



Abteilung II
B-4895/2023

Urteil vom 19. April 2024

Besetzung

Richter Daniel Willisegger (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter Francesco Brentani,
Gerichtsschreiberin Astrid Hirzel.

Parteien

X. _____ AG,
vertreten durch
Daniel Bachmann, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführerin,
gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Marc Gugger und/oder Aline Nussbaumer,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die X. _____ AG, [Angaben zum Sitz] (nachfolgend: Beschwerdeführerin), bezweckt im In- und Ausland die Fabrikation von und den Handel mit sowie den Import und Export von Rohmaterialien, Kunststoffen und Bedarfsartikeln für Industrie und Gewerbe, insbesondere auf dem Gebiet Klebänder, Selbstklebe-Etiketten, Verpackungsfolien, Dichtstoffe, Do-it und Gartenartikeln. Die Beschwerdeführerin bezog im Zeitraum März 2020 bis März 2021 Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 1'642'319.90.

A.a Am 4. Oktober 2022 führte die von der Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung beauftragte Treuhandstelle eine Arbeitgeberkontrolle im Betrieb der Beschwerdeführerin durch und überprüfte die beanspruchte Kurzarbeitsentschädigung auf ihre Rechtmässigkeit hin. Dabei stellte sie fest, dass die Einträge in der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle teilweise nicht mit anderen betrieblichen Unterlagen, insbesondere mit den Log-Daten der verwendeten Unternehmenssoftware (Microsoft Dynamics AX 2012, ein Enterprise-Resource-Planning [ERP]-System), übereinstimmten.

A.b Mit Revisionsverfügung vom 22. Februar 2023 kam das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) zum Ergebnis, dass die Beschwerdeführerin im Zeitraum März 2020 bis März 2021 Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 540'481.10 unrechtmässig bezogen habe. Diese seien innert 90 Tagen der zuständigen Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten.

A.c Mit Einsprache vom 21. März 2023 beantragte die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Revisionsverfügung. Gleichzeitig beantragte sie Akteneinsicht sowie eine angemessene Nachfrist zur Ergänzung der Einsprachebegründung. Mit Schreiben vom 31. März 2023 wurden der Beschwerdeführerin die Akten zugestellt und eine Nachfrist für die Einreichung einer Einspracheergänzung angesetzt. Die Beschwerdeführerin ergänzte ihre Einsprache am 28. April 2023 innert Frist. Am 22. Juni 2023 reichte sie auf Aufforderung hin weitere Unterlagen ein.

B.

Mit Entscheid vom 18. Juli 2023 hiess die Vorinstanz die Einsprache der Beschwerdeführerin teilweise gut, hob die Verfügung vom 22. Februar 2023 auf und verfügte neu (Dispositiv-Ziff. 1). Sie bezifferte die Rückforde-

nung neu auf Fr. 230'785.90 (Dispositiv-Ziff. 2). Die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen seien innert 90 Tagen der kantonalen Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten (Dispositiv-Ziff. 3).

C.

Mit Eingabe vom 13. September 2023 erhob die Beschwerdeführerin dagegen Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der Einspracheentscheid sei insoweit aufzuheben, als er eine Rückerstattung von 765 Stunden der Büromitarbeitenden beziehungsweise von Fr. 30'327.80 bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen übersteige. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung, sollte der Beschwerde nicht ohnehin von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zukommen.

D.

Mit Vernehmlassung vom 15. November 2023 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde.

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 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG, SR 830.1). Gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG sind die Bestimmungen des ATSG auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht, was soweit in diesem Zusammenhang interessierend nur hinsichtlich der vom ATSG abweichend geregelten Beschwerdeinstanz zutrifft (vgl. Art. 101 AVIG).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist eine 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.

1.4 Der Antrag der Beschwerdeführerin auf (allfällige) Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde erweist sich als gegenstandslos. Gemäss Art. 52 Abs. 4 ATSG kann der Versicherungsträger in seinem Einspracheentscheid einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entziehen, auch wenn der Einspracheentscheid eine Geldleistung zum Gegenstand hat. Ausgenommen sind Einspracheentscheide über die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen (vgl. auch Art. 54 Abs. 1 Bst. b und c ATSG zur Vollstreckbarkeit von Verfügungen und Einspracheentscheiden). Der Beschwerde gegen den angefochtenen Einspracheentscheid betreffend die Rückerstattung von unrechtmässig bezogenen Leistungen kommt mithin aufschiebende Wirkung zu.

2.

2.1 Die Vorinstanz begründet die Rückforderung in der Revisionsverfügung vom 22. Februar 2023 mit der fehlenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls im Bezugszeitraum März 2020 bis März 2021. Sie aberkennt erstens die Kurzarbeitsentschädigung für Arbeitnehmende, die mit dem ERP-System Microsoft Dynamics AX 2012 arbeiten, aufgrund von festgestellten Widersprüchen zwischen den Log-Daten des Systems (Login, Logout) und der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle, aus denen hervorgehe, dass für Mitarbeitende und Tage Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht worden sei, an welchen diese eingeloggt gewesen seien und somit gearbeitet hätten. Auch seien die ausgewiesenen Online-Zeiten der Mitarbeitenden im ERP-System viel höher gewesen als die in der Arbeitszeitkontrolle ausgewiesene Arbeitszeit. Zweitens aberkennt die Vorinstanz Kurzarbeitsentschädigung für Arbeitnehmende in den Abrechnungsperioden April bis November 2020 und Februar bis März 2021, aus deren Arbeitszeitkontrolle lediglich pauschale Ausfallstunden von täglich 50 % oder 100 % der Sollstunden ersichtlich seien. Es fehlten Einträge zu den effektiv gearbeiteten Stunden, allfälligen Mehrstunden sowie Absenzen. Die geltend gemachten Arbeitsausfälle dieser Arbeitnehmenden seien aufgrund fehlender rechts-

