen

geht. Grundsätzlich könnten solche Auskünfte, wie sie die Beschwerdeführerin geltend macht, allenfalls eine taugliche Vertrauensgrundlage bilden. Allerdings müsste die Kasse auf konkrete Anfrage hin der Beschwerdeführerin ausdrücklich bestätigt haben, dass das verwendete beziehungsweise zur Verwendung vorgesehene Kontrollsystem den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b Abs. 1 AVIV genügen würde (Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.2 in fine), was vorliegend nicht behauptet wird. Vorliegend wird vielmehr behauptet, die Kasse habe erklärt, dass überhaupt keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle erforderlich sei. Dies würde jedoch den anwendbaren gesetzlichen Grundlagen widersprechen. Die Beschwerdeführerin war im Hinblick auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung verpflichtet, den Arbeitsausfall im Rahmen einer überprüfbaren, namentlich die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden deklarierenden Arbeitszeitkontrolle zu erfassen, worauf die Arbeitgeber in den zahlreichen Informationsquellen, über die die Beschwerdeführerin verfügte (Hinweis auf dem Formular "Voranmeldung von Kurzarbeit"; Hinweis auf Bewilligungsverfügung der kantonalen Amtsstelle; Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung", Ziff. 6 und 7; vgl. auch AVIG-Praxis KAE, Rz. B 34-36; Urteil des EVG C 437/99 vom 11. September 2000 E. 3), aufmerksam gemacht werden (Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.2). Die Beschwerdeführerin kann sich daher nicht auf den Vertrauensgrundsatz berufen.

4.6 Angesichts dieser Ausführungen, kann auf eine Befragung von Mitarbeitenden der Arbeitslosenkasse verzichtet werden. Der Antrag ist in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

5.

5.1 Staatliches Handeln muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV). Das Verhältnismässigkeitsprinzip gebietet, dass eine staatliche Massnahme geeignet, notwendig und für die betroffene Person zumutbar ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen (BGE 146 II 335 E. 6.2.2).

5.2 Die Beschwerdeführerin rügt, die Rückforderung sei unverhältnismässig. Könne, wie vorliegend, nachgewiesen werden, dass der Ausfall wie geltend gemacht bestanden habe, sei es stossend, die Leistung vollumfänglich zurückzufordern. Angesichts der ausserordentlichen Pandemielage sei eine gewisse Flexibilität bei der Beurteilung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle angezeigt. In dieser Ausnahmesituation hätten alle invol-

vierten Personen improvisieren müssen und die Mitarbeitenden seien überfordert gewesen. Die Beschwerdeführerin habe Schwierigkeiten gehabt, an die notwendigen Informationen zu gelangen, wie die Meldungen korrekt hätten erfolgen müssen. Sie macht geltend, durch die Rückforderung sei ihre Existenz bedroht, die Folge sei der Konkurs und damit der Verlust von 30 bis 40 Arbeitsplätzen. Aus Verhältnismässigkeitsgründen könnte die Rückforderung zumindest – wenn die Arbeitszeit des Büropersonals als unkontrollierbar qualifiziert würde – auf 35 % (prozentualer Anteil Ausfallstunden des in der Administration tätigen Personals [8'033 Stunden]) der ausgerichteten Leistung beschränkt werden (Fr. 178'364.50).

5.3 Die Beschwerdeführerin übersieht, dass vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle während der Covid-19-Pandemie nicht abgewichen worden ist; es galten dieselben Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung (oben E. 3.5.4). Somit verbleibt kein Raum für die von der Beschwerdeführerin geforderten Flexibilität. Auch aus Verhältnismässigkeitsgründen kann im vorliegenden Fall von der verordnungsweise festgelegten betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht abgewichen werden. Die betriebliche Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdeführerin genügt in vielerlei Hinsicht den Anforderungen nicht (oben E. 3.6 f.), weshalb der geltend gemachte Arbeitsausfall zweifelhaft ist (unten E. 6). Auch kann die Rückforderung gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz nicht reduziert werden. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b Abs. 1 AVIV sowie die zugehörige Rechtsprechung lassen kaum Spielraum für behördliches Ermessen, so dass die Tragweite des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit bei der Durchführung dieser Bestimmungen von vornherein eingeschränkt erscheint. Sobald die Arbeitszeit – wie im vorliegenden Fall – über einen bestimmten Zeitraum nicht als hinreichend kontrollierbar angesehen wird, kommt die Gewährung von Kurzarbeitsentschädigung selbst teilweise grundsätzlich nicht in Betracht (Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 6.4).

