

BVGer B-4557/2022 vom 17. November 2023

Bundesverwaltungsgericht, 2023-11-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4557_2022

FR: TAF B-4557/2022 du 17 novembre 2023

IT: TAF B-4557/2022 del 17 novembre 2023

Regeste

Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 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]).

E. 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. dbis 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).

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin ist eine Aktiengesellschaft nach Art. 620 ff. des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) und anwaltlich vertreten. Sie ist zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 59 ATSG). Sie hat das Vertretungsverhältnis durch schriftliche Vollmacht nachgewiesen (Art. 11 VwVG), den Kostenvorschuss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die Beschwerde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 2.1

Die Vorinstanz begründet die Rückforderung mit der fehlenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls im Zeitraum März bis Mai 2020. Die Ausfallstunden der Handelsreisenden liessen sich nicht ermitteln, da mit diesen Mitarbeitenden keine Sollarbeitszeit beziehungsweise keine vertragliche Arbeitszeit vereinbart gewesen sei. Sie hätten deshalb keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Weiter sei aufgrund widersprüchlicher Angaben erstellt, dass die von den Mitarbeitenden geführten Stundenlisten nicht die tatsächlich gearbeiteten Arbeitsstunden enthielten und diese darum untauglich seien, den Arbeitsausfall zu bestimmen. Die Listen erfüllten im Übrigen die Anforderungen an eine

genügende Arbeitszeitkontrolle nicht. Es bestünden ferner Hinweise, dass die Arbeitnehmenden angewiesen worden seien, wahrheitswidrig nicht die effektiv geleisteten Arbeitsstunden zu erfassen. Die ungenügenden, widersprüchlichen Arbeitszeiterfassungen liessen sich auch durch andere Unterlagen nicht ersetzen. Zum Teil seien überhaupt keine Arbeitszeitkontrollen geführt worden. Die Löhne der Handelsreisenden hätten anhand der Durchschnittslöhne ermittelt werden müssen und wären gegenüber den von der Beschwerdeführerin angegebenen Löhnen teilweise massiv tiefer ausgefallen. Zudem habe der Betrieb im massgeblichen Zeitraum die Sollstunden ohne Anrechnung der Feiertage (bezahlte Freitage) ermittelt. Der Lohn hingegen sei für diese Absenkenzeiten bei der AHV-pflichtigen Lohnsumme berücksichtigt worden, wodurch der prozentuale, wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall zu hoch ausgefallen sei. Drei Mitarbeiter hätten keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gehabt, weil sie für die Arbeitslosenversicherung altersbedingt nicht mehr beitragspflichtig gewesen seien. Die letzten drei Beanstandungspunkte zeitigten aufgrund der bereits umfassenden Leistungsaberkennung infolge Unkontrollierbarkeit der geltend gemachten Arbeitsausfälle im fraglichen Zeitraum jedoch keine weiteren Folgen.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin erklärt, ihre Geschäftstätigkeit sei während der Geltung der vom Bundesrat erlassenen Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie faktisch verunmöglicht gewesen und ihr sei damit die wirtschaftliche Grundlage entzogen worden. Sie habe zwar einen Coronakredit von Fr. 500'000.- erhalten, diesen aber letztlich unangetastet zurückgegeben, da man die finanzielle Notlage ohne staatliche Unterstützung habe meistern wollen. Sie macht geltend, sie habe die Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter fortlaufend, vollständig und richtig erfasst. Die Sollarbeitszeit sei mit allen Mitarbeitenden vereinbart gewesen. Die Mitarbeitenden hätten keine Aushilfe-, Gelegenheits- oder Abrufttätigkeiten ausgeübt, weshalb die Arbeitszeiten kontrollierbar und die konkreten Ausfallstunden ohne Weiteres bestimmbar gewesen seien. Es gehe nicht an, dass die Vorinstanz von einigen wenigen Zweifeln an der Zeiterfassung, die sehr allgemein gefasst und schlicht nicht stimmig seien, auf eine insgesamt ungenügende Arbeitszeiterfassung aller Mitarbeitenden schliesse. Die pauschale nachträgliche Aberkennung von Kurzarbeitsentschädigungen wegen angeblich nicht korrekter Arbeitszeiterfassung sei mehr als stossend und höchstens in Fällen böswilliger und betrügerischer Erschleichung der Entschädigung vertretbar, jedoch nicht, wenn bei einem traditionellen Familienunternehmen in einer nie dagewesenen politischen wie auch wirtschaftlichen Ausnahmesituation bei der Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung einige wenige Ungenauigkeiten bestünden. Die Beschwerdeführerin sei gutgläubig gewesen. Sie bringt vor, die Rückforderung lasse sich nicht auf Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG stützen. Die Vorinstanz verhalte sich im Widerspruch zu ihrer eigenen Praxis und handle daher willkürlich. In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts (unten E. 3) und der Begründungspflicht (unten E. 4).