genügender Arbeitszeitkontrolle nicht überprüfbar und Plausibilisierungsversuche anhand anderer betrieblicher Unterlagen nicht möglich. Drittens qualifiziert die Vorinstanz als Folge der genannten Beanstandungen den Arbeitsausfall in den Abrechnungsperioden Juli, August und Oktober 2020 in der Betriebsabteilung Industrie als nicht anrechenbar, weil er weniger als 10 % der Arbeitsstunden ausmache, die von den Arbeitnehmenden der Betriebsabteilung normalerweise insgesamt geleistet würden. Gestützt darauf berechnet die Vorinstanz den Umfang der an die Beschwerdeführerin auszurichtenden Kurzarbeitsentschädigung für den Bezugszeitraum neu und aberkennt in der Revisionsverfügung insgesamt Fr. 540'481.10.

2.2 Im Einspracheverfahren, in dem die Beschwerdeführerin unter anderem die Funktionsweise des ERP-Systems insbesondere bezüglich der Log-Daten und der Online-Zeit eingehend erläutert und beanstandet hat, dass die ERP-Online-Zeiten fälschlicherweise als Arbeitszeiten betrachtet worden seien, reduzierte die Vorinstanz die Rückforderungssumme und beziffert sie nun neu auf Fr. 230'785.90. Die Anspruchsaberkennung wurde auf jene Tage reduziert, an denen in vollem Umfang Kurzarbeit geltend gemacht wurde, die Mitarbeitenden aber während der üblichen Arbeitszeit im ERP-System eingeloggt gewesen waren. Da aus dem ERP-System grundsätzlich ersichtlich sei, wann sich ein Mitarbeiter erstmals eingeloggt habe, lasse dies während der üblichen Arbeitszeit auf dessen Arbeitsbeginn schliessen, im Unterschied zu ausserhalb der üblichen Arbeitszeiten liegenden Logins, bei denen es sich um die Verarbeitung vorprogrammierter (Stapel-) Aufträge handle. Für solche Tage stehe fest, dass die Mitarbeitenden entgegen den Einträgen in der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle in unüberprüfbarem Ausmass gearbeitet hätten. Weiterhin aberkennt die Vorinstanz den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung der Kadermitarbeitenden (vollumfänglich) und der Mitarbeitenden im Aussendienst für Tage, an denen sie auswärts tätig waren (Kundenbesuche). Für das administrativ tätige Personal im Verkaufsinendienst und im Produktmanagement verzichtet die Vorinstanz auf eine Gesamtaberkennung infolge Unüberprüfbarkeit, da es plausibel erscheine, dass die geltend gemachten pauschalen Arbeitsausfälle den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hätten; es liege zumindest im Bereich des Möglichen, dass diese Mitarbeitenden gemäss betrieblichen Vorgaben immer die gleichen Arbeitszeiten aufweisen würden. Soweit jedoch Unstimmigkeiten bestünden, die auf eine Diskrepanz zwischen der Arbeitszeiterfassung und den Log-Daten des ERP-Systems zurückzuführen seien, seien dennoch Korrekturen vorzunehmen.

2.3 Die Beschwerdeführerin anerkennt die Rückforderung im letztgenannten Punkt betreffend das administrativ tätige Personal wegen Widersprüchen der Log-Daten des ERP-Systems mit der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle in der Höhe von Fr. 30'327.80. Gemäss ihren Angaben handelt es sich dabei um 765 aberkannte Stunden von Büromitarbeitenden. Sie ficht den Einspracheentscheid diesbezüglich nicht an. Ihre Beschwerde richtet sich nur insoweit gegen die verfügte Rückerstattung, als sie die geltend gemachten Ausfallstunden von Mitarbeitenden mit flexiblem Arbeitszeitmodell im Kader und im Aussendienst umfasst. Streitwert bildet somit der Fr. 30'327.80 übersteigende Betrag, mithin Fr. 200'458.10. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die rechtsgenüßliche Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls sei bei Mitarbeitenden mit flexibler Arbeitszeit erfüllt, plausibel und kontrollierbar. Alle deklarierten Kurzarbeitszeiten seien anzuerkennen. Die Aberkennung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung für diese Mitarbeitenden sei unrechtmässig, weil sachverhaltswidrig und unlogisch, und erfolge aufgrund genereller Interpretationen. Die Beschwerdeführerin rügt die unrichtige und unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts, eine unrichtige Anwendung von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG (unten E. 3) und eine Verletzung des Prinzips des Vertrauensschutzes (unten E. 4). Schliesslich bringt sie vor, der angefochtene Einspracheentscheid sei unangemessen (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 (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; Art. 48a AVIV). 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 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 Arbeitsausfälle von Kadermitarbeitenden und Mitarbeitenden im Aussendienst seien bestimm- und kontrollierbar. Kleine Unstimmigkeiten in der Arbeitszeitkontrolle seien zwar vorhanden, aber unbeachtlich. Die betriebliche elektronische Zeiterfassung werde fortlaufend, tagesgenau erstellt und gebe detailliert Auskunft über die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden. Die Daten seien nicht veränderbar und bildeten Basis für die Lohnabrechnungen und -zahlungen. Letztere seien von den Mitarbeitenden nie beanstandet worden, weshalb die Daten nicht fehlerhaft sein könnten. Die Beschwerdeführerin habe ihre Mitarbeitenden darauf hingewiesen, dass Kurzarbeit nur für halbe Tag und für ganze Tage angeordnet werden könne. Im Zeiterfassungssystem habe dies mit der Absenzzart "Kurzarbeit" erfasst werden müssen. Die Mitarbeitenden im Kader und im Aussendienst arbeiteten in einem flexiblen Arbeitszeitmodell bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 42.5 Stunden, wobei sie, wenn möglich, die Bürozeiten einhalten müssten. Ein Anspruch auf Überstunden- und Überzeitkompensation beziehungsweise Entschädigung bestehe nicht. Mehr- oder Minderstunden seien nicht relevant. Es sei unerheblich, ob zehn oder mehr Stunden gearbeitet werde, abgerechnet würden 8.5 Stunden. Während der Geltung der notrechtlichen Verordnungen hätten vor der Inanspruchnahme von Kurzarbeitsentschädigung auch keine Mehrstunden abgebaut werden müssen. Kadermitarbeitende müssten nicht stempeln und hätten viele externe Termine. Aus den Einträgen im

