

BVGer B-1139/2023 vom 18. Januar 2024

Bundesverwaltungsgericht, 2024-01-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1139_2023

FR: TAF B-1139/2023 du 18 janvier 2024

IT: TAF B-1139/2023 del 18 gennaio 2024

Regeste

Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 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 24. 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.

E. 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. dbis 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).

E. 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).

E. 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).

E. 1.5

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

E. 2

Mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht können die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit der angefochtenen Verfügung gerügt werden (Art. 49 VwVG).

E. 3.1

Die von der Vorinstanz im angefochtenen Einspracheentscheid verfügte Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung betrifft die Monate März 2020 bis Oktober 2021. Dabei stellt sich die Frage, ob eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle vorliegt, anhand derer sich der Arbeitsausfall rechtsgenügend kontrollieren lässt. Vorliegend hat die B. _____ im Auftrag der Vorinstanz am 12. April 2022 eine erste Arbeitgeberkontrolle durchgeführt und dabei Aufzeichnungen in Form von Excel-Tabellen erhoben. Sie hat darauf anlässlich der zweiten Arbeitgeberkontrolle vom 15. Juli 2022 die "easyjob"-Einträge erhoben. Strittig ist, bei welchen Unterlagen es sich um die massgebende Arbeitszeitkontrolle handelt: Die Vorinstanz stellt bei der Ermittlung des Arbeitsausfalls auf die "easyjob"-Einträge ab. Die Beschwerdeführerin hingegen macht geltend, bei den Excel-Tabellen handle es sich um die massgebende Arbeitszeitkontrolle. Die Frage, auf welche der beiden in Frage kommenden Aufzeichnungen abzustellen ist, wirkt sich relevant für die Beantwortung der Frage aus, ob in den Monaten November 2020 und Januar bis Oktober 2021 ein anrechenbarer, 10 % der Sollstunden überschreitender Arbeitsausfall vorliegt. Nicht mehr strittig ist dagegen die Frage der massgebenden Verdienste anhand der vertraglich vereinbarten und effektiv ausbezahlten Bruttolöhne (vgl. Revisionsverfügung, Ziff. 1.3. und 3.3). Die Vorinstanz hat in teilweiser Gutheissung der Einsprache die neu ermittelten Verdienste der Beschwerdeführerin berücksichtigt (vgl. Einspracheentscheid, S. 3). Ebenso nicht mehr strittig ist die Beanstandung betreffend den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung während der Kündigungsfrist durch einen Mitarbeiter im Monat Januar 2021 (vgl. Revisionsverfügung, Ziff. 1.2 und 3.2). Die Beschwerdeführerin hat die Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalls in diesem Umfang explizit anerkannt (Replik, Ziff. 15 f.).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin beanstandet, es liege eine unrichtige und unvollständige Sachverhaltsfeststellung vor, indem die Vorinstanz von den "easyjob"-Einträgen statt den in Form von Excel-Tabellen geführten Aufstellungen als effektiver Arbeitszeitkontrolle ausgehe (vgl. Beschwerde, Rz. 50 und 59). Als sich abgezeichnet habe, dass sie Kurzarbeitsentschädigung beantragen werde, habe sie den Mitarbeitenden Excel-Listen für eine einfache Erfassung von Anwesenheit, Kurzarbeit und sonstigen Abwesenheiten zur Verfügung gestellt. Diese hätten in diesen monatlichen Arbeitszeiterfassungsrapporten ihre Arbeitszeit täglich fortlaufend aufgezeichnet. Die ihr angegliederte Treuhandgesellschaft habe für sie gestützt auf diese Rapporte die Kurzarbeitsentschädigung beantragt (Beschwerde, Rz. 17 f.). Vorher habe keine Veranlassung bestanden, ein Zeiterfassungssystem einzuführen, weil Vertrauensarbeitszeit gegolten habe (Replik, Rz. 59). Sie habe es nie in Betracht gezogen, die effektiven Arbeitszeiten der Mitarbeitenden in "easyjob" zu erfassen respektive nachzuführen (Beschwerde, Rz. 16; Replik, Rz. 25). Die Vorinstanz habe es offensichtlich unterlassen, das Programm "easyjob" detailliert anzuschauen. (Beschwerde, Rz. 20). Es sei 2017 im Betrieb der Beschwerdeführerin eingeführt worden, gelte als Branchenlösung für Vermiet-, Produktions- und

