



## **Urteil vom 18. Januar 2024**

---

Besetzung

Richterin Mia Fuchs (Vorsitz),  
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Francesco Brentani,  
Gerichtsschreiber Pascal Sennhauser.

---

Parteien

**A. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch die Rechtsanwälte  
Dr. iur. Alex Ertl und/oder MLaw Caroline Hasler,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,**  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung.

**Sachverhalt:****A.**

Die A. \_\_\_\_\_ AG (ehemals: Aa. \_\_\_\_\_ AG) mit Sitz in (...) bezweckt den Betrieb eines Hotels und Restaurantbetriebes sowie den Verkauf von Lebensmitteln und Handel mit Waren aller Art.

**A.a** Sie machte gegenüber der Arbeitslosenkasse des Kantons (...), (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) für die Zeiträume März bis Mai 2020 sowie Dezember 2020 bis Oktober 2021 Kurzarbeitsentschädigung geltend. Diese richtete in der Folge Zahlungen in Höhe von Fr. 253'704.65 aus.

**A.b** Am 30. August 2022 führte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO eine Arbeitgeberkontrolle bei der A. \_\_\_\_\_ AG durch.

**A.c** Mit Revisionsverfügung vom 25. Oktober 2022 kam das SECO zum Schluss, die A. \_\_\_\_\_ AG habe Kurzarbeitsentschädigung in Höhe von Fr. 198'119.05 unrechtmässig bezogen und ordnete die Rückzahlung des Betreffnisses an die Arbeitslosenkasse an.

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, für die im Stundenlohn auf Abruf flexibel eingesetzten Arbeitnehmenden Xa. \_\_\_\_\_ sowie Xb. \_\_\_\_\_ bestehe für die Monate März bis Mai 2020, für Xc. \_\_\_\_\_ für die Monate März und April 2020 und für Xd. \_\_\_\_\_ sowie Xe. \_\_\_\_\_ für den Monat März 2020 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, weil sie vor der Einführung der Kurzarbeit noch nicht mindestens sechs Monate in der Firma angestellt gewesen seien. Zudem würden die geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigungen für Zeiten, an denen Mitarbeitende arbeiteten oder infolge Ferien arbeitsabwesend waren und nicht wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle erlitten, aberkannt. Die für die Monate April 2020, Mai 2020 sowie Januar 2021 geltend gemachten Ausfallstunden würden sodann lediglich um einen halben Feiertag gekürzt, weil die Arbeitnehmenden gemäss dem GAV für das Gastgewerbe einen Anspruch von 0.5 Feiertagen pro Monat hätten.

Weiter seien die Arbeitsausfälle von Xf. \_\_\_\_\_ und Xg. \_\_\_\_\_ ab Januar 2021 aufgrund der fehlenden Arbeitszeitkontrolle nicht überprüfbar. Ebenfalls nicht überprüfbar seien die Arbeitsausfälle im Januar 2021 von Xh. \_\_\_\_\_ sowie Xi. \_\_\_\_\_, da von diesen beiden Arbeitnehmenden je zwei nicht übereinstimmende Arbeitszeiterfassungen vorhanden seien. Die geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigungen würden aberkannt.

Infolge fehlender bzw. nur für einen Teil des Monats vorhandenen Arbeitszeiterfassungen ebenfalls nicht überprüfbar seien die Arbeitsausfälle sämtlicher übrigen Arbeitnehmenden ab dem 1. April 2021. Ab diesem Zeitpunkt liege keine fortlaufend geführte Arbeitszeitkontrolle mit den effektiv geleisteten Arbeitsstunden vor. Die ab diesem Datum geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigungen würden vollumfänglich aberkannt.

Zu den anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden gehöre auch Xj.\_\_\_\_\_, auch wenn sie keine Ausfallstunden zu verzeichnen gehabt habe. Für sie seien dementsprechend die Sollstunden und der Verdienst bei der Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung im Monat Januar in der *"Summe Sollstunden insgesamt aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden"* und in der *"AHV-pflichtigen Lohnsumme aller anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden"* einbezogen. Dadurch falle der prozentuale wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall tiefer aus, hingegen erhöhe sich die Lohnsumme als Grundlage für die Berechnung der Kurzarbeitsentschädigung.

Der Arbeitsausfall im Januar 2021 sei nicht anrechenbar, da er nicht mindestens 10% der Arbeitsstunden ausmache, die von den Arbeitnehmenden des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden. Er werde vollumfänglich aberkannt.

## **B.**

Mit Einspracheentscheid vom 10. Januar 2023 wies das SECO die am 24. November 2022 erhobene Einsprache der A.\_\_\_\_\_ AG ab und bestätigte die verfügte Rückforderung an die Arbeitslosenkasse im Umfang von Fr. 198'119.05.

## **C.**

Gegen diesen Entscheid hat die A.\_\_\_\_\_ AG (Beschwerdeführerin) mit Eingabe vom 9. Februar 2023 Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren erhoben:

- "1. Es sei festzustellen, dass der Einspracheentscheid des SECO zur Revisionsverfügung (...) vom 10. Januar 2023 in Sachen Aa.\_\_\_\_\_ AG [heute: A.\_\_\_\_\_ AG] nichtig ist. Es sei die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
2. Eventualiter sei der Einspracheentscheid des SECO zur Revisionsverfügung (...) vom 10. Januar 2023 in Sachen Aa.\_\_\_\_\_ AG [heute: A.\_\_\_\_\_ AG] aufzuheben und der Rückforderungsbetrag von CHF 198'119.05 auf CHF 18'526.40 zu reduzieren.