Zeiterfassungssystem, im Outlook-Kalender sowie aus den daraus resultierenden Lohnabrechnungen ergebe sich die jeweilige Arbeits- beziehungsweise Kurzarbeitszeit. Mitarbeitende im Aussendienst arbeiteten in der ganzen Schweiz ohne eigenen Arbeitsplatz im Betrieb. Sie bestimmten ihre Einsätze selber. Die Kunden hätten übrigens teilweise aufgrund der geltenden Massnahmen während der Covid-19-Pandemie gar nicht besucht werden dürfen. Es sei daher falsch, im Rahmen des Einspracheentscheids Korrekturen gestützt auf Spesenbelege vorzunehmen. Die Arbeitszeiten der Aussendienstmitarbeitenden seien im Zeiterfassungssystem korrekt erfasst und anhand der Tätigkeitsrapporte und Spesenabrechnungen überprüfbar. Die gesetzlichen Anforderungen seien daher erfüllt. Im Rahmen der Covid-Massnahmen und -Verordnungen sei ohnehin nur ein vereinfachter Arbeitszeitaufschrieb, zumindest für Kaderleute, einzuhalten gewesen. Die Hinweise in den behördlichen Dokumenten und Unterlagen seien zu allgemein gehalten, um als Grundlage für eine Rückforderung zu dienen.

3.4 Die Vorinstanz führt aus, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall für gewisse Kaderangestellte und für Aussendienstmitarbeitende mangels rechtsgenügender betrieblicher Arbeitszeitkontrolle im Sinne der Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung teilweise unbestimm- und unkontrollierbar sei. Der blosser Hinweis auf fixe Arbeitszeiten von 8.5 Stunden pro Tag, die gemäss dem Reglement "Flexible Arbeitszeit" unabhängig von gegebenenfalls weniger oder mehr gearbeiteten Stunden einzuhalten gewesen seien, die Weisung der Arbeitgeberin, im Umfang von jeweils 50 % oder 100 % Kurzarbeit zu machen, und der entsprechende Eintrag in der Arbeitszeiterfassung vermöchten den gesetzlichen und höchstrichterlichen Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht zu genügen. Während der Covid-19-Pandemie hätten sich die Anforderungen an die betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht geändert. Mit Blick auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt sei einzig relevant, dass damals, im Unterschied zum geltenden Recht, vor Eintritt eines anrechenbaren Arbeitsausfalls geleistete Mehrstunden nicht vom Arbeitsausfall hätten abgezogen werden müssen. Während einer Abrechnungsperiode gearbeitete Mehrstunden hingegen hätten wie üblich berücksichtigt und erfasst werden müssen. Die Arbeitszeit gelte nicht als verkürzt, wenn sie zusammen mit geleisteten Mehrstunden die normale Arbeitszeit erreiche. Die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegte Weisung des SECO ändere daran nichts. Diese beziehe sich auf das Arbeitsgesetz und nicht auf arbeitslosenversicherungsrechtlichen Anforderungen an die betriebliche Arbeitszeitkontrolle. Bei Kader- und Aussendienstmitarbeitenden sei kaum davon auszugehen, dass sie

über mehrere Monate hinweg exakt 8:30 oder 4:15 Stunden pro Tag gearbeitet hätten. Wenn zehn Stunden pro Tag gearbeitet werde und nur 8.5 erfasst würden, entspreche weder die Arbeitszeiterfassung noch der geltend gemachte Arbeitsausfall den Tatsachen. Die Behauptung, dass die Ausendienstmitarbeitenden während der Pandemie keine Kundenbesuche hätten machen können, widerspreche den eingereichten Tätigkeitsrapporten und Spesenrechnungen, aus denen verschiedene Reisetage (bezeichnet mit "R") hervorgingen. Aber auch diese könnten kaum immer exakt 4.25 oder 8.5 Stunden gedauert haben, zumal unterschiedlich lange Fahr- und Aufenthaltszeiten bei Kunden zu verzeichnen gewesen seien. Bei Kadermitarbeitenden erscheine es aufgrund der für solche Stellen naturgemäss verlangten zeitlichen Flexibilität grundsätzlich unglaublich, dass sie jeden Tag immer genau gleich lang arbeiteten.