Eventlogistikbetriebe und sollte der Planung von Material und Personeneinsatz auf Events und Messen dienen (Beschwerde, Rz. 22). Sie habe das Planungstool "easyjob" ausschliesslich als solches verwendet (Replik, Rz. 22). Zur Erklärung der Differenzen zwischen der Arbeitszeitkontrolle in Form von Excel-Tabellen und den "easyjob"-Einträgen verweist die Beschwerdeführerin auf den Einsatz externer Mitarbeiter. Bei grossen Aufträgen habe zusätzliches Personal aufgeboden werden müssen. Diese sogenannten Freelancer könnten nicht im Programm "easyjob" erfasst werden, da es sich nicht um herkömmlich angestellte Mitarbeitende handle. Sie seien deshalb projektbezogen jeweils über einen bestehenden Eintrag eines anderen Mitarbeitenden erfasst, abgebucht und der Kundschaft verrechnet worden. Dieses Vorgehen habe dazu geführt, dass die erfassten projektbezogenen Arbeitsstunden im Programm "easyjob" mit den effektiv geleisteten Stunden der Projektverantwortlichen nicht übereinstimmten (Beschwerde, Rz. 23; vgl. Replik, Rz. 23). Ab März 2020 habe es sich die Beschwerdeführerin nicht mehr leisten können, externe Mitarbeitende im grossen Stil zu beschäftigen, nachdem die grossen Aufträge aufgrund des Veranstaltungsverbots abgesagt oder eingestellt worden seien (Replik, Rz. 37; Beschwerde, Rz. 9, 31). Zur betrieblichen Funktion der Arbeitszeiteinträge in "easyjob" bringt sie vor, 2019 seien mit einer Erweiterung des Tools um die Funktion Zeiterfassung (Modul TimeCard) erste Versuche mit der Verbuchung von projektbezogenen Soll-Arbeitszeiten und ausgewählten Produktionsmitarbeitenden erfolgt. Diese seien vornehmlich in der Produktion tätig und rapportierten projektbezogene und verrechenbare Zeiten (Beschwerde, Rz. 25; vgl. Replik, Rz. 22, 27, 30). Bei nicht in der Produktion tätigen Mitarbeitenden habe keine Veranlassung bestanden, diese in "easyjob" zu erfassen (vgl. Beschwerde, Rz. 28). Die Beschwerdeführerin habe das Modul TimeCard erst im Herbst 2022 eingekauft. Die Mitarbeitenden hätten erst ab diesem Zeitpunkt ihre Arbeitszeiten flächendeckend darin erfasst (Replik, Rz. 22). Das (vorherige) Fehlen von diversen Mitarbeitenden in "easyjob" sei ein eindeutiger Beweis, dass dieses nicht als Zeiterfassungsprogramm eingesetzt worden sei (Replik, Rz. 31). Mehr als die Hälfte der Mitarbeitenden habe das Modul TimeCard nicht genutzt (Replik, Rz. 27, 45). Sogar der Geschäftsführer habe über keine vollständigen Arbeitszeiteinträge in "easyjob" verfügt (Replik, Rz. 28). Auch verpflichte das Personalreglement die Mitarbeitenden zur Erfassung projektbezogener Stunden (vgl. Replik, Rz. 45, 59; Beschwerdeführerin, act. 8, Reglement für Mitarbeitende von A. _____ AG [Version per 10. Januar 2020]). Es enthalte aber keinen Hinweis auf das Modul TimeCard (Replik, Rz. 68). Zudem bewiesen gerade die minutengenauen Einträge, dass ein Planungs- und Dispositionstool vorliege, denn die projektbezogenen Stunden müssten minutengenau nachvollziehbar sein, da sie der Kundschaft verrechnet würden (Beschwerde, Rz. 37).