5.4 Es ist ferner unklar und die Beschwerdeführerin substantiiert denn auch nicht, wie die Covid-19-Pandemie die Einführung einer den rechtlichen Anforderungen entsprechenden Arbeitszeitkontrolle behindert hätte (Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 6.4). Der pauschale Verweis auf die Überforderung einzelner Mitarbeitenden und darauf, dass es schwierig gewesen sei, den Überblick über die jeweils geltenden Massnahmen zu behalten, ist unbehelflich.

6.

Es ist erstellt, dass im Zeitraum, für welchen wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht worden sind, teilweise keine Arbeitszeitkontrollen und teilweise mangelhafte Arbeitszeitkontrollen geführt wurden sowie wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden geltend gemacht wurden in Zeiträumen, in denen Mitarbeitende aus anderen Gründen abwesend waren oder altershalber keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hatten. Die Vorinstanz durfte daher ohne Bundesrecht zu verletzen davon ausgehen, dass der gegenüber der Arbeitslosenkasse ausgewiesene Arbeitsausfall zweifelhaft ist. Die Beschwerdeführerin war im Hinblick auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung verpflichtet, den Arbeitsausfall im Rahmen einer überprüfbaren Arbeitszeitkontrolle zu erfassen (vgl. Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.2). Sie verkennt, dass ihr die Beweislast für die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls obliegt (oben E. 3.2). Daher ist der Schluss der Vorinstanz, dass die Unterlagen den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht genügten und der Arbeitsausfall daher nicht bestimm- und kontrollierbar im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG in Verbindung mit Art. 46b Abs. 1 AVIV sei, nicht zu beanstanden. Die Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 509'612.90 für den Zeitraum von März 2020 bis Mai 2021 wurde der Beschwerdeführerin demnach gesetzeswidrig und damit zu Unrecht ausgerichtet.

7.

7.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 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; BGE 129 V 110 E. 1; 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 wiedererwägungsweises Zurückkommen auf die Auszahlungen sind, dass die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Zusprache von Leistungen (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG) zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; BGE 122 V 367 E. 3; Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6). Die Abwägung zwischen der Durchsetzung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Bestandeskraft 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.

7.2 Zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen fordert die Kasse vom Arbeitgeber zurück. Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Eine zeitliche Befristung der Wiedererwägungsmöglichkeit besteht nicht (BGE 149 V 91 E. 7.7; 140 V 514 E. 3). Vorbehalten bleiben die Verwirkungsfristen von Art. 25 ATSG. Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts. Darunter fallen insbesondere eine Leistungszusprache ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen und eine unvollständige Sachverhaltsabklärung aufgrund einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Urteil des BGer 8C_277/2020 vom 17. August 2020 E. 4.1). Der zeitliche Eintritt der Wirkung der Wiedererwägung ist beim Tatbestand des unrechtmässigen Leistungsbezugs in Art. 25 Abs. 1 ATSG geregelt, indem eine rückwirkende Korrektur vorzunehmen ist (UELI KIESER, Kommentar ATSG, Art. 53 N 78).

7.3 Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen verfügt die Ausgleichsstelle, wobei das Inkasso der Arbeitslosenkasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 Abs. 2 AVIV). Die Revision der Auszahlungen stellt ein systematisch durchgeführtes und methodisch auf die Erfassung einer Vielzahl von Fällen ausgerichtetes Wiedererwägungsverfahren (mit den dabei geltenden Grundsätzen: zweifelloser Unrichtigkeit der formell rechtskräftigen Leistungsverfügung, Berichtigung von erheblicher Bedeutung; vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG) dar, wobei nicht die Verwaltungsstelle, welche die Leistungsverfügungen erlassen hat, auf die Angelegenheit zurückkommt, sondern die dafür vom Gesetz vorgesehene höchste verantwortliche Instanz in Form der Ausgleichsstelle (Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5).

7.4 Die Bestimmbarkeit beziehungsweise ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (condition de fond; vgl. statt vieler Urteil des BVer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), 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. Somit ist das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

8.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 13. August 2021 gegen die Rückforderungsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigungen im Umfang von Fr. 509'612.90 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

9.

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. 10'000.– festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 10'000.– 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

Astrid Hirzel

Rechtsmittelbelehrung:

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

Versand: 19. Dezember 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Kopie Verzichtserklärung der Vorinstanz auf eine Duplik vom 22. Juni 2023)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons A. _____