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 (Urteile des BGer 8C_441/2023 vom 21. Dezember 2023 E. 5.2, 8C_306/2023 vom 7. März 2024 E. 5.1.2 [zur Publikation vorgesehen] und 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1). Dem Erfordernis der rechtsgenüglien 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).

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).

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 Sinnes beraubt werden (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3; vgl. auch Urteil des BGer 8C_306/2023 vom 7. März 2024 E. 5.1.1 f. und E. 5.2 [zur Publikation vorgesehen]).

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. 5.1.2). 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 (Urteil des BGer 8C_306/2023 vom 7. März 2024 E. 3.1.2; BVGE 2021 V/2 E. 4.10).

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).

3.5.6 Im Sozialversicherungsrecht ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anzuwenden, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht beziehungsweise die Behörde hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 138 V 218 E. 6; Urteil des BVGer B-2310/2020 vom 27. Dezember 2021 E. 2.4 betreffend Schlechtwetterentschädigung). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1).

3.6

3.6.1 Es ist unbestritten, dass eine betriebliche (elektronische) Arbeitszeitkontrolle im Betrieb der Beschwerdeführerin besteht. Die Vorinstanz stellt die grundsätzliche Tauglichkeit dieses Zeiterfassungssystems, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, nicht in Frage, sondern aberkennt die Kurzarbeitsentschädigung, soweit die Erfassungen in der Arbeitszeitkontrolle nicht mit den Log-Daten des ERP-Systems (während der üblichen Arbeitszeiten) übereinstimmen und daher nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob und in welchem Umfang gearbeitet wurde oder nicht (vorliegend nicht zu prüfen, oben E. 2.3), und soweit für Kader- und Aussendienstmitarbeitende (bei Letzteren für Tage, an denen sie auswärts tätig waren) lediglich pauschal für einen halben oder ganzen Arbeitstag eine Absenz wegen Kurzarbeit gebucht worden ist (nachfolgend).

3.6.2 Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdeführerin für Arbeitnehmende im Kader und im Aussendienst über mehrere Monate beziehungsweise Abrechnungsperioden hinweg einen pauschalen Arbeitsausfall im Umfang von konstant 100 % oder 50 % der (minimalen) Sollzeit geltend gemacht hat (8.5 oder 4.25 Stunden). Diese Mitarbeitenden müssen

ihre Arbeitszeit nach Angaben der Beschwerdeführerin nicht stempeln. Es gilt das Reglement "Flexible Arbeitszeit". Dieses sieht vor, dass Mitarbeitende mit flexiblem Arbeitszeitmodell "mindestens" die betriebliche wöchentliche Arbeitszeit von 42.5 Stunden erfüllen müssen, wobei die tägliche Höchstarbeitszeit 12.5 Stunden und die wöchentliche Höchstarbeitszeit 45 Stunden beträgt (Ziff. 3.3 des Reglements). Daneben gelten festgelegte Büroöffnungs- und Blockzeiten, wobei die definierten Blockzeiten von sämtlichen Mitarbeitenden einzuhalten sind (Ziff. 1.2 des Reglements). Die Mitarbeitenden mit flexiblem Arbeitszeitmodell haben gemäss Ziffer 3.1 des Reglements keinen Anspruch auf Überstunden- und Überzeitkompensation beziehungsweise Entschädigung.

3.6.3 Die Zeiterfassung der Kadermitarbeitenden in den von Kurzarbeit betroffenen Abteilungen zeigt im Bezugszeitraum die pauschalen konstanten Abwesenheiten wegen Kurzarbeit im Umfang von 8.5 oder 4.25 Stunden sowie die Ferienbezüge und daneben vereinzelt Homeoffice-Zeiten und krankheitsbedingte Abwesenheiten. Gleiches gilt für die Aussendienstmitarbeitenden (Verkaufsberater). Andere Abwesenheiten sind nicht ersichtlich (unten E. 3.7). Auch allfällige Mehrstunden sind nicht ausgewiesen (unten E. 3.6.6). Diese Angaben sind jedoch für eine genügende betriebliche Arbeitszeitkontrolle notwendig (Urteil des BGer 8C_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.4).

3.6.4 Entsprechend der pauschalen Erfassung der Kurzarbeit ist bei den betroffenen Mitarbeitenden auch die geleistete Arbeitszeit pauschal erfasst (0 oder 4.25 Stunden). Gemäss Rechtsprechung ist aber der blosser Hinweis auf fixe Arbeitszeiten beziehungsweise Blockzeiten, die einzuhalten gewesen waren und auch eingehalten worden seien, nicht ausreichend, da es in der Situation der Kurzarbeit geradezu wahrscheinlich ist, dass an einzelnen Tagen weniger oder mehr gearbeitet wird, um Restarbeiten zu verhindern (Urteile des BVGer B-2334/2022 vom 27. September 2023 E. 4.3 [noch nicht rechtskräftig] und B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 3.5.1). Auch bei fixen Arbeitszeiten muss daher die effektiv gearbeitete Zeit erfasst werden, um glaubhaft darzulegen, inwiefern ein Arbeitsausfall vorhanden ist (BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1). Es genügt auch nicht, wenn die Arbeitgeberin lediglich eine An- und Abwesenheitskontrolle führt; vielmehr bedarf es Angaben über die täglich geleistete Arbeitszeit (Urteil des BVGer B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 2.2). Bei ausnahmslos stets gleich langer Arbeitsdauer sind ohnehin Zweifel angebracht, ob die angegebene Arbeitszeit der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit entspricht (Urteil des BVGer B-3996/2013 vom 27. Mai 2014 E. 7.3 in fine). Ferner kann bei flexiblen

Arbeitsverhältnissen ein anrechenbarer Arbeitsausfall zwar nicht einfach verneint werden, jedoch müsste die effektive Arbeitsauslastung durch die betriebliche Arbeitszeitkontrolle lückenlos dokumentiert werden, damit eine Berechnung des Arbeitsausfalls möglich wird (Urteil des BVGer B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 3.3 betreffend schwankende Pensen ohne vereinbarte Arbeitszeit).