E. 3.3

Die Vorinstanz bringt dagegen vor, es sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass es sich beim Programm "easyjob" um die massgebende Arbeitszeitkontrolle handle (Einspracheentscheid, S. 2). Von einer unrichtigen oder unvollständigen Sachverhaltsfeststellung im angefochtenen Entscheid könne deshalb keine Rede sein (Vernehmlassung, Rz. 63). Die in den beiden Dokumentationen anzutreffenden Arbeits- und Ausfallzeiten stimmten offensichtlich nicht überein, wobei es sich bei den Abweichungen zwischen den Excel-Listen und den "easyjob"-Einträgen nicht bloss um einzelne Fehler handle. Insofern stelle sich die Frage, ob die Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle noch anerkannt werden könne. Dies wäre wohl nicht der Fall, wenn es sich - wie von der Beschwerdeführerin behauptet - beim "easyjob"-Programm beziehungsweise

den Auszügen daraus nur um ein Planungs- und Fakturierungstool handeln würde. Weil aber die entsprechenden Auszüge die Voraussetzungen einer Zeiterfassung erfüllten beziehungsweise als solche anerkannt werden könnten, sei von einer Gesamtaberkennung der ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigung abzusehen. Vielmehr sei zu prüfen gewesen, welches der beiden Systeme die effektive oder originale Arbeitszeiterfassung darstelle. Für die "easyjob"-Einträge als originale Zeiterfassung spräche, dass diese sich als wesentlich detaillierter erwiesen, da die Arbeitszeiten auf fünf Minuten genau, in den Excel-Tabellen aber nur auf fünfzehn Minuten genau ausgewiesen würden (Vernehmlassung, Rz. 45, 1. Lemma). Die Einträge in den Excel-Tabellen enthielten lediglich die Soll-Zeit, die Ist-Zeit, die Kurzarbeit (Ausfallzeit) und die Abwesenheiten samt deren Gründen. Die detaillierteren Einträge in "easyjob" erteilten zusätzlich Aufschluss über Anwesenheiten von Mitarbeitenden, Arbeitsbeginn und -ende, allfällige Korrekturen der Arbeitszeit sowie über Statureinträge. Diese Angaben würden am Ende jedes Monats zusammengefasst dargestellt und es würden auch Informationen zum Urlaubskonto inklusive Angaben zum verbleibenden Resturlaub sowie zum Stundenkonto ausgewiesen. Bei diesen Informationen handle es sich um typische Angaben von Zeiterfassungssystemen (Vernehmlassung, Rz. 17, 45, 2. Lemma und Einspracheentscheid, S. 2). Zudem sei die in den "easyjob"-Auszügen ausgewiesene Arbeitszeit regelmässig höher als die in den Excel-Listen bei den einzelnen Mitarbeitenden aufgeführte Arbeitszeit (vgl. Vernehmlassung, Rz. 18; Duplik, Rz. 22, 32). Dies würde bedeuten, dass den Kunden mehr Arbeitszeit in Rechnung gestellt würde, als die Mitarbeitenden effektiv geleistet hätten (Vernehmlassung, Rz. 45, 3. Lemma). Es sei ungläubwürdig, dass projektverantwortliche Mitarbeitende Arbeitsstunden von angemietetem Personal wie Freelancern unter ihrem Namen oder auf Konti von internen Arbeitskollegen erfassen würden, da bereits in den Voranmeldungen zur Kurzarbeit erklärt und in der Beschwerde ausgeführt worden sei, dass auf Freelancer verzichtet und die wenigen Aufträge mit dem eigenen Personal erledigt worden seien (vgl. Vernehmlassung, Rz. 5, 20, 26 und 45, 4. Lemma; Duplik, Rz. 6). Wenn die Beschwerdeführerin erkläre, sie habe für grosse Aufträge Freelancer hinzugezogen, begebe sie sich in einen Widerspruch, zumal fraglich sei, welche grossen Anlässe gemeint waren, da sie andernorts festhalte, dass ab März 2020 die bestehenden und geplanten Grossaufträge storniert worden seien (Duplik, Rz. 7 f., 23). Die Behauptungen der Beschwerdeführerin zur Zeiterfassung in "easyjob" seien zudem widersprüchlich: Sie behaupte einerseits, nie in Betracht gezogen zu haben, die Arbeitsstunden der Mitarbeitenden elektronisch im Programm "easyjob" zu erfassen. Andererseits erkläre sie, dass 2019 erste Versuche mit der Erweiterung des Tools um die Funktion Zeiterfassung gemacht worden seien (Vernehmlassung, Rz. 13 und 45, 5. Lemma). Schliesslich liesse sich nicht erklären, weshalb auch nicht in der Produktion tätige Personen ihre Arbeitszeiten in "easyjob" erfassen, wenn es sich um ein reines Projektplanungs- und Fakturierungstool handeln würde (Vernehmlassung, Rz. 45, 6. Lemma). Die erste Version des Personalreglements der Beschwerdeführerin sei bereits per 1. Juli 2019 - und damit vor Ausbruch der Pandemie - in Kraft getreten und habe Bestimmungen zur Arbeitszeiterfassung enthalten. Diese hätten sich im überarbeiteten Reglement vom 10. Januar 2020 nicht geändert und schrieben vor, dass alle Mitarbeitenden ihre Stunden mit projektbezogenen Ist-Zeiten erfassen müssten (Duplik, Rz. 12 f.). Die Erfassung sei damit nicht auf Mitarbeitende der Produktion beschränkt gewesen und habe bereits vor den ab Februar 2020 geführten Excel-Listen zu erfolgen gehabt (Duplik, Rz. 13 f.). Aus den Software Subscription-Rechnungen ab März 2020 werde denn auch ersichtlich, dass das TimeCard-Modul bereits vor Herbst 2022 von der Beschwerdeführerin bezahlt