3. Subeventualiter sei der Einspracheentscheid des SECO zur Revisionsverfügung (...) vom 10. Januar 2023 aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz."

**D.**

Mit Vernehmlassung vom 18. April 2023 beantragt das SECO (Vorinstanz) die kostenfällige Abweisung der Beschwerde.

**E.**

Mit Replik vom 12. Juni 2023 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest.

**F.**

Ebenso hält die Vorinstanz mit Duplik vom 27. Juli 2023 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest.

**G.**

Am 21. August 2023 hat die Beschwerdeführerin unaufgefordert eine Stellungnahme zur Duplik der Vorinstanz vom 27. Juli 2023 eingereicht.

**H.**

Mit Verfügung vom 22. August 2023 hat die Instruktionsrichterin der Vorinstanz ein Doppel der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 21. August 2023 zur Kenntnis zugestellt.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 132.32) als Beschwerdeinstanz Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021). Der Entscheid der Vorinstanz vom 10. Januar 2023 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG dar. Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 33 Bst. d VGG sowie Art. 101 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni

1982 [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0]). Es liegt keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vor.

**1.2** Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Vorbehalten bleiben nach Art. 3 Bst. d<sup>bis</sup> 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 hat am Vorverfahren teilgenommen und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung zur Beschwerde legitimiert, zumal sie auch ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung beziehungsweise Änderung der Verfügung geltend zu machen vermag (vgl. Art. 59 ATSG und Art. 48 Abs. 1 VwVG).

**1.4** Eingabefrist sowie Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 60 Abs. 1 ATSG; Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Beschwerdeführerin hat den Kostenvorschuss fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG).

**1.5** Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehlern bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG).

## **3.**

**3.1** Die Parteien haben im Verwaltungsverfahren und im verwaltungsgewärtlichen Verfahren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG). Dieses beinhaltet als Teilgehalt die Begründungspflicht. Diese verpflichtet die Behörde, ihren Entscheid zu begründen und dabei die Vorbringen der beteiligten Personen tatsächlich zu hören, zu prüfen und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen (BGE 134 I 83 E. 4.1

m.H.; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER/MARTIN KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.103 m.H.). Nach gefestigter bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die Begründung so abgefasst sein, dass die betroffene Person erkennen kann, warum die Behörde in einem bestimmten Sinn entschieden hat, sodass sie den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann (BGE 133 III 439 E. 3.3 m.H.). Dafür ist unabdingbar, dass sie und die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinne sind wenigstens kurz die Überlegungen zu erwähnen, von denen sich die Behörde leiten lässt und auf welche sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 142 I 135 E. 2.1; BGE 137 II 266 E. 3.2; BGE 129 I 232 E. 3.2; BVGE 2018 IV/5, E. 10; BVGE 2013/46 E. 6.2.5 je m.H.). Umso strengere Anforderungen sind an die Begründung zu stellen, je grösser der den Behörden eingeräumte Ermessensspielraum ist und je vielfältiger die tatsächlichen Voraussetzungen sind, die bei der Betätigung des Ermessens zu berücksichtigen sind (vgl. BGE 129 I 232 E. 3.3). Nicht erforderlich ist, dass sich die Vorinstanz mit allen tatbestandlichen Behauptungen und rechtlichen Einwänden der beschwerdeführenden Partei auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt, soweit für diese ersichtlich ist, warum die Vorinstanz entsprechend verfügt hat. Sie kann sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. BGE 143 III 65 E. 5.2; BGE 136 V 351 E. 4.2; BVGE 2012/23 E. 6.1.2).

## **3.2**

**3.2.1** Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe mit ihrer Einsprache gegen die Revisionsverfügung eine sehr ausführlich begründete Rechtschrift erstellt, mit welcher sie zu den Beanstandungen der Vorinstanz in deren Revisionsverfügung Stellung bezogen habe. Diese habe es allerdings im darauffolgenden Einspracheentscheid unterlassen, sich damit auseinanderzusetzen, ob die Beschwerdeführerin im Zeitraum April bis Oktober 2021 eine rechtsgenügende Zeiterfassung geführt habe. Dabei habe sie in ihrer Einsprache sehr detailliert und ausführlich begründet, weshalb eine solche vorläge. Die Vorinstanz sei im angefochtenen Einspracheentscheid in keiner Weise auf diese Begründung eingegangen (Beschwerde, Rz. 9 f.). Die Beschwerdeführerin habe der Vorinstanz den Aufbau und die Funktionsweise des Arbeitszeiterfassungssystems mit akribischer Genauigkeit erläutert (Beschwerde, Rz. 17): Sie habe in der Einsprache aufgezeigt, dass die effektiven Arbeitszeiten separat zu den Schichtplanungszeiten ausgewiesen würden (Beschwerde, Rz. 42). Auch habe sie die automatischen und manuellen Abläufe des elektronischen Schichtplanungs-

und Arbeitszeiterfassungssystem im Detail erläutert (Beschwerde, Rz. 47). Dennoch habe die Vorinstanz im Einspracheentscheid lediglich sehr allgemein festgehalten, das System erfülle die Anforderungen einer rechtsgenügelichen Arbeitszeiterfassung nicht, da es lediglich die im Voraus geplanten Arbeitszeiten der Mitarbeitenden und zudem keine Absenzen enthielte (Beschwerde, Rz. 18), ohne zu erläutern, wie sie zu diesem Schluss komme (Beschwerde, Rz. 16; Replik, Rz. 11). Die Vorinstanz habe es damit insbesondere hinsichtlich des Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystem pflichtwidrig unterlassen, zu den sachrelevanten Vorbringen Stellung zu nehmen (Replik, Rz. 11). Damit verletze sie den Anspruch auf rechtsgenügeliche Begründung einer Verfügung und somit den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör; der Einspracheentscheid erweise sich damit als nichtig (Beschwerde, Rz. 19, 27 ff.; Replik, Rz. 11).