3.6.5 Dass die betroffenen Mitarbeitenden tatsächlich über einen längeren Zeitraum einen Arbeitsausfall im identischen Umfang zu verzeichnen hatten, erscheint insbesondere auch in Berücksichtigung des Umstands, dass die Beschwerdeführerin ihre Mitarbeitenden entsprechend instruiert hatte, zweifelhaft (vgl. die schriftliche Information der Beschwerdeführerin an ihre Mitarbeitenden, wonach Kurzarbeit nur für ganze Tage [Sollzeit 8.5 Stunden] und in Ausnahmefällen für halbe Tage [Sollzeit 4.25 Stunden] angeordnet werden könne). Eine Plausibilisierung dieser pauschalen Angaben des wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls und der geleisteten Arbeitszeit in der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle anhand von Outlookkalender-Einträgen, Lohnabrechnungen, Spesenabrechnungen und Tätigkeitsrapporten – wie dies die Beschwerdeführerin anbietet – führt sodann nicht weiter, weil dadurch entweder die bereits zweifelhaften pauschalen Angaben bestätigt werden oder aber Diskrepanzen zur Arbeitszeiterfassung ersichtlich werden, die wiederum Zweifel an den Angaben in der Arbeitszeiterfassung begründen könnten. Spesenabrechnungen der Aussendienstmitarbeitenden hat die Vorinstanz überdies bereits im Einspracheverfahren berücksichtigt und im Umfang, als Reisetätigkeiten an Tagen ausgewiesen wurden, an den wirtschaftliche bedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht wurden, den geltend gemachten Arbeitsausfall als unkontrollierbar qualifiziert und den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung entsprechend aberkannt.

3.6.6 Die Beschwerdeführerin begründet die pauschale Erfassung des wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls und der geleisteten Arbeitszeit damit, dass es bei diesen Mitarbeitenden gemäss dem anwendbaren Reglement "Flexible Arbeitszeit" keine Mehr- und Minderstunden gebe. Dies entbindet die Beschwerdeführerin – wie bereits ausgeführt – jedoch nicht davon, während des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung die arbeitslosenversicherungsrechtlichen Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle auch für diese Mitarbeitenden einzuhalten. Es trifft zwar zu, dass im Unterschied zum geltenden Recht während der Geltung der der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 20. März 2020 (SR 837.033; in Kraft gewesen bis zum 31. März 2022) Art. 46 Abs. 4 und 5 AVIV zeitweise aufgehoben waren (AS 2022 39), das heisst vor Eintritt

eines anrechenbaren Arbeitsausfalls geleistete Mehrstunden nicht vom Arbeitsausfall abgezogen werden mussten. Während der Abrechnungsperiode geleistete Mehrstunden mussten jedoch wie üblich berücksichtigt und erfasst werden (vgl. Art. 46 Abs. 2 AVIV, wonach die Arbeitszeit nur als verkürzt gilt, wenn sie zusammen mit geleisteten Mehrstunden die normale Arbeitszeit nicht erreicht).

3.6.7 Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wurde während der Covid-19-Pandemie das Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht aufgehoben (oben E. 3.5.4). Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, dass sie für Kadermitarbeitende lediglich eine vereinfachte Arbeitszeitkontrolle haben führen müssen, was bereits in einer Weisung des SECO aus dem Jahr 2013 vorgesehen sei. Es handelt sich dabei um die Weisung des SECO gestützt auf Art. 42 Abs. 1 des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 (ArG, SR 822.11), die sich an die Vollzugsbehörden des Arbeitsgesetzes richtet und den Vollzug von Art. 46 ArG und Art. 73 der Verordnung 1 zum Arbeitsgesetz vom 10. Mai 2000 (ArGV 1, SR 822.111) regelt, weshalb die Weisung für die Kurzarbeitsentschädigung nach der Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung nicht einschlägig ist. Das Arbeitsgesetz hat zum Ziel, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor gesundheitlichen Beeinträchtigungen, die mit dem Arbeitsplatz verbunden sind, zu schützen. Einerseits enthält es Vorschriften über den allgemeinen Gesundheitsschutz, andererseits Vorschriften über Arbeits- und Ruhezeiten, deren Einhaltung geprüft wird. Dabei hat das SECO mit der genannten Weisung für bestimmte Kategorien von Arbeitnehmenden unter bestimmten Voraussetzungen Vereinfachungen bei der Dokumentation der Arbeitszeiten vorgesehen (Ziff. 2.B der Weisung). Die Zielsetzung des Arbeitsgesetzes unterscheidet sich aber wesentlich von derjenigen des Arbeitslosenversicherungsgesetzes, das – soweit vorliegend interessierend – den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit garantieren will (Art. 1a Abs. 1 Bst. b AVIG). Die Arbeitslosenversicherungsgesetzgebung verlangt einen gewissen Detaillierungsgrad der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle (oben E. 3.5.1 f. und unten E. 3.7; vgl. Urteile des BVGer B-4070/2021 vom 17. Oktober 2023 E. 4.5.1 f. zu Aufzeichnungen von Fahrtenschreibern und B-4138/2021 vom 11. Dezember 2023 E. 3.6.4 zu Aufstellungen über Arbeits-, Lenk- und Ruhezeiten i.S. der Chauffeurverordnung [noch nicht rechtskräftig]).