worden sei (Duplik, Rz. 19).

E. 4.1

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).

E. 4.2

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). Von den wesentlichen Voraussetzungen des etablierten Systems der Kurzarbeitsentschädigung ist die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung indes nicht abgewichen. Namentlich wurde die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung nicht gelockert und es wurde etwa am Erfordernis der Kontrollierbarkeit der Anspruchsgrundlagen festgehalten (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1 und 4.5). Insbesondere finden sich auch keine abweichenden Bestimmungen zur Sachverhaltsfeststellung und zur Beweiswürdigung. Die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung enthält daher keine zur Beurteilung des vorliegenden Falles relevanten Abweichungen vom dargelegten Recht.

E. 4.3.1

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).

E. 4.3.2

Dem Erfordernis der rechtsgenügelichen 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.).

E. 4.3.3

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.).

E. 4.3.4

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 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).

E. 4.4.1

Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat die Verwaltung und im Beschwerdeverfahren das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des erheblichen Sachverhalts zu sorgen und dazu, soweit nötig, Beweis zu erheben (Art. 12 VwVG; Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 Bst. c ATSG; vgl. BGE 136 V 376 E. 4.1.1; Christoph Auer/Anja Martina Binder, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], VwVG, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl. 2019 [nachfolgend: VwVG Kommentar], Art. 12 N 7). Der Untersuchungsgrundsatz ändert hingegen nichts an der Beweislast, wonach grundsätzlich diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit eines Sachumstands zu tragen hat, die daraus Vorteile ableiten will (Art. 8 ZGB; vgl. Auer/Binder, VwVG Kommentar, Art. 12 N 17; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler/Martin Kayser, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 1.53). Folglich liegt im Sozialversicherungsverfahren die objektive Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen bei der Leistungsansprecherin (vgl. BGE 121 V 204 E. 6a; Urteile des BGer 8C_334/2013 vom 15. November 2013 E. 2 und 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5; Thomas Locher/Thomas Gächter, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl. 2014, § 70 Rz. 56). Zwar muss die Behörde bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Arbeitgeberin die Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften. Es liegt aber nicht an der Aufsichtsbehörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell

nachzuweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten (vgl. 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; B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1).

E. 4.4.2

Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis vielmehr als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1). Gilt es, zwischen zwei oder mehreren Möglichkeiten zu entscheiden, haben der Richter und die Richterin jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen für die wahrscheinlichste halten (vgl. BGE 138 V 218 E. 6 m.H.; Urteil des BVGer C-3143/2021 vom 12. Juni 2023 E. 3.2.2 m.H.). Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung sind Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]; vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2). Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass das Gericht alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruchs erlauben (vgl. BGE 125 V 351 E. 3a).