**3.2.2** Die Vorinstanz entgegnet, sie habe in der Revisionsverfügung die getätigten Beanstandungen mittels entsprechender Beilagen aufgezeigt. Im Einspracheentscheid habe sie auf die Revisionsverfügung Bezug genommen und festgehalten, dass es an einer Anspruchsvoraussetzung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung fehle, wenn sich die gearbeiteten Stunden und die geltend gemachten wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle nicht hinreichend kontrollieren liessen. Sie habe feststellen müssen, dass die Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle anhand des Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystem der Beschwerdeführerin nicht innert angemessener Frist überprüfbar sei (Vernehmlassung, Ziff. III.2). Ihre Überlegungen und Beanstandungen stützten sich auf die sichergestellten Dokumente. Die Begründung des Rückforderungsanspruchs sei nicht einfach pauschal erfolgt. Die anlässlich der Arbeitgeberkontrolle gesammelten Dokumente hätten eine durchaus überzeugende Grundlage gebildet, um die Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle als nicht nachvollziehbar zu erachten (Vernehmlassung, Ziff. IV). Zudem seien für den Monat April 2021 Arbeitszeiterfassungen gefunden und sichergestellt worden, welche klar von jenen im Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystem divergierten (Duplik, Ziff. II, Ad Rz. 9-12, S. 2).

**3.3** Im angefochtenen Einspracheentscheid legt die Vorinstanz dar, dass sie beziehungsweise bereits die Inspektoren sich eingehend mit dem Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystem auseinandergesetzt hätten, dass es nicht glaubwürdig sei, die Arbeitnehmenden hätten immer exakt in den geplanten Blockzeiten gearbeitet, ohne dass es zu Abweichungen gekommen wäre, und dass aus dem System keinerlei Absenzen hervorgehen würden. Die effektiv geleisteten Arbeitsstunden könnten

diesem System damit nicht entnommen werden. Sie bezieht in ihrem Entscheid die geltende Rechtsprechung mit ein und verweist zudem auf die entscheidenden Beanstandungspunkte in der Revisionsverfügung sowie auf die dafür ausschlaggebenden Unterlagen. Die Beschwerdeführerin konnte sich damit vom vorgeworfenen Sachverhalt, wonach es ihrer Arbeitszeiterfassung an der Kontrollierbarkeit mangle, ein genügend klares Bild machen und wie ihre Beschwerde aufzeigt, den Einspracheentscheid sachgerecht anfechten. Eine Verletzung der Begründungspflicht ist damit nicht auszumachen. Auf die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen ist, die Beschwerdeführerin habe im Zeitraum April 2021 bis Oktober 2021 keine rechtsgenüßliche betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt, ist nachfolgend im Rahmen der materiellen Prüfung einzugehen (s. E. 5-7 nachstehend).

#### **4.**

Die von der Vorinstanz verfügte Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung stützt sich auf verschiedene Beanstandungen, welche die Perioden März bis Mai 2020, Januar 2021 sowie April bis Oktober 2021 betreffen (vgl. Sachverhalt, Bst. A.c. und Revisionsverfügung, Ziff. 3.1-3.6 sowie die Zusammenfassung der Beanstandungen nach Abrechnungsperiode in deren Beilagen 1 und 7). Mit dem angefochtenen Einspracheentscheid vom 10. Januar 2023 wurde die dagegen erhobene Einsprache vollumfänglich abgewiesen. In ihrer Beschwerde vom 9. Februar 2023 anerkennt die Beschwerdeführerin explizit die Rückforderung der für die Monate März bis Mai 2020 sowie für den Januar 2021 erhaltenen Kurzarbeitsentschädigungen (Beschwerde, Rz. 161 f.; vgl. die Beanstandungen in der Revisionsverfügung, Ziff. 3.1-3.3). Sie wendet sich ausschliesslich gegen die Rückforderung der für April bis Oktober 2021 bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen (vgl. Revisionsverfügung, Ziff. 1.4 und 3.4) und beantragt entsprechend, der Rückforderungsbetrag sei auf Fr. 18'526.40 zu reduzieren (Rechtsbegehren 2; Beschwerde, Rz. 164; vgl. Revisionsverfügung, Beilage 7).

#### **5.**

**5.1** Die Vorinstanz begründet die Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung für die noch umstrittenen Monate April bis Oktober 2021 mit geltend gemachten Mängeln an der Arbeitszeiterfassung. Insbesondere erweise sich diese als nicht kontrollierbar. Schon vom 1. bis 15. April 2021 sei für die meisten Arbeitnehmenden keine Arbeitszeiterfassung mehr vorhanden gewesen (Revisionsverfügung, Ziff. 1.4). In diesem Zeitraum hätten die Mitarbeitenden gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin ihre

Arbeitszeiten noch in der (...) -App erfasst. Beim Export der Daten habe sie lediglich die Summe der täglich geleisteten Arbeitszeiten der Mitarbeitenden, nicht auch deren Lage exportieren können. Die Daten wären von (Anbieter der App) mittlerweile gelöscht worden, da die Beschwerdeführerin die App gekündigt habe. Deshalb sei nicht nachzuvollziehen, woraus diese dann die hinreichende Kontrollierbarkeit der Arbeitszeiterfassung erkenne (vgl. Vernehmlassung, Ziff. VI.11 Ad Ziff. 99-108, S. 7 f.).