E. 3.1

Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) garantiert die ordnungsgemässe Anwendung des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts (Urteil des BGer 2C_918/2015 vom 20. Juli 2016 E. 3.2.2; BVGE 2018 IV/5 E. 4.3). Das Verfahren vor einer Bundesbehörde im Geltungsbereich des ATSG (das vorliegend gestützt auf Art. 1 Abs. 1 AVIG anwendbar ist; oben E. 1.2) richtet sich nach

dem Verwaltungsverfahrensgesetz, ausser wenn sie, wie vorliegend, über sozialversicherungsrechtliche Leistungen, Forderungen und Anordnungen entscheidet (Art. 55 Abs. 2 ATSG; vgl. Art. 3 Bst. dbis VwVG; Ueli Kieser, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2020 [nachfolgend: Kommentar ATSG], Art. 55 N 32 und N 35). Entscheidet eine Bundesbehörde über entsprechende Leistungen, Forderungen und Anordnungen, richtet sich das Verfahren zunächst nach den Art. 27 bis Art. 54 ATSG (was etwa die Notwendigkeit der Durchführung eines Einspracheverfahrens mit sich bringt) beziehungsweise nach dem anzuwendenden versicherungszweigspezifischen Einzelgesetz. Soweit damit ein Verfahrensbereich nicht abschliessend geregelt wird, kommt ergänzend das Verwaltungsverfahrensgesetz zur Anwendung (Art. 55 Abs. 1 ATSG; BGE 144 V 97 E. 3.4; 137 V 210 E. 3.4; Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 3.1).

E. 3.2

Das Akteneinsichtsrecht bildet Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Gestützt auf Art. 55 Abs. 1 ATSG sind die Art. 26 f. VwVG betreffend Akteneinsicht im Rückforderungsverfahren vor der Vorinstanz ergänzend anwendbar (oben E. 3.1; Kieser, Kommentar ATSG, Art. 55 N 26 und Art. 47 N 23 ff.). Art. 26 VwVG regelt den Umfang der Akteneinsicht. Der Akteneinsicht unterliegen Eingaben von Parteien und Vernehmlassungen von Behörden, alle als Beweismittel dienenden Aktenstücke sowie Niederschriften eröffneter Verfügungen (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich auf sämtliche Akten eines Verfahrens, die für dieses erstellt oder beigezogen wurden (BGE 144 II 427 E. 3.1.1). Es bezieht sich auf die jeweilige Sache, aber nicht darüber hinaus (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.3; Urteile des BGer 8C_292/2012 vom 19. Juli 2012 E. 5.1-5.4 und 2C_63/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 3.2.3). Anzuwenden sind ferner die in Art. 27 Abs. 1 VwVG zusätzlich zu Art. 47 ATSG genannten Gründe, um die Akteneinsicht zu verweigern (Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 4.1). Nach Art. 47 Abs. 1 Bst. b ATSG steht, sofern überwiegende Privatinteressen gewahrt bleiben, die Akteneinsicht den Parteien zu für die Daten, die sie benötigen, um einen Anspruch oder eine Verpflichtung nach einem Sozialversicherungsgesetz zu wahren oder zu erfüllen oder um ein Rechtsmittel gegen eine auf Grund desselben Gesetzes erlassene Verfügung geltend zu machen.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe entgegen ihrer Mitteilung nicht sämtliche beweisrelevanten Akten herausgegeben und somit nicht nur das rechtliche Gehör verletzt, sondern sich auch widersprüchlich verhalten. Sie habe im Schreiben vom 24. Juni 2022 auf mit der Aktenzustellung vom 8. Juni 2022 nicht zugestellte Unterlagen Bezug genommen und auch die Abweisung des Sistierungsantrags mit bis zu diesem Zeitpunkt unbekanntem Akten begründet. Mit dem Einspracheentscheid seien der Beschwerdeführerin wiederum neue, bis anhin unbekannte Aktenstücke zugestellt worden. Es könne nicht angehen, dass sich die Vorinstanz bei ihrer Entscheidungsfindung auf Aktenstücke stütze, von denen die Beschwerdeführerin keine Kenntnis habe, beziehungsweise diese nur tröpfchenweise zur Verfügung stellen. Es herrsche ein von der Vorinstanz verursachtes "Aktenwirrwarr", das es der Beschwerdeführerin erschwere, ihre Ausführungen auf bezeichnete Akten zu stützen (bspw. existierten mehrere "Beilagen 1").

E. 3.4

Die Vorinstanz führt aus, das rechtliche Gehör sei nicht verletzt worden. Die Beschwerdeführerin sei mit Schreiben vom 8. Juni 2022 darüber informiert worden, dass sie die Möglichkeit habe, direkt bei der Vorinstanz Einsicht in sämtliche Unterlagen zu nehmen und sie sei zwecks Terminvereinbarung zur Kontaktaufnahme eingeladen worden. Weiter sei sie davon in Kenntnis gesetzt worden, dass sie - unabhängig von den Unterlagen, die sich bei der Staatsanwaltschaft befänden - über alle relevanten Unterlagen verfüge, die für die in der Revisionsverfügung erhobenen Beanstandungen ausschlaggebend seien.

E. 3.5

Das Recht auf Akteneinsicht besteht "am Sitze der verfügenden oder einer durch diese zu bezeichnenden kantonalen Behörde" (Art. 26 Abs. 1 VwVG). Indem die Vorinstanz die postalische Zustellung der Verfahrensakten an den Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin auf diejenigen Aktenstücke beschränkt hat, die mit vertretbarem Aufwand versandt werden konnten, und bezüglich der übrigen Akten, namentlich der zahlreichen Bestellscheine, Akteneinsicht am Sitz des Revisionsdienstes der Vorinstanz angeboten hat, hat sie das Akteneinsichtsrecht nicht verletzt. Es besteht kein Anspruch auf Herausgabe oder Zustellung der Akten (vgl. Urteile des BGer 8F_2/2013 vom 19. Juli 2013 E. 3.2 und 2C_201/2013 vom 24. Januar 2014 E. 4.1). Je nach Aktenumfang ist die Einsichtnahme am Sitz der Behörde sachgerecht und das Recht auf Akteneinsicht dadurch gewahrt (Urteil des BGer 2C_201/2013 vom 24. Januar 2014, nicht in BGE 140 II 194 veröffentlichte E. 4.1 in fine). Die Beschwerdeführerin hat soweit ersichtlich von der Möglichkeit der Akteneinsichtnahme vor Ort keinen Gebrauch gemacht. Die Akten des Strafverfahrens (oben Sachverhalt A.a) bilden sodann nicht Bestandteil der Akten des Verwaltungsverfahrens und es hat darüber hinaus auch kein entsprechender Aktenbeizug stattgefunden. Art. 26 VwVG verschafft keinen Zugriff auf Akten anderer Behörden (Urteil des BGer 2C_520/2020 vom 18. November 2020 E. 2.2.4).

