



Urteil vom 16. August 2024

Besetzung

Richter Francesco Brentani (Vorsitz),
Richterin Eva Schneeberger, Richterin Mia Fuchs,
Gerichtsschreiber Benjamin Märkli

Parteien

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

gegen

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

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft, welche Verlags-, Werbe- und Mediendienstleistungen erbringt. Sie bezog im Zeitraum März 2020 bis September 2021 eine Kurzarbeitsentschädigung von insgesamt Fr. 132'758.–.

B.

Am 20. April 2022 überprüften die für die Durchführung der Arbeitgeberkontrolle vom Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) beauftragte Y. _____ AG als externe Revisionsstelle im Rahmen einer Arbeitgeberkontrolle, ob die von der Beschwerdeführerin beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen rechtmässig seien.

C.

Mit Revisionsverfügung vom 21. Juli 2022 kam die Vorinstanz zum Ergebnis, die Beschwerdeführerin habe die gesamten von ihr bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen in der Höhe von Fr. 132'758.– unrechtmässig erhalten und diese Summe deshalb an die Arbeitslosenkasse Kanton Appenzell Ausserrhoden zurückzuerstatten. Zur Begründung führte sie aus, es liege keine fortlaufend geführte Arbeitszeitkontrolle der effektiv geleisteten Arbeitsstunden vor. Die Arbeitsausfälle der Mitarbeitenden könne so nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, womit die Kurzarbeitsentschädigung aberkannt werden müsse.

D.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 9. September 2022 bei der Vorinstanz Einsprache und beantragte die Aufhebung der Revisionsverfügung. Die Arbeitszeiterfassung entspreche den gesetzlichen Anforderungen.

E.

Mit Entscheid vom 19. Oktober 2022 wies die Vorinstanz die Einsprache ab und hielt an der Revisionsverfügung fest.

F.

Mit Eingabe vom 28. November 2022 ficht die Beschwerdeführerin den ablehnenden Einspracheentscheid an. Sie beantragt, ihn unter Kosten- und Entschädigungsfolgen aufzuheben.

G.

Die Vorinstanz liess sich am 17. Februar 2023 vernehmen. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

H.

Mit Eingabe vom 21. April 2023 replizierte die Beschwerdeführerin.

I.

Mit Eingabe vom 24. Mai 2023 duplizierte die Vorinstanz.

J.

Auf die Eingaben der Parteien wird, soweit rechtserheblich, in den Erwägungen eingegangen.

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 Die Beschwerdeführerin ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG) und hat den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Da die Beschwerde form- und fristgerecht eingereicht wurde (Art. 60 Abs. 1 ATSG; Art. 52 Abs. 2 VwVG), ist auf sie einzutreten.

2.

2.1 Die Vorinstanz begründet die Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigungen mit dem Fehlen einer effektiven betrieblichen Arbeitszeitkontrolle. Erfasst worden seien lediglich die vorgesehenen fixen Arbeitszeiten in Form von Stundenlisten und nicht die effektiv geleisteten Arbeitsstunden. Die Beschwerdeführerin habe zudem eingestanden, dass Arbeitnehmende teilweise auch ausserhalb der angegebenen Blockzeiten gearbeitet hätten. Die beantragte Befragung der Mitarbeitenden könne in diesem Kontext zu keinen neuen Erkenntnissen führen.

2.2 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die erfassten Blockzeiten den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle genügen würden. Lediglich in seltenen Einzelfällen sei für einen kurzen Zeitraum ausserhalb der angegebenen Blockzeiten gearbeitet worden. Um dies nachzuweisen seien auch zwei ihrer Mitarbeitenden zu befragen, was die Vorinstanz in Verletzung ihres rechtlichen Gehörs unterlassen habe. Darüber hinaus habe während der Corona-Pandemie, als die Kurzarbeit bezogen wurde, das summarische Verfahren gegolten, was eine Reduktion der Anforderungen an die Arbeitszeitkontrolle rechtfertige. Insgesamt sei ihre Arbeitszeiterfassung ausreichend und die Rückforderung der Kurzarbeitsleistungen deshalb rechtswidrig.

3.

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

ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG; zum Ganzen Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.2).