Ab dem 16. April 2021 habe der Betrieb ein Arbeitszeitreglement eingeführt, gemäss welchem die Arbeitszeiten jeweils zwei Wochen im Voraus für einen Zeitraum von zwei Wochen festgelegt worden seien. Dabei seien Blockzeiten für die verschiedenen Arbeitsbereiche festgelegt worden. Abweichungen von den Arbeitszeiten hätten vorgängig schriftlich beantragt sowie bewilligt werden müssen. Diese Arbeitsplanung habe die bis dahin geltende Arbeitszeiterfassung ersetzt (Revisionsverfügung, Ziff. 1.4; vgl. Duplik, Ziff. II, Ad Ziff. 48-57, S. 4 f.). Das ab diesem Datum eingeführte Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystem der Beschwerdeführerin erfülle die Anforderungen an eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung nicht, da es lediglich die geplanten Blockzeiten und keine Absenzen enthalte. Die effektiv geleisteten Arbeitsstunden gingen daraus nicht hervor (Einspracheentscheid, S. 3; vgl. die Beanstandung "*ab 16.4.21 lediglich Arbeitsplanung mit Blockzeiten*" bei den betroffenen Mitarbeitenden in Revisionsverfügung, Beilage 1, S. 2 f.). Arbeitszeitkontrollen für Arbeitnehmende mit uniform gleichen Arbeitszeiten könnten weder glaubhaft sein, noch könnten sie den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen (Vernehmlassung, Ziff. VI.13, S. 8; vgl. Duplik, Ziff. II, Ad Ziff. 16-17, S. 3). Die Beschwerdeführerin spreche die offensichtliche Unzuverlässigkeit des Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystems selbst an, indem sie zugestehe, dass "gewisse Fehler" nach der Umstellung vom manuellen zum elektronischen Zeiterfassungssystem nicht hätten verhindert werden können (Vernehmlassung, Ziff. VI.13, S. 8). Sie vermöge die Unzuverlässigkeit des Systems nicht zu bestreiten (Duplik, Ziff. II, Ad Ziff. 48-57, S. 5).

**5.2** Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, vom 1. bis zum 15. April 2021 hätten die Mitarbeitenden ihre Arbeitszeiten mit der App von (Anbieter der App) erfasst (vgl. Beschwerde, Rz. 101). Sie habe vor Ablauf des Abonnements bei (Name der App) die erfassten Arbeitszeiten der Mitarbeitenden exportiert, dabei allerdings lediglich die Summe der täglich geleisteten Arbeitszeiten der Mitarbeitenden herausziehen können, nicht auch deren Lage (Beschwerde, Rz. 106). Die Datei befinde sich auf dem beiliegenden USB-Stick und sei der Vorinstanz im Rahmen der Betriebskontrolle

ebenfalls ausgehändigt worden (vgl. zum Speicherort Beschwerde, Rz. 101-103). Da (Anbieter der App) die Daten nach erfolgter Kündigung des Abonnements gelöscht habe, offeriere sie alternativ als Beweismittel die Zeugnisse Xk. \_\_\_\_\_s von (Anbieter der App) und XI. \_\_\_\_\_s der Y. \_\_\_\_\_ AG sowie einen Augenschein eines YouTube-Videos zur Zeiterfassung mit (Name der App) (Beschwerde, Rz. 107). Die Aussage der Vorinstanz, wonach keine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung geführt worden sei, treffe somit nicht zu. Das Gericht werde ersucht, hinsichtlich der Beweiserbringung eine gewisse Milde walten zu lassen, da sie die Lage der Arbeitszeiten nicht habe exportieren können und die Daten von (Anbieter der App) mittlerweile gelöscht worden seien (Beschwerde, Rz. 108).

Per 16. April 2021 habe sie zusammen mit dem neuen Arbeitszeitreglement ihr neues Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystem eingeführt (Beschwerde, Rz. 97). Dabei treffe es nicht zu, dass ab diesem Datum nur fixe Arbeitszeiten vorlägen (Beschwerde, Rz. 100). Das im April 2021 eingeführte Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystem bilde die effektiven und des Öfteren unregelmässigen Arbeitszeiten der Mitarbeitenden ab (Beschwerde, Rz. 121). Naturgemäss könnten bei grösseren Umstellungsprozessen gewisse Unregelmässigkeiten in den Arbeitszeiterfassungen nur schwer verhindert werden, was sich vorliegend in den Zeiterfassungen der Mitarbeiterinnen Xm. \_\_\_\_\_, Xn. \_\_\_\_\_ und Xo. \_\_\_\_\_ zeige. Bezüglich dieser anerkenne sie, dass für April 2021 widersprüchliche Zeiterfassungen vorlägen und dementsprechend kein Arbeitsausfall bestimmt werden könne (vgl. Beschwerde, Rz. 98, 120 f.). Es wäre aber unverhältnismässig, aus einigen fehlerhaften Zeiterfassungen im April 2021 zu folgern, dass das System nicht in der Lage wäre, die effektiven Arbeitszeiten der Mitarbeitenden korrekt abzubilden (vgl. Beschwerde, Rz. 121). Auf dem mit der Beschwerde eingereichten USB-Stick seien diejenigen elektronischen Beilagen gespeichert, die auch der Vorinstanz im Rahmen der Betriebskontrolle vom 30. August 2022 zur Verfügung gestanden seien (Beschwerde, Rz. 12; Beilage A). Die Beschwerdeführerin habe den Inspektoren diese Unterlagen zu Beginn der Kontrolle übergeben. Damit hätten diese sämtliche relevanten Unterlagen erhalten, um eine ordnungsgemässe Kontrolle durchführen zu können (Beschwerde, Rz. 68). Zu beachten sei, dass die Übertragung der Daten aus den verschiedenen Modulen des Arbeitszeiterfassungssystems keine nachträgliche Erstellung einer Arbeitszeiterfassung darstelle (Beschwerde, Rz. 127). Es sei weder von Gesetz noch Rechtsprechung gefordert, dass die Arbeitszeiterfassung in einem einzigen Dokument erfasst werden bzw. ersichtlich sein müsse (Beschwerde, Rz. 130).