E. 3.6

Das Einsichtsrecht darf nicht mit der Begründung verweigert werden, die fraglichen Akten seien für die Verfügung nicht erheblich, weil die Beurteilung der Erheblichkeit beziehungsweise der Relevanz der Akten der Partei überlassen werden muss (BGE 132 V 387 E. 3.2). Die Behörde hat ein vollständiges Aktendossier über das Verfahren zu führen, um gegebenenfalls ordnungsgemäss Akteneinsicht zu gewähren und bei einem Weiterzug diese Unterlagen an die Rechtsmittelinstanz weiterleiten zu können (BGE 138 V 218 E. 8.1.2). Die Vorinstanz stützt sich beim angefochtenen Entscheid auf die vorhandenen Akten. Welche Akten darüber hinaus fehlen würden, spezifiziert die Beschwerdeführerin dagegen nicht. Aus dem Schriftenwechsel im Einspracheverfahren geht hervor, dass die Beschwerdeführerin Akteneinsicht beantragt und die Vorinstanz ihr Akteneinsicht gewährt hat (Zustellung von Akten sowie Angebot einer Einsicht vor Ort), dass die Vorinstanz aber auch auf elektronische Daten Bezug nahm, die bei der Beschwerdeführerin lagen und von denen die Vorinstanz lediglich Kopien angefertigt hatte und die Vorinstanz mit dem Einspracheentscheid einen Teil dieser kopierten Daten der Beschwerdeführerin dennoch zur Kenntnis zugestellt hat. Inwiefern die Beschwerdeführerin nicht über sämtliche Akten des vorinstanzlichen Verfahrens verfügt haben sollte, ist nicht ersichtlich. Schliesslich wäre es der Beschwerdeführerin unbenommen gewesen, nach Abweisung ihres Sistierungsantrags durch die Vorinstanz am 24. Juni 2022 erneut ein Einsichtsgesuch zu stellen, wenn sie der Ansicht gewesen sein sollte, dass die Vorinstanz in ihren Ausführungen auf bislang unbekannte Akten Bezug genommen hätte.

E. 3.7

Nach der Rechtsprechung wird aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör eine allgemeine Aktenführungspflicht der Behörden abgeleitet, die sich als Gegenstück zum Akteneinsichts- und Beweisführungsrecht der Parteien ergibt (BGE 142 I 86 E. 2.2). Der verfassungsmässige Anspruch auf eine geordnete und übersichtliche Aktenführung verpflichtet die Behörden und Gerichte, die Vollständigkeit der im Verfahren eingebrachten und erstellten Akten sicherzustellen (BGE 138 V 218 E. 8.1.2). Sämtliche im Verfahren vorgenommenen Erhebungen und entscheiderelevanten Tatsachen sind vollständig festzuhalten (Urteil des BGer 8C_322/2010 vom 9. August 2010 E. 3). Ferner ergeben sich aus der Aktenführungspflicht Anforderungen an die Systematik der Aktenführung: Vorausgesetzt wird ein chronologisches, zum Zeitpunkt der Entscheidung in sich geschlossenes Dossier. Die systematische Aktenführung ist stets nach sachgerechten und zweckmässigen Kriterien vorzunehmen (Urteil des BGer 8C_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2). In der Regel ist auch ein Aktenverzeichnis zu erstellen, das eine chronologische Auflistung aller eingereichten Eingaben enthält. Spätestens im Zeitpunkt des Entscheids müssen die Akten durchgehend paginiert werden (Urteil des BGer 2C_327/2010 vom 19. Mai 2011, in BGE 137 I 247 nicht veröffentlichte E. 3.2). Die Anforderungen an die Verwaltung des Dossiers dürfen allerdings auch nicht überspannt werden; kleinere Unzulänglichkeiten bei der Dossierverwaltung begründen keine (oder zumindest keine schwere) Verletzung der Aktenführungspflicht (vgl. BGE 138 V 218 E. 8.3). Zudem handelt es sich bei Aktenverzeichnissen um interne Dokumente der Verwaltung, in die nicht Einsicht gewährt werden muss und denen für die Behandlung eines Falls kein Beweischarakter zukommt (Urteil des BGer 2C_520/2020 vom 18. November 2020 E. 2.2.3).

E. 3.8

Für die dem Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts unterstellten Versicherer wurde in Art. 46 ATSG die Aktenführungspflicht auf Gesetzesstufe konkretisiert. Danach sind für jedes Sozialversicherungsverfahren alle Unterlagen, die massgeblich sein können, vom Versicherungsträger systematisch zu erfassen (BGE 138 V 218 E. 8.1.2). Das Gesetz enthält somit keine spezifischen Anforderungen an die Art und Weise, wie die Akten zu führen, paginieren, indexieren und so weiter sind. Indem der Gesetzgeber bewusst eine offene Umschreibung gewählt hat, trägt er den künftigen Entwicklungen der Erfassungsmöglichkeiten Rechnung. Die Aktenführung hat den Nachweis der Verwaltungstätigkeit sowohl mit Blick auf die Sachverhaltsabklärung wie auch bezüglich des Wegs der Entscheidungsfindung jederzeit auf nachvollziehbare Weise zu ermöglichen und zu gewährleisten. Die zum Verwaltungsverfahren ergangene Rechtsprechung zur Aktenführungspflicht (oben E. 3.7) hat das Bundesgericht für das Verfahren vor den Versicherungsträgern nach ATSG für anwendbar erklärt (Urteil des BGer 8C_319/2010 vom 15. Dezember 2010 E. 2.2.2). Dies muss auch für die Vorinstanz in ihrer Funktion als Revisionsdienst der Arbeitslosenversicherung gelten.