3.2 Die Periode, in der Kurzarbeitsentschädigung bezogen wurde, fällt in den zeitlichen Anwendungsbereich der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033). Im Rahmen der Corona-Pandemie konnte die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom bestehenden System, wie es durch die Art. 31 ff. AVIG statuiert ist, abweichen, was im entsprechenden Umfang auch dazu führt, dass unter Umständen von der zu diesem System entwickelten Praxis ebenfalls abzuweichen ist (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.3.1). Der Bundesrat ist zulässigerweise punktuell von den vorbestehenden Regelungen abgewichen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.5). Aufgrund der in der Verordnung angewandten Regelungstechnik, die für jede Abweichung die derogierte Gesetzesbestimmung explizit nennt, ist davon auszugehen, dass der Bundesrat grundsätzlich am vorbestehenden System festhalten wollte und eine Abweichung nur soweit erfolgen soll, als dies eine Verordnungsbestimmung so vorsieht (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1 und 4.5; Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.3). Vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit der weggefallenen Arbeitszeit anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle – wie sie vorliegend strittig ist – wollte der Verordnungsgeber nicht abweichen. Zwar sollten zusätzliche Personen von der Kurzarbeitsentschädigung profitieren können, jedoch müssen (auch) diese die unveränderten Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung einhalten, um den anspruchsbegründenden Nachweis für die zu entschädigende Arbeitszeit zu erbringen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.10; Urteile des BVGer B-823/2023 vom 18. Januar 2024 E. 6.2; B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.3). Das in Art. 8i Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung eingeführte summarische Verfahren bezieht sich einzig auf die Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung, nicht auf den Nachweis der Arbeitszeit (vgl. ausführlich Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021, insb. E. 4.3).

3.3 Von der Kurzarbeit ausgeschlossen sind Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Dieser Ausschlussgrund dient in gewisser Weise der Missbrauchsprävention, da das entsprechende Risiko bei unkontrollierbaren Arbeitszeiten besonders hoch wäre. In erster Linie aber handelt es sich beim Erfordernis der Bestimmbarkeit um eine Anspruchsvoraussetzung, die erst den Arbeitsausfall nachweist und gestützt

darauf die Bestimmung der Höhe der Kurzarbeitsentschädigung erlaubt (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.3). Weil die Entschädigung für Arbeitsausfälle geleistet wird, ist die Bestimmbarkeit dieses Ausfalls notwendig, um überhaupt zu errechnen, wie viele Stunden zu entschädigen sind. Damit die Kurzarbeit ausgerichtet werden kann, muss also sowohl die Soll-Arbeitszeit (normale Arbeitszeit, die sich gemäss Art. 46 Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02] typischerweise aus dem Arbeitsvertrag ergibt) als auch die Ist-Arbeitszeit (effektiv in der betreffenden Abrechnungsperiode geleistete Arbeitsstunden, die sich aus der Zeiterfassung ergeben) bekannt sein. Ist eine oder sind beide dieser Grössen unbekannt, lässt sich der Arbeitsausfall nicht bestimmen und damit auch der Betrag der Kurzarbeitsentschädigung nicht ausrechnen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.3) und der Anspruch – für den die Arbeitgeberin beweispflichtig ist (vgl. Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1 m.w.H.) – ist unbewiesen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.2; Urteil des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 3.2).

3.4 Genügende Kontrollierbarkeit setzt eine Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b AVIV), die für jeden einzelnen Tag die geleistete Arbeitszeit ausweist. Sie muss zeitgleich, das heisst fortlaufend und nicht erst im Nachhinein, erstellt werden und genügend detailliert Auskunft über die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden geben. Nachträglich erstellte Dokumente sind nicht ausreichend. Damit eine Arbeitszeitkontrolle die Anforderungen erfüllt, muss mindestens täglich durch die Mitarbeitenden oder ihre Vorgesetzten die gearbeitete Zeit – sei es elektronisch, mechanisch oder handschriftlich – erfasst werden, wobei diese Einträge nachträglich nicht änderbar sein dürfen, ohne dass dies im System vermerkt würde (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.3 m.w.H.). Ebenfalls nicht ausreichend ist nach der Praxis der Hinweis auf fixe Arbeitszeiten ("Blockzeiten"), die von den Arbeitnehmenden einzuhalten gewesen waren und auch eingehalten worden seien. In der Situation der Kurzarbeit ist es geradezu wahrscheinlich, dass an einzelnen Tagen mehr oder weniger gearbeitet wird (vgl. Urteil des EVG C 115/06 vom 23. März 2006 E. 2; BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.4). Auch bei als fix vereinbarten Arbeitszeiten muss die effektiv geleistete Arbeitszeit erfasst werden (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1 m.w.H.).

3.5 Schliesslich ist in der Praxis auch etabliert, dass die Arbeitszeitkontrolle zum Zeitpunkt der Kontrolle vorgelegt werden muss und nicht nachträglich Belege beigebracht werden können, um eine ungenügende Dokumentation zu ergänzen (vgl. Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.5 m.w.H.; vgl. Urteil des BVGer B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 3.3). Nachträglich eingereichte Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können (vgl. Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3 m.w.H.).

Von den Anforderungen des Art. 46b AVIV als formeller Beweisvorschrift darf nur dann abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, d.h. die prozessuale Formenstrenge exzessiv ist, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1; BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3).

3.6 Fehlen geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitznachweis, können sie weder durch die nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmenden noch anderer Personen ersetzt werden, da nicht anzunehmen ist, dass diese aus dem Gedächtnis detaillierte Auskunft zu den fraglichen Arbeitszeiten geben können (vgl. Urteile des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 4.2.2; des EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a; C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b; C 299/99 vom 11. April 2000 E. 1b; des BVGer B-1139/2023 vom 18. Januar 2024 E. 4.3.2). Sie würden zudem ihrerseits das Kriterium der Zeitgleichheit verletzen (vgl. Urteil des BGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 3.5.4). In diesem Kontext ist folglich in der Regel in antizipierter Beweiswürdigung auf die Befragung dieser Personen zu verzichten.