Zur Funktionsweise des Arbeitszeiterfassungssystems führt sie – mit Verweis auf die Ausführungen in der Einsprache – Folgendes aus (Beschwerde, Rz. 124-127; 145 ff.): Als Grundlage für die gesamte Schichtplanung und Arbeitszeiterfassung habe eine Excel-Datei ("*V02 2021-Schichtplanung*") gedient, welche in vier separaten Mappen die Abteilungen der Beschwerdeführerin (Housekeeping, Küche, Reception, Service) abgebildet habe (Beschwerde, Rz. 147 f.). Die Mitarbeitenden seien informiert worden, dass sie ihre effektiv geleisteten Arbeitszeiten melden müssten, sollte es zu Abweichungen von der geplanten Schicht gekommen sein (Beschwerde, Rz. 149). Die Abteilungsleiter wiederum seien täglich aufgefordert worden, die effektiven Arbeitszeiten ihrer Mitarbeitenden vom Vortag in der Excel-Datei nachzutragen und bei Bedarf den kommenden Schichtplan anzupassen (Beschwerde, Rz. 149). Nach der Erfassung allfälliger Abweichungen der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit der Mitarbeitenden hätten sie durch einen Klick auf den Button "*Approved*" bestätigt, dass die ursprünglichen Schichtpläne der einzelnen Mitarbeitenden der effektiv geleisteten Arbeitszeit entsprochen hätten (vgl. Beschwerde, Rz. 149). Die Datei "*V02 2021-Schichtplanung*" bilde nebst den Schichtplänen bzw. den zukünftigen Arbeitseinsätzen sämtliche effektiven Arbeitszeiten der Mitarbeitenden in der Vergangenheit ab. Da die Absenzen der Mitarbeitenden (infolge Ferien, Militärdienst, Mutterschaftsurlaub etc.) aus technischen Gründen nicht in der Excel-Datei "*V02 2021-Schichtplanung*" hätten erfasst werden können, habe die Beschwerdeführerin diese in der Excel-Datei "*Ferienplanung (...) 2021*" erfasst (vgl. Beschwerde, Rz. 125, 150). Ein weiterer Teil des Arbeitszeiterfassungssystems hätten Absenzen von Mitarbeitern infolge Krankheit, Unfall etc. gebildet, welche separat – in den Personaldossiers – geführt worden seien (vgl. Beschwerde, Rz. 126, 150). Vor der Einreichung der Ausfallstunden bei der Arbeitslosenkasse habe XI. \_\_\_\_\_ die Daten aus den verschiedenen Modulen der Arbeitszeiterfassung zusammengeführt: die effektiv geleisteten Arbeitszeiten der Excel-Datei "*V02 2021-Schichtplanung*" und die Absenzen infolge Ferien (aus den entsprechenden Dateien mit der Ferienplanung) oder anderen Gründen (Krankheit, Unfall etc.) aus den Personaldossiers der Mitarbeitenden. Die erfassten Daten habe er dann manuell in die sogenannten Stunden-/Monatsblätter übertragen (Beschwerde, Rz. 126). Anschliessend habe er diese Schichtpläne eines Monats pro Abteilung in einem einzigen Dokument gespeichert. Diese seien in dieser Form der Arbeitslosenkasse eingereicht worden (vgl. Beschwerde, Rz. 126).

## 6.

**6.1** Die Kurzarbeit ist im Arbeitslosenversicherungsgesetz geregelt, das durch die Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02) konkretisiert wird. Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG Arbeitnehmende, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (Bst. a), der Arbeitsausfall anrechenbar (Art. 32 AVIG; Bst. b), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt (Bst. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Bst. d). Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall gemäss Art. 32 Abs. 1 AVIG, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Bst. a) und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmenden des Betriebs normalerweise insgesamt geleistet werden (Bst. b). Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben u.a. Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG).

**6.2** Im Rahmen der Corona-Pandemie ist der Bundesrat zulässigerweise punktuell von dieser Regelung abgewichen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.5). Einschlägig in diesem Zusammenhang ist insbesondere die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung. Diese konnte vom bestehenden System, wie es die Art. 31 ff. AVIG festlegen, abweichen und führte im entsprechenden Umfang auch dazu, dass unter Umständen von der zu diesem System entwickelten Praxis abzuweichen ist (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.3.1). Dabei ist aber – vor allem aufgrund der in der Verordnung angewandten Regelungstechnik, die für jede Abweichung die derogierte Gesetzesbestimmung explizit nennt, – davon auszugehen, dass der Bundesrat grundsätzlich am vorbestehenden System festhalten wollte und eine Abweichung nur soweit erfolgen soll, als dies eine Verordnungsbestimmung so vorsieht (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1 und 4.5). 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, doch mussten (auch) sie 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).

### **6.3**

**6.3.1** Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus, wobei der Arbeitgeber die entsprechenden Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b Abs. 1 und 2 AVIV). Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (vgl. Urteil des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Die Beweislast für den Arbeitsausfall obliegt dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteile des BGer 8C\_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 2.3 in fine; 8C\_334/2013 vom 15. November 2013 E. 2). Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, die genauen Arbeitszeiten der einzelnen Arbeitnehmer jederzeit möglichst zuverlässig feststellen zu können. Dies entbindet die Verwaltung aber nicht davon, dem Betrieb bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle Gelegenheit zu geben, die Zweifel zu entkräften. Indessen liegt es nicht an der Behörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede zur Kurzarbeit angemeldete Person individuell zu beweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten (vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteile des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4 und B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1).