E. 3.9

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, es bestehe vorliegend ein "Aktenwirrwarr", ist einerseits festzuhalten, dass kein Anspruch auf ein Aktenverzeichnis besteht (oben E. 3.7). Andererseits kann vorliegend offenbleiben, ob die fehlende durchgehende Paginierung beziehungsweise das Vorliegen von mehreren "Beilagen 1", unter dem Gesichtspunkt der Gehörsverletzung relevant ist. Entscheidend ist vorliegend, dass die Vorinstanz der

Beschwerdeführerin in ihrem Verfahren Akteneinsicht gewährt hat, wobei sie mit der Zustellung vom 8. Juni 2022 an die Beschwerdeführerin, mit der Zustellung des Einspracheentscheids und mit der Zustellung im Beschwerdeverfahren (Beilagen 1-17; Beilagen 1-2; Beilagen 1-10) die Akten nummeriert hat, und die Beschwerdeführerin offenkundig in der Lage war, ihre Beschwerdeschrift zu verfassen, Beweismittel zu bezeichnen sowie Editionsbegehren zu stellen. Gleichwohl ist die Vorinstanz daran zu erinnern, dass die Akten spätestens im Zeitpunkt des Entscheids durchgehend paginiert werden müssen (oben E. 3.7).

E. 4.1

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Im Anwendungsbereich des ATSG bestimmt Art. 52 Abs. 2 Satz 2 ATSG, dass Einspracheentscheide begründet werden. Die Begründung muss kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (BGE 136 I 184 E. 2.2.1). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2). Die verfassungsrechtlich geforderte Begründungsdichte ist nicht einheitlich festgelegt. Deren Anforderungen sind je nach Komplexität des Sachverhalts und/oder des der Behörde eingeräumten Ermessensspielraums sowie der Eingriffsintensität des Entscheids unterschiedlich (BGE 129 I 232 E. 3.3; 125 II 369 E. 2c). Die Begründung einer Verfügung muss so abgefasst sein, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (BGE 141 III 28 E. 3.2.4).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Vorinstanz begründe ihren Entscheid äusserst pauschal, indem sie ausführe, im Betrieb der Beschwerdeführerin sei teilweise vertraglich keine Normal- oder Sollarbeitszeit vereinbart gewesen und die Beschwerdeführerin habe ihre Angestellten zu einer nicht korrekten Arbeitszeiterfassung angewiesen. Die Vorinstanz setze sich nicht mit den individuell geführten Arbeitszeiterfassungen je Arbeitnehmer auseinander. Sie begründe im Einzelnen nur die Nichtanerkennung von 558.5 Ausfallstunden betreffend vier Mitarbeitende. Der überaus grössere Teil der nicht anerkannten Ausfallstunden werde pauschal mit angeblich ungenügender Zeiterfassung begründet. Zumindest hätte zwischen Handelsreisenden und Innendienstmitarbeitenden unterschieden werden müssen, vor allem hinsichtlich der Erfassung der Reisezeit, die im Innendienst nicht anfalle. Die nur abstrakt gehaltenen Vorwürfe könnten nur abstrakt bestritten und widerlegt werden.

E. 4.3

Die Vorinstanz führt aus, die Begründung des Einspracheentscheids müsse nicht alle Einzelheiten enthalten. Es genüge, wenn die Beanstandungen, die unter die einschlägigen Normen zu subsumieren seien, in der üblichen Weise in ihren wesentlichen Zügen dargelegt würden.

E. 4.4

Die Begründung der Rückforderung im angefochtenen Einspracheentscheid genügt den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an die Begründungspflicht. Die

Vorinstanz erklärt gestützt worauf und weshalb für den fraglichen Zeitraum März bis Mai 2020 Kurzarbeitsentschädigungen zurückgefordert werden und nimmt darüber hinaus ausdrücklich Bezug auf die einspracheweise erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin. Die Begründung der Höhe der Rückforderung ergibt sich aus der zugrunde liegenden Revisionsverfügung vom 13. Mai 2022 und brauchte angesichts der Bestätigung der Rückforderungssumme nicht erneut detailliert dargestellt zu werden. Bei Erhebung einer Einsprache wird das Verwaltungsverfahren im Übrigen erst durch den Einspracheentscheid abgeschlossen, welcher die ursprüngliche Verfügung ersetzt (BGE 142 V 337 E. 3.2.1 in fine).

E. 5.1

Das Verfahren richtet sich zunächst nach den Art. 27 bis Art. 54 ATSG beziehungsweise nach dem anzuwendenden versicherungszweigspezifischen Einzelgesetz; soweit damit ein Verfahrensbereich nicht abschliessend geregelt wird, kommt ergänzend das VwVG zur Anwendung (oben E. 3.1). Dies gilt unter anderem für Art. 12 ff. VwVG (BGE 135 V 254 E. 3.3.1 zum Sachverständigengutachten), Art. 18 VwVG (BGE 132 V 443 E. 3.3) und Art. 19 VwVG (BGE 137 V 210 E. 3.4.2; vgl. Urteil des BGer 8C_834/2013 vom 18. Juli 2014 E. 5.1; Kieser, Kommentar ATSG, Art. 55 N 26).