3.7 Die Bestimmbarkeit beziehungsweise ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (sog. condition de fond; vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1; Urteile des BVGer B-823/2023 vom 18. Januar 2024 E. 8.2; B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.5 m.w.H.) deren Nichterfüllung die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (vgl. Urteile des BVGer B-2480/2020 vom 9. November 2021 E. 5.1 m.w.H.; B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2). Unrechtmässig bezogene Leistungen der

Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG; vgl. Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1) und werden durch die Kasse vom Arbeitgeber zurückgefordert (Art. 95 Abs. 2 AVIG).

Voraussetzung für die Rückforderung ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprache zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. Urteile des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2; des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.6). Zweifellos unrichtig ist eine Leistungszusprache, wenn sie erwiesenermassen gesetzeswidrig ist. Nicht die Grobheit des Fehlers ist entscheidend, sondern das Ausmass der Überzeugung, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Es darf kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass eine Unrichtigkeit vorliegt (vgl. Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.6; ferner BGE 126 V 399 E. 2b/bb). Eine gesetzeswidrige Leistungszusprache gilt regelmässig als zweifellos unrichtig (vgl. BGE 126 V 399 E. 2b/bb; Urteil des BGer 8C_136/2012 vom 27. Juni 2012 E. 2).

4.

4.1 Im Zeitraum März 2020 bis September 2021, in dem die Beschwerdeführerin Kurzarbeit bezog, wurde zu vorgeschriebenen Blockzeiten gearbeitet, die der Geschäftsführer erfasste. Die vorgesehenen Arbeitsstunden wurden jeweils pro Mitarbeiter von der im Arbeitsvertrag vorgesehenen Arbeitszeit gekürzt. Es ist erstellt, dass zumindest vereinzelt auch ausserhalb der als Arbeitszeit ausgewiesenen Blockzeit gearbeitet wurde. Dies wurde anlässlich der Arbeitgeberkontrolle von zwei Mitarbeitern bestätigt (Akten Vorinstanz, Beilage 4, Protokoll zur Arbeitgeberkontrolle durch externe Prüfstelle, S. 2) und auch von der Beschwerdeführerin eingestanden, welche jedoch vorbringt, dass sich diese geringfügigen Abweichungen aufheben würden und zudem nur bei ein bis zwei Mitarbeitenden im Home-Office vorgekommen sei, was insgesamt einen Zeitraum von etwa 3 Wochen während der gesamten Phase der Kurzarbeit betreffe (Beschwerde vom 28. November 2022, S. 3; vgl. Replik vom 27. April 2023, S. 2).

4.2 Auch wenn feste Blockzeiten bestehen, die vom Arbeitgeber vorgegeben werden, stellt die blosse, standardisierte Erfassung dieser Blockzeiten durch den Arbeitgeber keine rechtsgenügende Arbeitszeitkontrolle im Sinne der arbeitslosenversicherungsrechtlichen Praxis dar. Durch das standardisierte Erfassen der immer wieder gleichen Blockzeiten und der

damit in jedem Fall exakt gleichen Anzahl geleisteter Arbeitsstunden über einen gewissen Zeitraum entstehen berechnete Zweifel, ob dies wirklich den effektiv geleisteten Arbeitszeiten entspricht (vgl. Urteil des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 4.2.2, bestätigt durch Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3; vgl. auch Urteil des BVGer B-8569/2007 vom 24. Juni 2008 E. 2.3). Daran ändert sich, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (Beschwerde vom 28. November 2022, S. 5) auch nichts, wenn die Stundenrapporte jeweils von den Mitarbeitenden unterschrieben sind.

Zweifel an der Korrektheit der Abrechnung entstehen auch durch den Umstand, dass soweit ersichtlich im Zeitraum zwischen März 2020 und September 2021 keine einzige Abwesenheit einer Kurzarbeit beziehenden Person dokumentiert ist. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin merkt dazu an, dass die von Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden im fraglichen Zeitraum nie krank oder sonst abwesend waren und auf die Ferien verzichtet hätten, wobei sie stattdessen 100% statt nur 80% des Lohns erhalten hätten (Beschwerdebeilage 1, Stellungnahme des Geschäftsführers vom 18. November 2022).

4.3 Die Arbeitszeitkontrolle ist weder täglich fortlaufend und zeitgleich, noch gibt sie Auskunft über den effektiven Beginn und das Ende der Arbeitszeit oder über Absenzen. Insofern genügt sie den Anforderungen nach dem Gesagten nicht. Die Anforderungen an eine ausreichende Arbeitszeitkontrolle ergeben sich aus dem Gesetz und der Verordnung (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG, Art. 46b Abs. 1 AVIV) und sind dort ausreichend geregelt (vgl. Urteil des BVGer B-4556/2022 vom 13. November 2023 E. 6.1.4; siehe auch vorstehend E. 3.3 f.). Sie leiten sich entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht erst auf Basis der Informationsbroschüre der Vorinstanz ab.