3.6.8 Die Beschwerdeführerin scheint zu verkennen, dass die Kurzarbeitsentschädigung auf Basis der tatsächlich aus wirtschaftlichen Gründen entstandenen unvermeidbaren Arbeitsausfälle erfolgt und nicht aufgrund der durch die Arbeitgeberin in einem bestimmten Umfang angeordneten Ausfallstunden. Die Versicherungsleistung kann entsprechend nicht pauschal bezogen werden, auch wenn während der Geltung der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung ein summarisches Abrechnungsverfahren angewandt wurde, bei dem die Entschädigung zur Beschleunigung der Abwicklung jeweils für den Gesamtbetrieb und als Pauschale ausgerichtet wurde (Art. 8i COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; BVGE 2021 V/2 E 3.7).

3.7 Die Beschwerdeführerin war im Hinblick auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung verpflichtet, den Arbeitsausfall im Rahmen einer überprüfbaren, namentlich die – tatsächlich entstandenen – wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden deklarierenden Arbeitszeitkontrolle zu erfassen, worauf die Arbeitgeberin in zahlreichen Informationsquellen (Hinweis auf dem Formular "Vor Anmeldung von Kurzarbeit"; Hinweis auf Bewilligungsverfügung der kantonalen Amtsstelle; Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung", Ziff. 6 und 7; vgl. auch AVIG-Praxis KAE, Rz. B34-36), über welche die Beschwerdeführerin verfügte, aufmerksam gemacht werden (Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.2). Dass diese Hinweise zu allgemein gefasst seien, wie die Beschwerdeführerin vorbringt, trifft nicht zu (Vor Anmeldung: "Zudem nehme ich zur Kenntnis, dass ich für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle [z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte] führen muss. Diese beinhaltet die täglich geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden und die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie sämtliche übrige Absenzen wie z.B. Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärabwesenheiten"; Bewilligungsverfügung: "Für von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende muss eine manipulationssichere betriebliche Arbeitszeitkontrolle [z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte] geführt werden, die täglich über die geleisteten Arbeitsstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über alle übrigen Absenzen wie z.B. Ferien, Krankheit, Unfall oder Militärdienst Auskunft gibt."; fast identischer, zusätzlich um das Beispiel eines elektronischen Zeiterfassungssystems ergänzter Text in der Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung", Ziff. 7; Titel zu Rz. B34 der AVIG-Praxis KAE: "Kein Anspruch bei fehlender betrieblicher Arbeitszeitkontrolle"; Urteil des BVer B-3764/2023 vom 3. April 2024 E. 4.6 [noch nicht rechtskräftig]). Entgegen der Ansicht der Be-

schwerdeführerin fordert die Vorinstanz die Kurzarbeitsentschädigung so- dann nicht aufgrund der genannten Hinweise zurück, die der Information für die Rechtsuchenden dienen (Urteil des BVGer B-2334/2022 vom 27. September 2023 E. 5.4 in fine [noch nicht rechtskräftig]; vgl. auch Urteil des EVG C 437/99 vom 11. September 2000 E. 3), sondern gestützt auf das Gesetz (unten E. 6).

3.8 Soweit sich die Beschwerdeführerin zu einzelnen Ausführungen der Vorinstanz im Einspracheentscheid äussert, beispielsweise zum Ablauf der Arbeitgeberkontrolle, dessen Darstellung sie als aktenwidrig qualifiziert (wofür keine Anhaltspunkte bestehen), oder zur Erstellung des Prüfprotokolls durch die beauftragte Treuhandstelle und dem Formular "geprüfte Unterlagen", bleibt unklar, was sie daraus zu ihren Gunsten ableiten will. Sie legt damit lediglich ihre eigene Sichtweise dar, ohne aufzuzeigen, dass und inwiefern die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder der angefochtene Entscheid Bundesrecht verletzen soll. Solches ist auch nicht ersichtlich.

3.9 Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss kommt, dass aufgrund der pauschalen Erfassungen Zweifel bestehen, ob der geltend gemachte und durch die Arbeitslosenversicherung entschädigte Arbeitsausfall der betroffenen Kader- und Aussendienstmitarbeitenden tatsächlich im deklarierten Umfang bestanden hatte. Die Vorinstanz durfte ohne Bundesrecht zu verletzen davon ausgehen, dass der gegenüber der Arbeitslosenkasse ausgewiesene Arbeitsausfall beziehungsweise die Arbeitszeit – soweit vorliegend zu beurteilen – nicht bestimm- und kontrollierbar im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG in Verbindung mit Art. 46b Abs. 1 AVIV ist. In diesem Umfang wurde der Beschwerdeführerin die Kurzarbeitsentschädigung somit gesetzeswidrig und damit zu Unrecht ausgerichtet.