E. 5.2.1

Im Sozialversicherungsverfahren liegt die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen, vorliegend für die geltend gemachten Arbeitsausfälle, bei der Leistungsansprecherin (vgl. BGE 121 V 204 E. 6a; vgl. Patrick L. Krauskopf/Markus Wyssling, in: Bernhard Waldmann/Patrick L. Krauskopf [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2023, Art. 12 N 230). Zwar muss die Behörde bei begründeten Zweifeln beispielsweise am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Arbeitgeberin die Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften. Indessen liegt es nicht an der Behörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede zur Kurzarbeit angemeldete Person individuell zu beweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1).

E. 5.2.2

Im Sozialversicherungsrecht ist das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anzuwenden, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht beziehungsweise die Behörde hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 146 V 51 E. 5.1; 138 V 218 E. 6; vgl. Urteil des BGer 8C_22/2016 vom 3. März 2016 E. 6.1; Urteil des BVGer B-2310/2020 vom 27. Dezember 2021 E. 2.4 betreffend Schlechtwetterentschädigung). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1).

E. 5.2.3

Die Beschwerdeführerin bringt vor, es gehe nicht an, dass die Vorinstanz von wenigen Zweifeln an der Zeiterfassung, die allgemein gefasst und nicht stimmig seien, auf eine insgesamt ungenügende Arbeitszeiterfassung aller Mitarbeitenden schliesse. Von spärlichen Vorhaltungen könne nicht auf eine flächendeckende Untauglichkeit der Arbeitszeiterfassungen im gesamten Betrieb geschlossen werden. Wenn die Vorinstanz die Richtigkeit solcher Arbeitszeiterfassungen anzweifle, habe sie diese individuell zu prüfen und ihre Zweifel zu begründen, ansonsten sie in eine willkürliche Rechtsanwendung ver falle und ein faires Verfahren vermissen lasse. Die Vorinstanz spreche der Arbeitszeiterfassung insgesamt und in allgemeiner Hinsicht die Beweistauglichkeit ab, was sie jedoch nicht sachlich begründe. Sie stütze sich offenkundig nur auf Mutmassungen und Annahmen.

E. 5.2.4

Die Vorinstanz führt aus, die verfügende Instanz dürfe den Leistungsanspruch bereits ablehnen, sobald sie angesichts des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit überzeugt sei, dass die Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nicht rechtsgenügend belegt sei. Vorliegend stützten sich die Beanstandungen auf belastende Dokumente, die auf die fehlende Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle schliessen liessen.

E. 5.2.5

Die Ausführungen der Vorinstanz sind korrekt: Sie muss weder die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede zur Kurzarbeit angemeldete Person individuell beweisen noch hat sie, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin, das Beweismass der vollen Überzeugung anzuwenden (oben E. 5.2.2). Im Übrigen liegt Willkür in der Rechtsanwendung erst vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 140 III 167 E. 2.1). Schliesslich ist nicht ersichtlich, inwiefern der Anspruch auf ein faires Verfahren durch die Anwendung des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit im Sozialversicherungsrecht verletzt sein sollte.

E. 6.1

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben nach Art. 31 Abs. 1 AVIG Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben, der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32 AVIG), das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist, der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können. Als normale Arbeitszeit gilt die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig (Art. 46 Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]). 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 unter anderem Arbeitnehmer, deren

Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus, wobei der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b AVIV).

E. 6.1.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG unterscheide zwischen der Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls und der ausreichenden Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit und offenbare damit, dass es sich nicht um dasselbe handle. Im Umkehrschluss sei die Voraussetzung erfüllt, wenn entweder alternativ ein Arbeitsausfall bestimmbar sei oder die Arbeitszeit ausreichend kontrollierbar sei. Die Verordnung statuiere, dass die "Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls" eine Arbeitszeitkontrolle voraussetze, wobei das Gesetz diesen Terminus aber nicht kenne. Das Gesetz nehme geradezu auf die Möglichkeit Bezug, dass die Arbeitszeit zwar nicht ausreichend kontrollierbar, der Arbeitsausfall aber dennoch bestimmbar sei. Selbst wenn die Arbeitszeit nicht mit einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle erfasst werde, könne damit nicht automatisch auf einen nicht bestimmbaren Arbeitsausfall geschlossen werden. Art. 46b AVIV setze nur in punkto Kontrollierbarkeit, nicht jedoch in Bezug auf die Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls eine Arbeitszeitkontrolle voraus. Werde also keine Arbeitszeitkontrolle geführt, schliesse dies nur die Kontrollierbarkeit, nicht aber die Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls aus. Gesetz und Verordnung liessen daher Raum, den Arbeitsausfall gestützt auf andere Beweismittel zu bestimmen. Die Rückforderung lasse sich daher nicht auf Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG stützen und die Vorinstanz verhalte sich im Widerspruch zu ihrer eigenen Praxis (AVIG-Praxis KAE Rz. B30, 2. Satz, und B32), die ebenfalls zwischen Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls und Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit unterscheide, und handle daher willkürlich. Das Gesetz schliesse die Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls selbst dann nicht aus, wenn die Arbeitszeit nicht kontrollierbar sei.