4.4 In der Nichtanerkennung der Arbeitszeiterfassung anhand der Eintragung von fixen Blockzeiten ist kein überspitzter Formalismus zu erkennen (siehe Urteil des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 4.3.3, bestätigt durch Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 4; vgl. auch Urteil des BVGer B-1829/2016 vom 10. Oktober 2017 E. 5.2.2). Durch die systematische Nichterfassung der effektiv geleisteten Arbeitszeit sowie potentieller Absenzen wird die Arbeitszeiterfassung insgesamt unzuverlässig. Die Arbeitsstunden, die tatsächlich ausserhalb der erfassten Blockzeiten geleistet wurden, und die Absenzen, welche entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin üblicherweise anfallen, sind nicht gesichert

nachvollziehbar. Das von ihr bezüglich der Ferienhandhabung behauptete Vorgehen (vgl. E. 4.2 in fine) scheint der zwingenden Vorschrift von Art. 329d OR zu widersprechen und lässt sich jedenfalls nicht zur Plausibilisierung der Zeiterfassung der Beschwerdeführerin anführen.

4.5 Die beantragte Befragung von Mitarbeitenden sowie des Geschäftsführers der Beschwerdeführerin ist nach ständiger Praxis nicht zum Beweis geeignet (vgl. vorstehend E. 3.6), weshalb die Vorinstanz darauf verzichten durfte. Sie würde auch im vorliegenden Verfahren nichts zur Entscheidungsfindung beitragen und ist deshalb abzuweisen.

4.6 Somit ist die Voraussetzung der ausreichenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle für den gesamten Bezugszeitraum nicht erfüllt, womit eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung fehlt. Die Leistungszusprache war demnach ohne Zweifel widerrechtlich. Mit dem Rückforderungsbetrag von Fr. 132'758.– liegt auch eine erhebliche Bedeutung der Berichtigung vor. Die Vorinstanz hat die ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung insofern zu Recht zurückgefordert (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG).

5.

Es bleibt die Rüge der Beschwerdeführerin zu prüfen, wonach ihr verfassungsmässiges Recht auf Vertrauensschutz (vgl. Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) der Rückforderung entgegenstehe.

5.1 Die Beschwerdeführerin erachtet es als missbräuchlich und nicht nachvollziehbar, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft während der Corona-Pandemie niederschwellig Hilfsangebote unter anderem in Form von Kurzarbeitsentschädigungen gemacht habe und nun mittels der Hilfe von externen Revisoren versuche, die Entschädigungen rückgängig zu machen. Sollte entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin die Arbeitszeitkontrolle nicht als ausreichend betrachtet werden, sei sie dennoch in ihrem Vertrauen zu schützen, welches sie durch die vorbehaltlose Auszahlung über einen längeren Zeitraum erworben habe. Auch habe die Arbeitslosenkasse Appenzell Ausserrhoden die Gesetzeskonformität der Arbeitszeitkontrolle explizit bestätigt, was aus den Akten hervorgehe. Weiter habe eine Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse dies auch mehrfach bestätigt, weshalb von ihr mindestens eine schriftliche Stellungnahme einzuholen sei bzw. sie zu befragen sei. Die weiteren Voraussetzungen des Vertrauensschutzes seien ebenfalls erfüllt.

5.2 Nach Ansicht der Vorinstanz falle der Vertrauensschutz auf Basis von Aussagen oder Zusicherungen der Arbeitslosenkasse schon deshalb ausser Betracht, weil diese die Anspruchsvoraussetzungen gar nicht vertieft überprüfe und zu diesem Zeitpunkt nicht über alle Unterlagen verfüge. Weiter lege die Beschwerdeführerin nicht konkret dar, inwiefern überhaupt eine Vertrauensgrundlage bestanden habe. Auch hätte sie Kenntnis der Erfordernisse einer genügenden Arbeitszeitkontrolle haben müssen und habe gar keine Disposition getätigt.

5.3 Nach dem in Art. 9 BV verankerten Grundsatz von Treu und Glauben kann eine unrichtige Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Nach der Praxis ist für diesen sogenannten Vertrauensschutz kumulativ vorausgesetzt, dass: a) es sich um eine vorbehaltlose Auskunft der Behörden handelt; b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den Bürger berührende Angelegenheit bezieht; c) die Amtsstelle, welche die Auskunft gegeben hat, dafür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachteten durfte; d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen können; e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen getroffen hat; f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die gleiche ist wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung; g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige am Vertrauensschutz nicht überwiegt (vgl. BGE 143 V 95 E. 3.6.2; 137 II 182 E. 3.6.2; Urteil des BGer 9C_256/2023 vom 18. Juli 2023 E. 5.2).