3.10 Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Die Beweisabnahmepflicht korreliert mit dem Recht des Betroffenen, Beweisanträge zu stellen und beantragte Beweise abnehmen zu lassen. Die Pflicht zur Beweisabnahme besteht unter der Voraussetzung, dass der Beweis form- und fristgerecht beantragt wird, der Beweisantrag erheblich und das anerbote Beweismittel zulässig ist. Der Beweis muss sich auf einen rechtserheblichen Umstand beziehen und tauglich sein, diesen Umstand zu beweisen. Auch wenn alle formellen und materiellen Voraussetzungen

der Beweisabnahmepflicht erfüllt sind, kann die Behörde von der Beweisabnahme absehen, wenn der rechtserhebliche Sachverhalt bereits hinreichend geklärt ist (antizipierte Beweiswürdigung). Es liegt keine Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil sie auf Grund der bereits abgenommenen Beweise ihre Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener (antizipierter) Beweiswürdigung annehmen kann, dass ihre Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 141 I 60 E. 3.3).

Die zahlreichen von der Beschwerdeführerin gestellten Anträge auf Zeugen- und Parteibefragung, Beweisaussagen, Einholung von schriftlichen Auskünften und Vornahme von Augenscheinen sind in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen, da daraus keine neuen Erkenntnisse für den zu beurteilenden Sachverhalt im Zusammenhang mit den vorliegend zu beurteilenden pauschalen Erfassungen der wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden und der Arbeitszeit von Kadermitarbeitenden und Mitarbeitenden im Aussendienst im Bezugszeitraum zu erwarten sind.

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, mit dem Leiter Rechtsdienst der kantonalen Amtsstelle sei eine differenzierte, betriebsangepasste Abrechnungspraxis vereinbart und stets ohne Beanstandungen genehmigt worden. Aufgrund der regelmässigen Behördenkontakte und der stets akzeptierten Voranmeldungen und aus dem Umstand, dass die Arbeitslosenkasse keinerlei Beanstandungen gemacht habe, habe die Beschwerdeführerin davon ausgehen dürfen, dass die mit jedem Antrag bei der Arbeitslosenkasse eingereichte Arbeitszeiterfassung auch auf einer ausreichenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle basiere. In diesem Vertrauen sei die Beschwerdeführerin zu schützen.

4.3 Die Vorinstanz erklärt, die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf den Vertrauensschutz berufen. Die Pflicht der Arbeitslosenkasse, die Berechtigung für die Leistungen vor der jeweiligen Auszahlung zu prüfen, sei nicht extensiv zu verstehen. Dies gelte insbesondere für die Prüfung der kontrollierbaren Arbeitszeiten, denn diesbezüglich lasse sich die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen grundsätzlich nur gestützt auf eine detaillierte Dokumentation des Unternehmens beziehungsweise durch Einblick in das Arbeitszeiterfassungssystem der Arbeitsgeberin beurteilen, was vertiefter Abklärungen bedürfe. Es sei aber Aufgabe der Vorinstanz, vertiefte Abklärungen vorzunehmen. Die (allenfalls zu Unrecht) erfolgte Auszahlung begründe keine Zusicherung für kommende Abrechnungsperioden.

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 Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2). Weder die kantonalen Kassen noch die kantonalen Amtsstellen sind verpflichtet, regelmässige und systematische Kontrollen bei der Einreichung des Leistungsgesuchs oder bei der Auszahlung durchzuführen (denn es darf keine Verzögerung bei der Auszahlung von Leistungen zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmenden und Angestellten geben). Die Behörden sind auch nicht verpflichtet, den Arbeitgeber darauf hinzuweisen, dass die erstellten Abrechnungen den gesetzlichen Voraussetzungen des Leistungsanspruchs nicht genügen (Urteil des BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6). Es liegt daher weder ein Fall von Vertrauensschutz vor noch hat die Vorinstanz gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens verstossen.

4.5 Die Vereinbarung einer bestimmten Abrechnungspraxis mit der kantonalen Amtsstelle kann in Bezug auf die Rechtmässigkeit des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung keine Vertrauensgrundlage bilden. Hingegen könnten Auskünfte, wie sie die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht – ihre betriebliche Arbeitszeitkontrolle sei als ausreichend qualifiziert worden – grundsätzlich allenfalls eine taugliche Vertrauensgrundlage bilden (Urteil des BVGer B-4138/2021 vom 11. Dezember 2023 E. 4.5 [noch nicht rechtskräftig]). 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; Urteil des BVGer B-2334/2022 vom 27. September 2023 E. 6.2 in fine [noch nicht rechtskräftig]), was vorliegend jedoch weder behauptet noch dargetan wird.

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 Ein Entscheid ist ungemessen, wenn er zwar innerhalb des Ermessens- und Beurteilungsspielraums der zuständigen Behörde liegt und die Verfassungsprinzipien sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Ordnung beachtet, das Ermessen aber unzweckmässig gehandhabt wurde. Eine Rechtsverletzung liegt nicht vor (BGE 129 I 139 E. 4.1.1; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020, Rz. 431). Der Begriff der Angemessenheit bezeichnet den Handlungs- und Kontrollmassstab innerhalb des Ermessens der Verwaltung (BENJAMIN SCHINDLER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2019, Art. 49 N 35). Handelt die Verwaltungsbehörde unangemessen, begeht sie einen Ermessensfehler. Sie übt das Ermessen in unzweckmässiger Weise aus und trifft keine dem Sachverhalt adäquate Lösung (vgl. BGE 126 V 75 E. 6; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 1048). Sieht das Gesetz ausnahmsweise eine richterliche Angemessenheitskontrolle vor, ist die gerichtliche Überprüfung eines Verwaltungsentscheids zwar auch im Bereich des der anordnenden Behörde zustehenden Ermessens- und Beurteilungsspielraums zulässig, doch kann aus einer Abänderung ihrer Verfügung dabei nicht automatisch auf deren Widerrechtlichkeit geschlossen werden (BGE 129 I 139 E. 4.1.1).