E. 6.1.2

Die Vorinstanz erklärt, wenn mangels geeigneter betrieblicher Arbeitszeitkontrolle die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls verneint werden müsse, sei die ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung zurückzufordern. Die Beschwerdeführerin ignoriere Rz. B34 der AVIG-Praxis KAE, worin die Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls behandelt werde. Es sei aufgrund des Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen nicht nachvollziehbar, wie die Beschwerdeführerin zum Schluss komme, dass das Gesetz die Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls selbst dann nicht ausschliesse, wenn die Arbeitszeit nicht kontrollierbar sei. Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls beziehungsweise der tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten setze ja gemäss Art. 46b AVIV eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle für alle Arbeitnehmenden voraus.

E. 6.1.3

Die Beschwerdeführerin macht ausdrücklich nicht geltend, Art. 46b Abs. 1 AVIV sei gesetzeswidrig. Vielmehr geht aus ihren Ausführungen hervor, dass sie diese Verordnungsbestimmung im Zusammenhang mit Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG dahingehend interpretiert, dass für die Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls nicht in jedem Fall eine Arbeitszeitkontrolle notwendig sei und der Arbeitsausfall auch durch andere Beweismittel als eine Arbeitszeiterfassung oder Ähnliches bestimmt werden könne. Daraus folgert sie, dass die Rückforderung im konkreten Fall nicht auf Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG gestützt

werden könne.

E. 6.1.4

Die Beschwerdeführerin übersieht dabei Folgendes: Der Gesetzestext von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist in seinem Wortlaut klar. Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben (u.a.) Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (frz.: "ou"; ital.: "o"). Es handelt sich dabei um einen Ausschlussgrund (BVG 2021 V/2 E. 3.6) beziehungsweise ein Ausschlusskriterium, neben weiteren gesetzlich geregelten Ausschlussgründen. Für einen Umkehrschluss, wonach Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn entweder alternativ ein Arbeitsausfall bestimmbar oder die Arbeitszeit ausreichend kontrollierbar ist, verbleibt kein Raum, weil die Anspruchsvoraussetzungen in Art. 31 Abs. 1 AVIG geregelt sind. Wollte man einen Umkehrschluss ziehen, lautete dieser, dass eben gerade beide Komponenten vorhanden sein müssen. Die Marginalie von Art. 46b AVIV lautet "Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls" und nimmt in der Klammer ausdrücklich Bezug auf Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG, den die Verordnungsbestimmung ausführt, in der festgelegt ist, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetzt. Es soll damit sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Das Bundesgericht führt hierzu aus: "Art. 46b Abs. 1 AVIV hat zum Ziel, die Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG zu bewerkstelligen, indem im Sinne einer formellen Beweisvorschrift das Führen einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle verlangt wird. Wohl erweist sich eine derartige Verfahrensvorschrift als unerlässlich, um den Durchführungsorganen der Arbeitslosenversicherung die Möglichkeit zu geben, den geltend gemachten Arbeitsausfall innert nützlicher Frist und zuverlässig zu überprüfen" (Urteil des EVG C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2b). Von dieser formellen Beweisvorschrift abgewichen werden darf nur, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, das heisst 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 (Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1). Erst die Arbeitszeiterfassung weist die konkret gearbeiteten Stunden aus und erlaubt es überhaupt, die Differenz zur vertraglichen Arbeitszeit zu ermitteln und damit den Umfang der zu leistenden Entschädigung zu bestimmen (BVG 2021 V/2 E. 4.5). Die Arbeitszeiterfassung soll nachweisen, ob der geltend gemachte Arbeitsausfall auch tatsächlich vorlag (dann wird Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet) oder ob in dieser Zeit nicht umgekehrt gearbeitet wurde (dann besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, sondern auf regulären Lohn; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 3.5.2). Wenn die Höhe der Ausfallstunden nicht bekannt ist, können diese nicht mit den Sollstunden verrechnet werden, um die Ausfallstunden zu ermitteln und so die Höhe der auszurichtenden Kurzarbeitsentschädigung zu bestimmen (Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 4.2 in fine).

E. 6.1.5

Die Weisung AVIG KAE des SECO (AVIG-Praxis KAE) befasst sich ab Rz. B30 mit dem Ausschlussgrund nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG. Die Beschwerdeführerin erachtet die dortigen Konkretisierungen als Beleg für ihre Ansicht. Bei der AVIG-Praxis KAE handelt es sich um eine Verwaltungsverordnung. Verwaltungsverordnungen richten sich an die

Behörden und sind für die Gerichte nicht verbindlich. Die Unterart der vollzugslenkenden Verwaltungsverordnungen kann namentlich dazu dienen, eine einheitliche Handhabung des Verwaltungsermessens sicherzustellen. Obwohl für das Gericht nicht verbindlich, sind Verwaltungsweisungen aber zu berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 148 V 144 E. 3.1.3). Die AVIG-Praxis KAE stützt sich auf Art. 110 AVIG und richtet sich an die Durchführungsstellen (Vorwort AVIG-Praxis KAE; Urteil des BGer 8C_141/2023 vom 2. Mai 2023 E. 4.1).

E. 6.1.6

Die Beschwerdeführerin verkennt, dass auch die AVIG-Praxis KAE davon ausgeht, dass eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle unerlässlich ist für die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls beziehungsweise der tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten und damit für den Anspruch auf Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung (vgl. Rz. B34 ff. AVIG-Praxis KAE). Die Vorinstanz verhält sich daher auch nicht in Widerspruch zu ihrer Praxis beziehungsweise ihren Weisungen.