5.4 Im System der Kurzarbeitsentschädigung sind, soweit vorliegend interessierend, im Wesentlichen drei Akteure involviert: Die Arbeitslosenkasse, die kantonale Amtsstelle und die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenkasse. Sie verfügen im Verlaufe des Verfahrens je über unterschiedliche Prüfungszuständigkeiten, was nachfolgend zu umreissen ist. Die Arbeitslosenkasse muss keine vertiefte Prüfung der Anspruchsvoraussetzungen der Kurzarbeitsentschädigung vornehmen (vgl. Urteil des EVG C 208/02 vom 27. Oktober 2003 E. 4.3), wovon auch während der Corona-Pandemie nicht abgewichen wurde (vgl. vorstehend E. 3.2). Sie 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); ist jedoch wie erwähnt weder in der Lage noch verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (vgl. BGE 124 V 75 E. 4b/aa und bb; Urteil des BVer B-3974/2022 vom 13. November 2023 E. 5.3). Es ist zwar grundsätzlich Sache der kantonalen Amtsstelle, im Vorfeld anhand der Anmeldung zu

prüfen, ob die Anspruchsvoraussetzungen glaubhaft gemacht sind, im Zweifel geeignete Abklärungen zu treffen und gegebenenfalls Einspruch gegen die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigungen zu erheben (Art. 36 Abs. 3 und 4 AVIG; BGE 124 V 75 E. 4b/aa). Diese summarische Prüfung (ob die Voraussetzungen glaubhaft sind) entspricht aber auch nicht einer detaillierten, systematischen Kontrolle jedes einzelnen Gesuches (vgl. BGE 124 V 75 E. 4b/bb). Im Vorfeld der Auszahlung unterbleibt demnach eine derartige detaillierte, systematische Kontrolle. Eine vertiefte Abklärung findet gegebenenfalls erst nachträglich statt, nämlich anlässlich der durch die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung angeordneten Arbeitgeberkontrollen (vgl. Urteile des BVGer B-3974/2022 vom 13. November 2023 E. 5.3; B-410/2022 vom 5. Mai 2023 E. 3.3; B-5863/2020 vom 1. März 2022 E. 3.2.5; sowie betreffend Schlechtwetterentschädigungen Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2).

5.5 Die vom SECO geführte Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung (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 I AVIG). Sie sowie die von ihr beauftragten Treuhandstellen kontrollieren – anlässlich der erwähnten Arbeitgeberkontrollen – die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen stichprobenweise bei den Arbeitgebern (Art. 83a AVIG, "Revision und Arbeitgeberkontrolle"; Art. 110 Abs. 4 AVIV). Die Ausgleichsstelle verfügt auch allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen, wobei das Inkasso der Arbeitslosenkasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 Abs. 2 AVIV). Die Revision der Auszahlungen ist ein systematisch durchgeführtes und methodisch auf die Erfassung einer Vielzahl von Fällen ausgerichtetes Wiedererwägungsverfahren (ausführlich Urteil des BVGer B-2785/2023 vom 19. März 2024 E. 3.4 ff.), wobei nicht die Verwaltungsstelle, welche die Leistungsverfügungen erlassen hat, auf die Angelegenheit zurückkommt, sondern die dafür vom Gesetz vorgesehene höchste verantwortliche Instanz in der Gestalt der Ausgleichsstelle (vgl. Urteile des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5; des BVGer B-5863/2020 vom 1. März 2022 E. 4.3; B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 6.2).

5.6 Der Umstand, dass – selbst über längere Zeit – vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt werden, vermag, auch nach der neusten Praxis, insbesondere auch hinsichtlich der gegebenen Zuständigkeitsordnung, keinen Vertrauensschutz auszulösen (vgl. Urteile des BGer 8C_728/2023 vom 15. Mai 2024 E. 5.2; 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6; 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.2; 8C_469/2011

vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2; des BVGer B-3974/2022 vom 13. November 2023 E. 5.3 m.w.H.).

Da die Arbeitslosenkasse ihre Leistungen in diesem Stadium praktisch ausschliesslich aufgrund der Angaben des gesuchstellenden Betriebes im Sinne einer Vorleistung erbringt, ist es eher sie, die in ihrem Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben sowie die Erfüllung der Voraussetzungen durch den Betrieb zu schützen ist und daher Anspruch auf Rückerstattung zu Unrecht ausbezahlter Leistungen hat, als jener gesuchstellende Betrieb, der die Anspruchsvoraussetzungen nicht erfüllt (vgl. Urteile des BVGer B-3974/2022 vom 13. November 2023 E. 5.3; B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.10). Der Mechanismus im System für die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen verlässt sich, ähnlich wie bei Massen-Subventionen beispielsweise im Landwirtschaftsbereich, bewusst darauf, dass die Gesuchsteller, wenn die Leistung beansprucht wird, für eine rigorose Einhaltung bzw. Erfüllung sämtlicher Anspruchsvoraussetzungen besorgt sind. Dies gilt vorab in Bereichen, wo wie im Verfahren zur Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigungen eine detaillierte, vorgängige, definitive und einzelfallweise Prüfung durch die Auszahlungsbehörden bereits aufgrund der grossen Anzahl an Gesuchen gar nicht möglich wäre. Diese wie auch die Normierung über die Rückforderung von unrechtmässig ausgerichtetem Kurzarbeitsentschädigung schlechthin (vgl. E. 3.7) verkäme zum toten Buchstaben, wenn allein die Auszahlung der Leistung durch die Arbeitslosenkasse einer nachträglichen Überprüfung der Rechtsgültigkeit der Kurzarbeitsentschädigung entgegenstünde.