E. 5.1

Es stellt sich wie dargelegt (vgl. E. 3.1) die Frage, auf welches Arbeitszeiterfassungssystem abzustellen ist. Ein Vergleich der in "easyjob" vorliegenden Einträge (Vorinstanz, act. 14-33 und 54-58) mit den Excel-Listen (Vorinstanz, act. 34-53 und 59-70) zeigt, dass erstere wesentlich detaillierter ausfallen. Sie enthalten genaue Angaben zu Arbeitsbeginn und -ende, Anwesenheiten, Korrekturen der Arbeitszeit, Statuseinträge (wie Krankheit, Urlaub etc.; vgl. E. 3.3) und monatliche Saldi der Stundenkonten sowie des Resturlaubs. Die Excel-Listen beschränken sich dagegen auf Angaben zur Soll- und Ist-Zeit, den sich aus der Differenz ergebenden Ausfallstunden und einer Kommentarspalte zur Angabe von Gründen bei Abwesenheiten. Sie sind meist auf halbe Stunden, teilweise auf Viertelstunden genau geführt. Mitunter weisen die "easyjob"-Einträge - wie die Vorinstanz zu Recht ausführt - die für Arbeitszeitkontrollsysteme charakteristischen Merkmale auf und gehen über jene Informationen hinaus, welche für ein reines Planungstool dienlich wären. Zwischen den Parteien ist zudem unbestritten, dass aus den "easyjob"-Einträgen teilweise deutlich höhere Stundensaldi resultieren als aus den entsprechenden Excel-Tabellen. Es liegt in der Natur der Sache, dass die projektbezogene Arbeitszeit stets einen Teil der gesamten Arbeitszeit ausmachen muss, diese aber nicht überschreiten kann. Die höheren Stundensaldi deuten insofern darauf hin, dass es sich bei den "easyjob"-Einträgen um die massgebende Arbeitszeitkontrolle handelt. Wollte man hingegen auf die Excel-Listen als Arbeitszeiterfassungssystem abstellen, bedürfte es einer zusätzlichen Erklärung, weshalb deren Stundensaldi in einigen Monaten tiefer als jene der "easyjob"-Einträge ausfallen.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin erklärt die massgeblichen Differenzen zwischen den Stundensaldi mit externen Mitarbeitenden (Freelancern), deren Einsätze in "easyjob" über interne Mitarbeitende abgebucht worden seien, wodurch deren Arbeitszeitsaldi von den effektiv geleisteten Stunden abwichen (vgl. E. 3.2). Diese Erklärung vermag nicht zu überzeugen: Zum einen hat die Beschwerdeführerin anlässlich der Voranmeldung zu Kurzarbeit explizit angegeben, alle externen Ressourcen wie Freelancer seien storniert worden. Sie werde bei Installationen ausschliesslich interne Ressourcen nutzen (Vorinstanz, Voranmeldung von Kurzarbeit vom 2. März 2023, act. 5, S. 3). Ebenso gibt sie verschiedentlich an, ab März 2020 grundsätzlich keine externen Mitarbeiter mehr eingesetzt zu haben (vgl. E. 3.2). Die beiden von ihr ins Recht gelegten Rechnungen von externen Mitarbeitern (vgl. Beschwerdeführerin, act. 34) belegen denn auch Einsätze im Jahr 2022. Den streitgegenständlichen Zeitraum betreffende Rechnungen jedoch hat sie gerade nicht eingereicht. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt (vgl. Vernehmlassung, Rz. 19), ergibt sich aber etwa allein für März 2020 beim Projektverantwortlichen C. _____ eine Differenz von 166.33 Arbeitsstunden (vgl. Vorinstanz, act. 14, S. 2 und act. 34, S. 1), welche nach der Argumentation der Beschwerdeführerin auf den Einsatz von Freelancern zurückzuführen sein müsste, was jedoch unbelegt bleibt. Fraglich scheint zudem, inwiefern fiktive Buchungen von Einsätzen externer Mitarbeitenden über Arbeitszeitkonti internen Personals es erlauben würden, verschiedene Einsätze nachträglich auseinanderzuhalten, und wie gleichzeitig stattfindende Arbeitseinsätze der externen und internen Mitarbeitenden gebucht würden. Das beschriebene Vorgehen scheint höchst unüblich und mit praktischen Schwierigkeiten verbunden, welche sich durch ein Erfassen der nach Angaben der Beschwerdeführerin ohnehin nur vereinzelt eingesetzten externen Mitarbeitenden in "easyjob" einfach vermeiden liessen. Hinzu kommt, dass aus den Offerten der Beschwerdeführerin (vgl. Beschwerdeführerin, act. 42) hervorgeht, dass diese für Mitarbeitende regelmässig Tagessätze veranschlagt. Damit scheint der Nutzen einer genauen Erfassung von Einsatzzeiten externer Mitarbeitenden, welche im Anschluss nicht mehr diesen zugeordnet werden können, ohnehin fraglich. Es ist deshalb insgesamt nicht davon auszugehen, dass sich die Differenzen zwischen den Arbeitszeitsaldi in "easyjob" und den Excel-Tabellen zu einem wesentlichen Teil auf den Einsatz externer Mitarbeitenden zurückführen lassen. Selbst wenn man der Beschwerdeführerin darin folgt, dass grundsätzlich nur bei (zumind. teilweise) in der Produktion tätigen Mitarbeitenden ein Anlass bestanden habe, deren Zeiten in "easyjob" zu erfassen, müssten die Zeitsaldi in "easyjob" insgesamt niedriger ausfallen als jene der Excel-Listen, was nicht der Fall ist.