E. 6.2.1

Mangelnde Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls kann unter anderem daraus resultieren, dass sich die geschuldete normale Arbeitszeit (vgl. Art. 31 Abs. 1 AVIG) nicht bestimmen lässt. Als normale Arbeitszeit gilt die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig (Art. 46 Abs. 1 Satz 1 AVIV). Für Arbeitnehmer mit flexiblem Arbeitszeitsystem gilt die vertraglich vereinbarte jahresdurchschnittliche Arbeitszeit als normale Arbeitszeit (Art. 46 Abs. 1 Satz 2 AVIV). Die vertragliche Arbeitszeit ergibt sich entweder aus den jeweiligen Einzelarbeitsverträgen oder wird durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer einem solchen unterstellt sind. Wenn die normale Arbeitszeit nicht gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung über die von den Arbeitnehmern zu leistende Arbeitszeit oder gestützt auf die im Beruf oder Erwerbszweig des Versicherten allgemein üblichen Arbeitszeit ermittelt werden kann und somit nicht verlässlich festzustellen ist, ob eine Änderung der effektiven Arbeitszeit tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstaufschlag bewirkt, ist der Arbeitsausfall nicht ausreichend bestimmbar (Urteil des BVGer B-5058/2011 vom 24. April 2012 E. 4.1). Letzteres kann namentlich bei Personen der Fall sein, die eine Abruf- oder Aushilfstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber je nach Arbeitsausfall sporadisch eingesetzt werden, sodass sie nicht mit einer regelmässigen arbeitsvertraglich zugesicherten Zahl von Arbeitsstunden rechnen können. Ist eine versicherte Person zu regelmässiger Leistung von Teilzeitarbeit verpflichtet, gilt die auf dieser Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normale Arbeitszeit (Urteil des BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014 E. 2.9).

E. 6.2.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Sollarbeitszeit sei zumindest bei den Innendienstmitarbeitenden vertraglich vereinbart gewesen. Aus dem Umstand, dass sich die Verträge mit den Handelsreisenden nicht ausdrücklich zur vereinbarten Arbeitszeit

äusserten, könne aber nicht geschlossen werden, dass keine entsprechende Vereinbarungen getroffen worden seien. Die Normalarbeitszeit habe für sämtliche Mitarbeitende 42.5 Stunden pro Woche betragen. Dies ergebe sich insbesondere auch aus den bei der Unfall- und Krankentaggeldversicherung gemeldeten Stunden beziehungsweise aus den entsprechenden Leistungsabrechnungen. Auf die Angaben der Beschwerdeführerin könne es daher nicht ankommen. Soweit die Vorinstanz der Ansicht sei, die Arbeitszeit der Handelsreisenden variere, verkenne sie die Natur dieser Tätigkeit und des Vertragstyps. Es könne keinen unterschiedlichen Arbeitsanfall geben, weil die Kontaktnahme zum Kunden von Handelsreisenden ausgehe. Sie würden im Wesentlichen in ihrer Arbeitszeit Akquise betreiben. Der Handelsreisende sei für seine Auftragslage selber verantwortlich und passe seine Arbeitszeit nicht dem Verkaufserfolg an. Die Provision bilde Bestandteil des Verdienstes. Die Vorinstanz ver falle in Mutmassungen und unbelegte Behauptungen. Indem sie in der Beilage 1 zur Revisionsverfügung zwischen den von ihr und den von der Beschwerdeführerin berechneten Sollstunden unterscheide, anerkenne die Vorinstanz ausdrücklich, dass im gesamten Betrieb eine vertragliche Normalarbeitszeit von 42.5 Stunden vereinbart gewesen sei. Die Sollstunden liessen sich in Kenntnis der vertraglichen Arbeitszeit sodann anhand von objektiven Informationen bestimmen (Anzahl Arbeitstage im entsprechenden Monat). Die Rückforderung aufgrund angeblich fehlender Vereinbarung über die Sollarbeitszeit sei unrechtmässig.

E. 6.2.3

Die Vorinstanz führt aus, in den Verträgen mit den Handelsreisenden sei keine Arbeitszeitregelung enthalten; mit ihnen sei keine Sollarbeitszeit beziehungsweise betriebliche Normalarbeitszeit vereinbart. Inzwischen halte die Beschwerdeführerin in neuen Verträgen zwar eine wöchentliche Arbeitszeit fest; dies sei für die vorliegende Rückforderung jedoch unerheblich. Bei den Handelsreisenden hänge Verdienst und Anstellung von den verlangten Umsätzen ab. Die Arbeitszeit ergebe sich aufgrund der Kundenbesuche. Es sei offensichtlich, dass die Arbeitszeit stark variere und sich in erster Linie nach dem Verkaufserfolg richte, zumal die Handelsreisenden vertraglich dazu verpflichtet seien, im Durchschnitt von drei Monaten Umsätze zu erzielen, die eine bestimmte Limite nicht unterschreiten dürften und damit eine Mindesthöhe an Umsatz erreichen. Die Vorinstanz anerkenne durch die in der Beilage 1 zur Revisionsverfügung dargestellte Übersicht keinesfalls, dass die vertragliche Arbeitszeit im Betrieb flächendeckend 42.5 Stunden betragen habe. Die Übersicht habe lediglich der Korrektur um die bezahlten Feiertage gedient.