6.

Gestützt auf die dargelegte Praxis wird nachfolgend beurteilt, wie es sich mit den beschwerdeführerischen Rügen konkret verhält.

6.1 Der Bundesrat und die Behörden haben im Frühjahr 2020 zu Beginn der Corona-Pandemie das Institut der Kurzarbeit und seine einfache Zugänglichkeit hervorgehoben. Insbesondere im Zusammenhang mit der daraufhin erfolgten sehr hohen Anzahl der Gesuche und der schnellen Bearbeitung zeigt sich noch akzentuierter, wie vermessen es wäre, entgegen der gesetzlichen Systematik und der bisherigen Zuständigkeitsordnung von den Behörden zu verlangen, dass sie die Anspruchsvoraussetzung der geforderten Kontrollierbarkeit der betrieblichen Arbeitszeitkontrollen schon vor den Auszahlungen detailliert zu prüfen hätten. Die Zahl der von Kurzarbeit betroffenen Betriebe stieg von 290 im Februar 2020 auf 118'851 im Folgemonat, was eine Steigerung um das über Vierhundertfache bedeutet

(SECO, Abgerechnete Kurzarbeit, Stand 31. Januar 2024, abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Arbeit/Arbeitslosenversicherung/leistungen/kurzarbeitsentschaedigung.html>, zuletzt abgerufen am 14. August 2024). Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin ist nicht ersichtlich, inwiefern es generell gegen Treu und Glauben verstossen oder rechtsmissbräuchlich sein sollte, dass die Vorinstanz in einem, bereits lange vor der Corona-Pandemie etablierten Verfahren, prüft bzw. prüfen lässt, ob die Leistungen zu Recht ausbezahlt wurden und diese unter Umständen zurückfordert. Dies ist Ausdruck der gesetzlichen Ordnung und explizit so vorgesehen.

6.2 Nachfolgend wird geprüft, ob sich die Beschwerdeführerin auf den Vertrauensschutz berufen kann. Sie führt diesbezüglich verschiedene (angebliche) Auskünfte der kantonalen Arbeitslosenkasse Appenzell Ausserrhoden als Vertrauensgrundlage an.

6.2.1 Im Entscheid betreffend Voranmeldung von Kurzarbeit der kantonalen Arbeitsstelle vom 25. März 2020 (in den kantonalen Akten, Beilage 1) wurde die Beschwerdeführerin darauf hingewiesen, dass eine "betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte)" geführt werden müsse, "welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über alle übrigen Absenzen wie z.B. Ferien, Krankheit, Unfall oder Militärdienst Auskunft" gebe. Auch auf dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Formular zur Voranmeldung der Kurzarbeit vom 18. März 2020 (in den kantonalen Akten, Beilage 1) wurde auf die Info-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung" hingewiesen und bestätigte die Beschwerdeführerin, sie nehme zur Kenntnis, dass sie "eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte)" zu führen habe, welche unter anderem die "täglich geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden" erfasst. Es ist demnach irrelevant, ob die Arbeitslosenkasse eine Vertrauensgrundlage geschaffen hat, hätte sich doch die Beschwerdeführerin nach Treu und Glauben aufgrund dieser expliziten Hinweise ohnehin nicht darauf verlassen dürfen, sondern hätte ihre Unrichtigkeit erkennen müssen. Damit fehlt eine Voraussetzung für den Vertrauensschutz (vorstehend E. 5.3, Kriterium d). Unter diesen Umständen ist es ausgeschlossen, dass sich die Beschwerdeführerin auf den Vertrauensschutz berufen kann.

6.2.2 Selbst wenn sich die Beschwerdeführerin auf die Richtigkeit der behaupteten behördlichen Auskunft hätte verlassen können, wäre schon das

Vorliegen einer solchen zu verneinen. Die Beschwerdeführerin erblickt eine Vertrauensgrundlage zunächst in der E-Mail der Arbeitslosenkasse vom 1. Juli 2021 (in den kantonalen Akten, Beilage 1). Darin führt eine Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse aus, ihr sei bei der "Prüfung der Unterlagen" aufgefallen, dass es offenbar einen Mitarbeiterwechsel gegeben habe und nun für eine andere Person Kurzarbeit beantragt werde. In diesem Kontext forderte sie die Nachreichung diverser Unterlagen. In der E-Mail wird die Arbeitszeitkontrolle mit keinem Wort erwähnt. Daraus lässt sich keine Vertrauensgrundlage herleiten. Auch aus einer anderen E-Mail vom 5. Oktober 2020 mit ähnlichem Inhalt lässt sich keine entsprechende Zusicherung entnehmen (in den kantonalen Akten, Beilage 1).