**6.3.2** Dem Erfordernis der rechtsgenügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle wird ausschliesslich mit einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan (vgl. Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2; Urteil des EVG C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4). Ein geltend gemachter Arbeitsausfall ist erst dann genügend kontrollierbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag überprüfbar ist (vgl. Urteil des EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a). Fehlen geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitznachweis, können diese nicht durch nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmer oder anderer Personen ersetzt werden (vgl. Urteil des BGer 8C\_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 4.2.2 m.w.H.).

**6.3.3** Unter einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung versteht man ein System, bei welchem die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag und Arbeitnehmer in hinreichend verlässlichen Belegen wie

Zeiterfassungskarten, Stunden-, Regie- oder Reiserapporten stetig festgehalten werden (vgl. Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Die gearbeiteten Stunden können elektronisch, mechanisch oder von Hand erfasst werden. Wesentlich ist allein, dass die Dokumentierung ausreichend detailliert ist und zeitgleich erfolgt (vgl. Urteil des BGer 8C\_681/2021 vom 23. Februar 2022 E. 3.3 m.H.; Urteil des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1). Zeitgleich ist eine Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nachträglich nicht beliebig abgeändert werden können, ohne dass dies vermerkt wird (vgl. Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst nachträglich erstellt wurden (vgl. Urteile des EVG C 64/04 vom 19. August 2004 E. 2.1 und C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2). Eine im Nachhinein präsentierte Zusammenstellung der angeblich tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden stellt kein adäquates Mittel zur Kontrolle des Arbeitsausfalls dar, weil es ihr am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung fehlt (vgl. Urteil des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1; zum Ganzen auch Urteil des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4). Ebenfalls nicht ausreichend ist nach der Praxis der blosse Hinweis auf fixe Arbeitszeiten, die von den Arbeitnehmenden einzuhalten gewesen und auch eingehalten worden seien. In der Situation der Kurzarbeit ist es geradezu wahrscheinlich, dass an einzelnen Tagen mehr oder weniger gearbeitet wird, um Restarbeiten zu verhindern (vgl. Urteile des BVGer B-5990/2020 vom 24. Juni 2021 E. 3.5.1 und B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 6.2.2 m.H.). Auch bei fixen Arbeitszeiten muss daher die effektiv gearbeitete Zeit erfasst werden, um glaubhaft darzulegen, inwiefern ein Arbeitsausfall vorhanden ist (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1 m.H.).

**6.3.4** Entscheidend ist sodann die jederzeitige Kontrollierbarkeit: Eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung muss sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten jedes Arbeitnehmenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall machen können (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2). Nachträglich eingereichte Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können; andernfalls würde die vom Gesetz auferlegte Kontrollaufgabe der Verwaltung ihres Sinnes beraubt werden (Urteile des BVGer B-2279/2021 vom 14. Juni 2023 E. 2.4; B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3 m.H.). Es wird somit eine hohe beweismässige Hürde an den Beleg der Authentizität der

Dokumente angelegt, welcher der Beschwerdeführerin obliegt (vgl. Urteile des BVGer B-5851/2020 E. 2.2.5; B-741/2020 E. 4.3.5). Von den Anforderungen des Art. 46b AVIV als formeller Beweisvorschrift darf nur dann abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, d.h. die prozessuale Formenstrenge exzessiv ist, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. Urteil des EVG C 115/06 E. 1.1; BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3; Urteile B-5851/2020 E. 2.2.5; B-741/2020 E. 4.6).

## 7.

**7.1** Zum Zeitraum vom 1.–15. April 2021 führen die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin übereinstimmend aus, es könnten nur die Summe der Arbeitsstunden der einzelnen Mitarbeitenden rekonstruiert werden, nicht aber die Lage der Arbeitszeiten. Damit war es den Inspektoren der Vorinstanz nicht möglich, für jeden Tag die geleisteten genauen Arbeitszeiten der einzelnen Mitarbeitenden zu überprüfen. Für diese Periode liegt somit keine täglich fortlaufende, zeitgleiche Arbeitszeiterfassung vor. Die Beschwerdeführerin hat entgegen ihrer sich aus Art. 46b Abs. 2 AVIV ergebenden Pflicht die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle nicht während fünf Jahren aufbewahrt. Damit erbringt sie den ihr obliegenden Beweis für den Arbeitsausfall (vgl. E. 6.3.1) nicht. Es erübrigt sich, über die von der Beschwerdeführerin alternativ angebotenen Zeugnisse (vgl. E. 5.2) Beweis abzunehmen, da fehlende geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitnachweis nicht durch die nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmenden oder anderer Personen ersetzt werden können (E. 6.3.2). Als von vornherein beweisuntauglich zur Erhebung der Arbeitszeiten der Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin erweist sich sodann ein Augenschein des angeführten YouTube-Videos (vgl. E. 5.2), welches den Vorgang der Zeiterfassung mit (Name der App) im Allgemeinen zum Thema hat.

Nicht zu beanstanden ist damit der Schluss der Vorinstanz, es liege für diesen Zeitraum für die vorliegend relevanten Arbeitnehmenden keine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung vor.