E. 5.3

Nichts an diesem Ergebnis ändern die weiteren Ausführungen der Beschwerdeführerin. So ist das Fehlen von Einträgen zu zahlreichen Mitarbeitenden in "easyjob" noch kein Beleg dafür, dass dieses nicht als Zeiterfassungsprogramm eingesetzt worden ist, sondern vermag höchstens als Hinweis darauf dienen, dass die Zeiterfassung offenbar teilweise ungenau oder nicht vollständig geführt wurde. So führt denn die Beschwerdeführerin auch aus, es habe vor Einführung der Excel-Listen Vertrauensarbeitszeit gegolten, obwohl das von ihr selbst ins Recht gelegte Mitarbeiterreglement sämtliche Mitarbeitende bereits seit 2019 verpflichtet, ihre Stunden täglich mit projektbezogenen Ist-Zeiten zu erfassen (Beschwerdeführerin, act. 7, Reglement für Mitarbeitende von A. _____ AG [Stand 28. Juni 2019], S. 7 Ziff. 5.6; Beschwerdeführerin, act. 8, Reglement für Mitarbeitende von A. _____ AG [Stand 10. Januar 2020], S. 7 Ziff. 5.6). Nichts für sich ableiten kann die Beschwerdeführerin sodann daraus, dass im Reglement nicht explizit auf "easyjob"

verwiesen wird. Entgegen ihren Ausführungen, wonach sie das Zeiterfassungsmodul TimeCard erst im Herbst 2022 eingekauft habe (Replik, Rz. 22), ist dieses bereits auf der von ihr ins Recht gelegten Rechnung vom 28. März 2020 fakturiert worden (vgl. Beschwerdeführerin, act. 33). Dies bildet ein weiteres Indiz dafür, dass "easyjob" bereits im streitgegenständlichen Zeitraum zur Zeiterfassung eingesetzt wurde.