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann eine Auskunft vor allem dann als Vertrauensgrundlage in Frage kommen, wenn die Arbeitslosenkasse klar bestätigte, dass das verwendete bzw. zur Verwendung vorgesehene Kontrollsystem den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b Abs. 1 AVIV genüge (vgl. Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 5.2.2). Dies ist bei den erwähnten E-Mails nicht der Fall. Weitere schriftliche Auskünfte werden von der Beschwerdeführerin nicht angeführt und sind aus den Akten auch nicht ersichtlich.

6.2.3 Wie bereits vorstehend dargelegt, vermag entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin der Umstand, dass die Arbeitslosenkasse vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt hat, ebenfalls keinen Vertrauensschutz auszulösen (vorstehend E. 5.6; Urteil des BGer 8C_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.6).

6.2.4 Schliesslich beruft sich die Beschwerdeführerin als Vertrauensgrundlage auch auf mündliche Bestätigungen und Zusicherungen der Gesetzeskonformität der Arbeitszeitkontrollen. Diese sollen angeblich im telefonischen Kontakt mit einer Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse Appenzell Ausserrhoden gemacht worden sein, weshalb die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang eine schriftliche Auskunft (eventuell die Befragung als Zeugin) dieser Mitarbeiterin beantragt.

Die Behauptung der Beschwerdeführerin ist nicht geeignet, die Existenz einer Vertrauensgrundlage naheulegen. Sie geht von einer falschen Prämisse aus, nämlich dass die Arbeitslosenkasse eine abschliessende Prüfung der Voraussetzungen vornehmen würde oder auch nur schon könnte (vgl. BGE 143 V 341 E. 5.3.1; vorstehend E. 5.4). Bei ihren Einwendungen

lässt die Beschwerdeführerin ausser Acht, dass es nicht Sache der Arbeitslosenkasse ist, die Leistungsberechtigung vor der Auszahlung umfassend zu prüfen (vgl. Urteile des BGer 8C_728/2023 vom 15. Mai 2024 E. 5.2; 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2). Eine solche Prüfung hat hier erst anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 20. April 2022 stattgefunden. Die behauptete Zusicherung der Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse vermöchte daran nichts zu ändern. Die Beschwerdeführerin beruft sich darauf, dass sich die Arbeitslosenkasse für die angebliche Zusicherung auf ihre Unterlagen gestützt habe. Im Dossier der Arbeitslosenkasse (Beilage 1 der vorinstanzlichen Akten) finden sich einzig Dokumente (Vorankündigungen zur Kurzarbeitsentschädigung, Formulare "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung", Stundenlisten und "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden") welche die Ausfallstunden nicht oder nur in konsolidierter Form aufführen und keine Aussage über die Kontrollierbarkeit der Arbeitszeiterfassung als solche zulassen. Für die Beschwerdeführerin musste auch aufgrund der geschilderten Zuständigkeitsordnung und aufgrund der von ihr vorgelegten Dokumente offenkundig erkennbar sein, dass die Kasse für die Erteilung einer solchen Auskunft nicht nur nicht zuständig sein konnte, sondern auch nicht über Dokumente mit den entsprechenden Informationen verfügte (vgl. auch die Urteile des BGer 8C_728/2023 vom 15. Mai 2024 E. 5.2 sowie 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2). Auch der auf den monatlichen Stundenlisten angebrachte Vermerk der Beschwerdeführerin, sie habe "keine Gleitzeit, sondern feste Arbeitszeiten" gibt keine Aufschlüsse über die Art und Beschaffenheit der Zeiterfassung und kann eine authentische, fortlaufend und täglich geführte Arbeitszeitkontrolle nicht ersetzen. Die der Arbeitslosenkasse zugespielten Dokumente ermöglichen weder eine gesamtheitliche Beurteilung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdeführerin noch eine verlässliche Aussage darüber, ob diese den gesetzlichen und von der Praxis angewandten Kriterien (dazu vorstehend E. 3.4) entspricht.