5.3 Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die Behörde zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt, oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 141 V 365 E. 1.2). Die Grenze zwischen Unangemessenheit und Ermessensmissbrauch – insbesondere in der Form des Verstosses gegen das Verhältnismässigkeitsprinzip – ist im Einzelfall jedoch schwer zu ziehen (KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, a.a.O., Rz. 1048 in fine).

5.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Einspracheentscheid erweise sich in Beachtung der besonderen Lage aufgrund der Covid-19-Pandemie und in konkreter Beurteilung der betrieblichen Massnahmen seitens der Beschwerdeführerin als unangemessen. Sie erklärt zudem, sie rüge einen Ermessensmissbrauch, indem die Aberkennung der Anspruchsberechtigung aufgrund genereller Interpretationen erfolge. Die Vorinstanz äussert sich nicht dazu.

5.5 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). Die Rückforderung kann daher gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz weder reduziert noch kann darauf verzichtet werden. Wenn Versicherungsleistungen unrechtmässig bezogen wurden, sind sie zurückzuerstatten (unten E. 6.1). Ein Erlass der Rückforderung kommt nur unter bestimmten Voraussetzungen und erst dann in Betracht, wenn über die Rückforderung rechtskräftig entschieden ist (Art. 25 Abs. 1 Satz 2 ATSG i.V.m. Art. 4 und 5 der Verordnung über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 11. September 2002 [ATSV, SR 830.11]). Es kann gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz auch nicht von der verordnungsweise festgelegten betrieblichen Arbeitszeitkontrolle abgewichen werden (Urteil des BVGer B-4138/2021 vom 11. Dezember 2023 E. 5.3 [noch nicht rechtskräftig]), zumal während der Covid-19-Pandemie vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht abgewichen worden ist (oben E. 3.5.4). Ferner liegt kein Ermessensmissbrauch vor, weil keine Hinweise dafür bestehen, dass sich die Vorinstanz bei ihrem Entscheid von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten liess oder allgemeine Rechtsprinzipien verletzt hätte. Der Einspracheentscheid erscheint schliesslich nicht als unangemessen, weil kaum behördliches Ermessen besteht, das gegebenenfalls unzweckmässig gehandhabt worden wäre.

6.

6.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind gemäss Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückzuerstatten. Dazu bedarf es, dass die Bedingungen für eine prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder eine Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) der ursprünglichen Verfügung erfüllt sind (BGE 142 V 259 E. 3.2; Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.2). Die Rückerstattungsnorm von Art. 25 ATSG dient letztlich der Durchsetzung des Legalitätsprinzips (BGE 142 V 259 E. 3.2.2). Voraussetzungen für ein wiedererwägungswises Zurückkommen auf die Auszahlungen sind, dass

die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG) Zusprache von Leistungen zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6). Die Abwägung zwischen der Durchsetzung des objektiven Rechts und dem Interesse an der 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. Eine zeitliche Befristung der Wiedererwägungsmöglichkeit besteht nicht (BGE 149 V 91 E. 7.7). Vorbehalten bleiben die Verwirkungsfristen von Art. 25 ATSG.

6.2 Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, die im 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). 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: zweifellose 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).

6.3 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). Es geht also um die Konstellation, in der die Leistung von Anfang an zu Unrecht zugesprochen wurde,

jedenfalls sofern sich aufgrund der nachträglich korrekten Rechtsanwendung ergibt, dass die Leistung nicht geschuldet gewesen wäre. Zweifellose Unrichtigkeit meint dabei, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung möglich, also einzig dieser Schluss denkbar ist (Urteil des BGer 8C_110/2023 vom 31 Oktober 2023 E. 3.1). 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 zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 53 N 78).

6.4 Das Erfordernis der zweifellosen Unrichtigkeit ist in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprechung aufgrund falsch oder unzutreffend verstandener Rechtsregeln erfolgt war oder wenn massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (Urteil des BGer 8C_110/2023 vom 31. Oktober 2023 E. 3.2). Die Unrichtigkeit der Leistungszusprache im Umfang von Fr. 230'785.90 für den Zeitraum März 2020 bis März 2021 ergibt sich aus den unbestritten gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz (oben E. 2.3) sowie der mangelnden Bestimmbarkeit beziehungsweise Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls und der Arbeitszeit nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG der Kader- und Aussendienstmitarbeitenden (oben E. 3.9). Diese ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (*condition de fond*; vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 6.7). Die Berichtigung ist, angesichts des in Frage stehenden Betrags, von erheblicher Bedeutung. Das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache durch die Vorinstanz ist vorliegend nicht zu beanstanden.

7.

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 18. Juli 2023 gegen die Rückforderungsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 230'785.90 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

8.

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. 4'000.– festzusetzen. Es ist keine Parteient-schädigung 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. 4'000.– 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 und 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: 29. April 2024

Zustellung erfolgt an:

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

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons Y. _____