E. 5.4

Zusammengefasst bestehen insbesondere deshalb Zweifel an der Richtigkeit der Aufstellungen in Form der Excel-Listen, da aus diesen teilweise erheblich niedrigere Stundensaldi resultieren als aus den "easyjob"-Einträgen, was nicht plausibel ist (vgl. E. 3.3 und 5.1). Die Beschwerdeführerin vermag für diese Unterschiede beziehungsweise insbesondere das Übersteigen der Projektstunden gegenüber den angeblich erfassten Arbeitsstunden denn auch keine überzeugende Erklärung vorzubringen (vgl. E. 5.2). Hinzu kommt, dass die Excel-Tabellen lediglich die täglichen Soll- und Ist-Arbeitszeiten aufführen, jedoch - im Gegensatz zu den "easyjob"-Einträgen - keine Angaben zu Arbeitsbeginn und -ende enthalten. Vielmehr weisen gerade die "easyjob"-Einträge die charakteristischen Merkmale eines Systems zur Arbeitszeitkontrolle auf, da sie auch typische Angaben wie etwa zu Abwesenheiten wegen Krankheit oder Ferien oder auch Korrekturen der Arbeitszeiten enthalten (vgl. E. 5.1). Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zum Schluss gekommen ist, es handle sich beim Programm "easyjob" um die massgebliche Arbeitszeitkontrolle. Darauf, ob die Excel-Listen die Voraussetzungen einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung erfüllen würden (vgl. E. 4.3.1-4.3.4), braucht daher nicht noch näher eingegangen zu werden.

E. 5.5

Die Vorinstanz durfte damit auf die "easyjob"-Einträge als massgebende Arbeitszeiterfassung abstellen, um den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung zu ermitteln. Sie führt zu dessen Berechnung aus, bei der Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung für die Monate März bis Juni 2020 und Dezember 2020 habe der Betrieb die Absenzen für Feiertage nicht in die Summe der Sollstunden miteinbezogen. Der Lohn hingegen sei korrekterweise auch für diese Absenzzzeiten bei der AHV-pflichtigen Lohnsumme berücksichtigt worden. Dadurch sei der wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall, ermittelt aus der Summe der Sollstunden insgesamt aller anspruchsberechtigter Arbeitnehmenden im Verhältnis zur Summe wirtschaftlich bedingter Ausfallstunden aller von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden, teilweise zu hoch ausgefallen (vgl. Revisionsverfügung, Ziff. 1.4 und 3.4). Die Beschwerdeführerin führt dazu aus, dass die von ihr geltend gemachten Arbeitsausfälle sich in einem prozentualen Bereich befänden, in welchem eine allfällige Hinzurechnung der Feiertage bei den Soll-Stunden irrelevant erscheine. Damit könne offenbleiben, ob bei einer Erhöhung der Soll-Stunden und gleichbleibenden wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden der prozentuale wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall tiefer oder höher ausfalle (Beschwerde, Rz. 57). Sie rügt damit nicht, die Vorinstanz habe die Sollstunden in diesen Perioden falsch ermittelt. Im Weiteren bringt sie zur Berechnung lediglich vor, dass die Neuberechnung der Kurzarbeitsentschädigung nach ihren Arbeitszeiterfassungsrapporten in Form der Excel-Listen zu erfolgen habe (vgl. Replik, Rz. 65). Die konkret erfolgte Berechnung der Höhe des Rückforderungsbetrags durch die Vorinstanz unter Berücksichtigung der massgebenden "easyjob"-Einträge rügt sie dagegen nicht. Darauf ist daher nicht weiter einzugehen.

E. 6.1

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 BVGer B-664/2017 vom 7. März 2019 E. 2.5, bestätigt durch Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019).

E. 6.2

Die Bestimmbarkeit bzw. ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (condition de fond; statt vieler Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (vgl. Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.1). Die Berichtigung ist angesichts des in Frage stehenden Betrags von Fr. 828'048.80 von erheblicher Bedeutung. Daher ist die durch die Vorinstanz verfügte Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Leistungen nicht zu beanstanden.

E. 6.3

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).

E. 7

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz die Einsprache gegen die Rückforderungsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 828'048.80 zu Recht abgewiesen hat. Die vorliegende Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 8.1

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. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und mit Blick auf den Verfahrensaufwand und die Schwierigkeit der Streitsache auf Fr. 12'500.- festgesetzt (Art. 63 Abs. 4bis VwVG, Art. 2 Abs. 1 VGKE). Der in gleicher Höhe geleistete Kostenvorschuss ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

E. 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). Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE). (Dispositiv nächste Seite)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.