**7.2** Für den Zeitraum ab 16. April 2021 (ab Einführung des neuen Arbeitszeitreglements zusammen mit dem neuen Schichtplanungs- und Arbeitszeiterfassungssystem) liegt keine konsolidierte Arbeitszeiterfassung vor, welcher sich die täglich geleisteten Arbeitszeiten der einzelnen Mitarbeitenden pro Tag entnehmen liessen. Das Arbeitszeiterfassungssystem setzte sich gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin

zusammengefasst aus folgenden Teilen zusammen: Als Grundlage habe die Excel-Datei "*V02 2021-Schichtplanung*" (im Folgenden: Schichtplanung) mit den täglichen effektiven Arbeitszeiten der einzelnen Mitarbeitenden gedient. Diese sei manuell mit den – separat erfassten – Absenzen in den Dateien mit den geplanten Absenzen infolge Ferien (im Folgenden: Ferienplanung) sowie weiteren in den jeweiligen Personalakten dokumentierten Absenzen infolge Krankheit, Unfall etc. (im Folgenden: weitere Absenzen) zusammengeführt und in die für jeden Monat zusammengestellten Stunden-/Monatsblätter (im Folgenden: eingereichte Schichtpläne) übertragen worden. Erst aus diesen ergäben sich die effektiven Arbeitszeiten und die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden (zum Ganzen E. 5.2).

Es ergibt sich aus den Akten, dass die Datei "*V02 2021-Schichtplanung*" (Speicherort *202208-Inspektion SECO – Aa. \_\_\_\_\_ AG – 2021-Schichtplan – V02 2021-Schichtplan – V02 2021-Schichtplanung.xlsm*), wie sie gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin den Inspektoren anlässlich der Arbeitgeberkontrolle übergeben wurde, vier Mappen (Service, Küche, Housekeeping und Réception) enthält und dabei jeweils Einträge für den Zeitraum vom 1. Oktober 2021 bis zum 11. Februar 2022 (Service und Küche) respektive bis zum 10. Februar 2022 (Housekeeping und Réception) und damit nur für einen Teil des streitgegenständlichen Zeitraums (April bis Oktober 2021, vgl. E. 4) aufweist. In ihrer Einsprache führte die Beschwerdeführerin dazu denn auch aus, es habe sich bei der anlässlich der Arbeitgeberkontrolle übergebenen Datei nur um einen Teil der "Mutter"-Datei gehandelt, mit welcher sie die fortlaufende Schichtplanung und die Arbeitszeiterfassung der Mitarbeitenden getätigt habe. Die vollständige "Mutter"-Datei sei sehr gross gewesen, weshalb es nicht praktikabel gewesen sei, diese den Inspektoren des SECO anlässlich der Inspektion zu übergeben. Der Teil der Datei habe den Inspektoren lediglich veranschaulichen sollen, wie diese "Mutter"-Datei ausgesehen und funktioniert habe (Einsprache, Rz. 42 f.). Erst mit der Beschwerde vor Bundesverwaltungsgericht reicht die Beschwerdeführerin elektronisch – zusammen mit einer Kopie der erwähnten Datei – die Dateien zur Schichtplanung in den Monaten April bis September 2021 ein (Speicherort *V02 2021-Schichtplanung*; Dateien *V02 2104-2106-Schichtplanung.xlsm*, *V02 2107-Schichtplanung.xlsm*, *V02 2108-2109-Schichtplanung.xlsm* und *V02 2110-2202-Schichtplanung.xlsm*). Wie dargelegt, setzt die jederzeitige Kontrollierbarkeit einer Arbeitszeitkontrolle voraus, dass sich eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung jederzeit anhand der verfügbaren Unterlagen ein klares Bild über die genauen Arbeitszeiten aller Arbeitnehmenden machen kann. Nachträglich eingereichte

Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle wie erwähnt nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können (E. 6.3.4). Bei den von der Beschwerdeführerin erst mit der Beschwerde und damit nachträglich zur Arbeitgeberkontrolle ins Recht gelegten Dateien zur Schichtplanung von April bis September 2021 ist nicht ersichtlich, wann sie erstellt wurden und ebenso wenig, ob und wann welche Änderungen an ihnen vorgenommen wurden. Die nachträglich eingereichten Dateien lassen damit keine Rückschlüsse auf deren Authentizität zu. Diese Dateien können, gestützt auf die dargelegte Rechtsprechung (vgl. E. 6.3.4) für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle, nicht berücksichtigt werden. Damit mangelt es der Schichtplanung zumindest im streitgegenständlichen Zeitraum vom April bis September 2021 an der jederzeitigen Kontrollierbarkeit.

Ferner legt die Beschwerdeführerin nicht dar, weshalb die Schichtplanung nicht beliebig nachträglich abgeändert werden konnte, ohne dass dies vermerkt worden wäre, wie dies für eine täglich fortlaufende, zeitgleiche Arbeitszeiterfassung vorausgesetzt wird (vgl. E. 6.3.3). In ihrer Einsprache führte sie dazu aus, XI.\_\_\_\_\_ habe vor jeder Einreichung des Antrags auf Kurzarbeitsentschädigung die Kongruenz zwischen der Ferien- und der Schichtplanung überprüft. Absenzen von Mitarbeitenden, die zwar in der Ferienplanung erfasst, aus Versehen aber noch nicht in die Schichtplanung übernommen worden seien, seien in der Schichtplanung nachgetragen worden (Einsprache, Rz. 112). Damit ist erstellt, dass die Einträge der Schichtplanung zumindest anlässlich der monatlichen Erstellung der eingereichten Schichtpläne nachträglich abgeändert werden konnten, ohne dass sich aus den Akten ein Hinweis darauf ergibt, dass dies besonders vermerkt worden wäre. Hinzu kommt, dass diese Korrekturen monatlich und nicht täglich fortlaufend getätigt wurden. Es handelt sich bei der Schichtplanung somit aus diesen Gründen entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin um keine täglich fortlaufende, zeitgleiche Arbeitszeiterfassung.