Unabhängig davon, ob die Beschwerdeführerin die behauptete Aussage von der Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse tatsächlich erwirkte oder nicht, musste ihr nach dem Gesagten zum Vornherein klar sein, dass die Kasse hierfür weder zuständig sein konnte noch über die diesbezüglich nötigen Informationen seitens der Beschwerdeführerin verfügte. Entsprechend den von der Praxis ständig angewendeten Kriterien, wonach der Vertrauensschutz nicht Platz greifen kann, wenn die Unrichtigkeit einer Auskunft sich auf unrichtige oder unvollständige Angaben der betroffenen Person selbst stützen, auf welche die Behörde zur Auskunftserteilung angewiesen war, hätte sich die Beschwerdeführerin nicht guten Glaubens auf die von ihr

behaupteten Zusicherungen verlassen können (vgl. BGE 102 Ib 356 E. 4; 99 Ia 453 E. 2b/aa; 98 Ib 241 E. 4b; 93 I 390 E. 2; BEATRICE WEBER-DÜRLER, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, 93 f.). Demnach ist die Aussage der Kassenmitarbeiterin bzw. ihr Inhalt für die vorliegende Entscheidung unerheblich, weil sie ohnehin keinen Vertrauensschutz begründen konnte, nachdem die Beschwerdeführerin sowohl die Unrichtigkeit der Auskunft als auch die Unzuständigkeit der Arbeitslosenkasse hätte erkennen müssen und sich nicht gutgläubig auf die gestützt auf ihre Dokumente erteilte Auskunft hätte verlassen können (vgl. allgemein auch Urteile des BGer 2C_512/2023 vom 5. Juni 2024 E. 5.2; 8C_18/2024 und 8C_16/2024 vom 9. Juli 2024 E. 6.3.2). Dies umso mehr als sie, wie erwähnt, explizit auf die Pflicht zur Zeiterfassung hingewiesen worden war (vorstehend E. 6.2.1).

Hieran könnte auch eine Befragung nichts ändern, welche die Abgabe der entsprechenden Auskunft bestätigen würde. Nach dem Gesagten kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine Vertrauensgrundlage berufen, unabhängig davon, ob die behauptete Auskunft in Form einer Zusicherung erfolgte oder nicht. Entsprechend kann in antizipierter Beweiswürdigung auf die verlangte Befragung der Mitarbeiterin der Arbeitslosenkasse verzichtet werden.

Abgesehen davon könnten wegen des relativ langen Zeitablaufs – die behauptete Auskunft erfolgte angeblich vor mittlerweile drei Jahren – von der Befragung keine gesicherten Erkenntnisse über Einzelheiten des Gesprächsverlaufs erwartet werden (vgl. Urteil des EVG U 26/00 vom 21. August 2001 E. 1b des BVGer C-3910/2021 vom 6. Februar 2023 E. 7.3.5). Praxisgemäss wäre "eine nicht schriftlich belegte telefonische Auskunft zum Beweis von vornherein kaum geeignet" (BGE 143 V 341 E. 5.3.1; vgl. auch Urteile des BGer 8F_6/2013 vom 25. Juni 2013 E. 2; 2C_842/2009 vom 21. Mai 2010 E. 3.2; 2C_728/2009 vom 15. März 2010 E. 3.2 m.w.H.). Selbst im Falle da man eine Vertrauensgrundlage trotz erkennbarer Unzuständigkeit, offensichtlich unzureichenden Unterlagen und erkennbarer Unrichtigkeit der Auskunft bejahen möchte, wäre auch deswegen in antizipierter Beweiswürdigung auf die verlangte Befragung der Kassenmitarbeiterin zu verzichten (vgl. BGE 144 V 361 E. 6.5; 136 I 229 E. 5.3).

6.3 Der Beschwerdeführerin gelingt es aufgrund der Nichterfüllung mehrerer der kumulativ zu erfüllenden Kriterien des Vertrauensschutzes (vorstehend E. 5.3) nicht, die diesbezüglichen strengen Anforderungen der Praxis zu erfüllen.

7.

Insgesamt verletzt die Verfügung der Vorinstanz auf Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 132'758.– kein Bundesrecht. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen.

Ein (allenfalls auch nur teilweiser) 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]; vgl. Urteile des BVGer B-2421/2023 vom 5. Juni 2024 E. 9.2; B 4895/2023 vom 19. April 2024 E. 5.5). Die Entscheidung darüber fällt nicht in die Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts und die Frage ist dementsprechend nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. Urteil des BVGer B-2909/2012 vom 3. September 2013 E. 6.5).

8.

8.1 Beschwerdeverfahren vor Bundesverwaltungsgericht betreffend den Vollzug des AVIG sind kostenpflichtig, selbst wenn es dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder die Verweigerung von Sozialversicherungsleistungen geht (Urteile des BVGer B-823/2023 vom 18. Januar 2024 E. 10.1; B-3974/2022 vom 13. November 2023 E. 7.1 m.w.H.). Weil die Beschwerdeführerin unterliegt, hat sie die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) sind diese in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4bis VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 3'500.– festzusetzen.

8.2 Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Der Antrag der Vorinstanz, die Beschwerde nicht nur unter Kosten-, sondern auch unter Entschädigungsfolgen abzuweisen, dringt nicht durch. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE), unabhängig davon ob sie sich anwaltlich vertreten lässt oder nicht.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF und wird der zuständigen Arbeitslosenkasse auszugsweise mitgeteilt.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Francesco Brentani

Benjamin Märkli

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: 28. August 2024

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. (...); Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Dieses Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons Appenzell Ausserrhoden (auszugsweise; A-Post)