Zur Ferienplanung führte die Beschwerdeführerin in ihrer Einsprache aus, sie habe den Inspektoren des SECO anlässlich der Arbeitgeberkontrolle aus Versehen die Ferienplanung des Jahres 2022 übergeben. Erst mit der Einsprache sei die Ferienplanung 2021 eingereicht worden (vgl. Einsprache, Rz. 47 f.). Die Ferienplanung des streitgegenständlichen Zeitraums April bis September 2021 stand im Zeitpunkt der Inspektion damit nicht zur Verfügung. Bezüglich ihrer Authentizität gilt das soeben zu den Dateien der

Schichtplanung Ausgeführte: Weder ist ersichtlich, wann die Datei mit der Ferienplanung des Jahres 2021 erstellt wurde noch, ob und wann welche Änderungen daran vorgenommen wurden. Deshalb kann die Datei mit der Ferienplanung des Jahres 2021 gestützt auf die dargelegte Rechtsprechung (vgl. E. 6.3.4) für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden. Damit mangelt es auch der Ferienplanung im streitgegenständlichen Zeitraum an der jederzeitigen Kontrollierbarkeit.

Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, welche Arten von Abwesenheiten im Einzelnen unter die in den Personaldossiers separat dokumentierten weiteren Absenzen infolge Krankheit, Unfall etc. (vgl. Beschwerde, Rz. 126) fallen. Damit ist nicht klar, ob und zu welchem Teil es sich dabei um wirtschaftlich bedingte Absenzen handelt. Zu ihnen liegen keinerlei Belege vor und die Beschwerdeführerin bringt auch nicht vor, der Vorinstanz solche eingereicht zu haben. Der sich daraus ergebende Arbeitsausfall ist somit nicht bestimmbar, womit es an einer Anspruchsvoraussetzung für Kurzarbeitsentschädigung fehlt (vgl. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG).

Selbst wenn der Beschwerdeführerin darin zu folgen ist, dass die Arbeitszeiterfassung nicht aus einem einzigen Dokument ersichtlich sein muss (vgl. Beschwerde, Rz. 130), ändert dies nichts daran, dass auch ein aus verschiedenen Teilen zusammengesetztes Arbeitszeiterfassungssystem (respektive dessen einzelne Elemente) insgesamt den Anforderungen an eine rechtsgenügliiche Arbeitszeiterfassung zu genügen hat. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass dies in verschiedentlicher Hinsicht nicht der Fall war: Die Schichtplanung erweist sich für den Zeitraum von April bis September 2021 hinsichtlich der geleisteten Arbeitszeit beziehungsweise der Arbeitsausfälle als nicht jederzeit kontrollierbar und für den gesamten streitgegenständlichen Zeitraum nicht täglich fortlaufend und zeitgleich geführt, die Ferienplanung ebenso als nicht jederzeit kontrollierbar und die weiteren Absenzen als überhaupt nicht bestimmbar. Offen gelassen werden kann bei diesem Ergebnis, ob bei einer aus derart zahlreichen unterschiedlichen Dokumenten bestehenden Arbeitszeiterfassung mit der Komplexität jener der Beschwerdeführerin die jederzeitige Kontrollierbarkeit grundsätzlich bejaht werden könnte, zumal diese voraussetzt, dass sich eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenkasse in-nernt angemessener Frist ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten der Mitarbeitenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall machen kann.

**7.3** Die Vorinstanz ist damit zu Recht zum Schluss gekommen, dass die Voraussetzungen für einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung in der fraglichen Periode (April bis Oktober 2021) nicht erfüllt waren.

## **8.**

**8.1** Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 ATSG); die Kasse fordert sie vom Arbeitgeber zurück (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteile des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2; C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je m.H.; vgl. Urteil des BVer B-664/2017 vom 7. März 2019 E. 2.5, bestätigt durch Urteil des BVer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019).

**8.2** Die Bestimmbarkeit bzw. ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (condition de fond; statt vieler Urteil des BVer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (vgl. Urteil des BVer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). Die Berichtigung ist angesichts des in Frage stehenden Betrags von Fr. 198'119.05 von erheblicher Bedeutung. Daher ist die durch die Vorinstanz verfügte Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Leistungen nicht zu beanstanden.

**8.3** Zuhanden der Beschwerdeführerin ist auf die Möglichkeit eines Erlassgesuchs hinzuweisen. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss diese nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 4 und 5 der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV, SR 830.11]). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen (vgl. für Einzelheiten die Urteile B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 1.5; B-664/2017 vom 7. März 2019 E. 7 sowie das Kreisschreiben des SECO über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso, KS RVEI, Teil C).

## **9.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Einsprache gegen die Rückforderungsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigung im

Umfang von Fr. 198'119.05 zu Recht abgewiesen hat. Die vorliegende Beschwerde ist daher abzuweisen.

## **10.**

**10.1** 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 (Urteile des BVGer B-2279/2021 E. 7; B-5851/2020 E. 7; B-6609/2016 E. 7; B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7 m.H.). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Diese werden ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und mit Blick auf den Verfahrensaufwand und die Schwierigkeit der Streitsache auf Fr. 6'000.– festgesetzt (Art. 63 Abs. 4<sup>bis</sup> VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). Der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

**10.2** Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

(Dispositiv nächste Seite)

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 6'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Mia Fuchs

Pascal Sennhauser

**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: 23. Januar 2024

Zustellung erfolgt an:

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

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons (...), (A-Post)