E. 6.2.4

Die Tätigkeit der Handelsreisenden wird im Arbeitsvertrag wie folgt umschrieben: "Der Handelsreisende übernimmt die Verpflichtung, für die Firma in ihrem Namen und für ihre Rechnung im Vertragsgebiet Geschäfte betreffend die Vertragsprodukte abzuschliessen". Es ist festgelegt, dass die Reisetätigkeit in der Regel fünf Arbeitstage umfasst (Montag bis Freitag). Die Arbeitsverträge der Handelsreisenden enthalten mithin keine Angaben zur Arbeitszeit. Allerdings ist dies nach Art. 347 ff. OR auch nicht verlangt. Ferner ist im Arbeitsvertrag festgelegt: "Der Reisende muss im Schnitt von 3 Monaten Fr. 16'000.- bis Fr. 20'000.- Umsatz erreichen. Umsätze, welche unter dieser Limite liegen, sind weder für den Reisenden noch für die Firma tragbar". Der Lohn besteht aus einem Grundfixum (Fr. 2'100.-; AHV-pflichtig) sowie Spesen (Fr. 900.-; nicht AHV-pflichtig). Die Provision ist umsatzabhängig "nach Anzahl umsatzgenerierender Arbeitstage". Sodann enthalten die

Arbeitsverträge Angaben zur Provisionsberechnung (ab Fr. 10'000.- Umsatz 10 % Provision; ab Fr. 18'000.- 14 % usw.). Verdienst und Anstellung sind damit zwar im Wesentlichen von den verlangten Umsätzen abhängig, die Handelsreisenden sind aber nicht ausschliesslich erfolgsabhängig bezahlt (vgl. AVIG-Praxis KAE Rz. B33, wonach Personen, die ausschliesslich erfolgsabhängig, d.h. ohne Fixum entschädigt werden, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, weil der Arbeitsausfall in diesen Fällen nicht überprüfbar ist).

E. 6.2.5

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die Vorinstanz wäre im Rahmen ihrer Sachverhaltsabklärungspflicht verpflichtet gewesen, die Beschwerdeführerin als Partei oder die Arbeitnehmenden als Zeugen mündlich oder mindestens schriftlich zur vertraglich vereinbarten Arbeitszeit zu befragen. Die Vorinstanz erklärt, dass auf eine solche Anhörung vor Verfügungserlass verzichtet werden könne, wenn die Verfügung mittels Einsprache angefochten werden könne. Ohnehin wäre eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs geheilt, wenn sich die betroffene Partei vor Gericht äussern könne.

E. 6.2.6

Der Versicherungsträger prüft die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein. Mündlich erteilte Auskünfte sind schriftlich festzuhalten (Art. 43 Abs. 1 ATSG). Diese Bestimmung ist (sinngemäss) auch auf das Verfahren vor der Vorinstanz anwendbar (oben E. 5.1). Verschiedene Aspekte der Abklärungspflicht sind nicht durch das Gesetz geregelt, sodass dafür auf die subsidiär massgebenden Bestimmungen des VwVG zurückgegriffen werden muss (Kieser, Kommentar ATSG, Art. 43 N 6). Gemäss Art. 12 VwVG stellt die Behörde den Sachverhalt von Amtes wegen fest und bedient sich nötigenfalls der genannten Beweismittel, wobei deren Aufzählung nicht abschliessend ist (Urteil des BVGer B-880/2012 vom 25. Juni 2018 E. 8.4.2). Art. 12 Bst. c VwVG nennt Auskünfte oder Zeugnis von Drittpersonen als mögliche Beweismittel. Die Behörde hat im Rahmen des Zumutbaren den entscheidenerheblich erscheinenden Umständen nachzugehen (Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 3.2). Entscheid- beziehungsweise rechtserheblich sind alle Tatsachen, welche die tatbestandlichen Voraussetzungen der anwendbaren Norm erfüllen (Urteil des BGer 2C_168/2019 vom 15. April 2019 E. 2.5).

E. 6.2.7

Es trifft zu, dass die Parteien nicht angehört werden müssen vor Verfügungen, die - wie die Revisionsverfügung der Vorinstanz vom 13. Mai 2022 - durch Einsprache anfechtbar sind (Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 3.2.1). Die Beschwerdeführerin hatte im Rahmen des Einsprache- wie auch des Beschwerdeverfahrens vor dem über uneingeschränkte Kognition verfügenden Bundesverwaltungsgericht hinreichend Gelegenheit, sich zur Rückerstattungsforderung zu äussern, wovon sie denn auch Gebrauch gemacht hat. Die Vorinstanz war darüber hinaus gestützt auf Art. 12 Bst. c VwVG nicht gehalten, weitere Auskünfte und Zeugnis einzuholen, da aufgrund der Verträge der Handelsreisenden erstellt ist, dass vertraglich keine normale Arbeitszeit im Sinne von Art. 31 Abs. 1 AVIG und Art. 46 Abs. 1 AVIV vereinbart wurde. Ob dieser Umstand alleine eine vollständige Aberkennung der ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigung für die Handelsreisenden rechtfertigt, braucht in Berücksichtigung dessen, dass auch die Arbeitszeitkontrolle der Handelsreisenden in der fraglichen Periode ungenügend gewesen

ist (unten E. 6.6), nicht geprüft zu werden.

E. 6.2.8

Soweit sich das Vorbringen auf die Innendienstmitarbeitenden bezieht, erweist sie sich als unbegründet. Die Vorinstanz stützt den angefochtenen Entscheid nicht darauf, dass die vertragliche Sollarbeitszeit der zur Kurzarbeit angemeldeten Innendienstmitarbeitenden nicht bestimmbar gewesen wäre, sondern darauf, dass die Arbeitsausfälle im massgeblichen Zeitraum - aus verschiedenen Gründen - nicht ausreichend bestimmbar beziehungsweise kontrollierbar gewesen seien (unten E. 6.6). Darüber hinaus hält sie lediglich fest, der Betrieb habe in den Abrechnungen April und Mai 2020 die Sollstunden zu Unrecht ohne die auf Wochentage fallenden Feiertage ermittelt, der Lohn hingegen sei für diese Absenkezeiten bei der AHV-pflichtigen Lohnsumme berücksichtigt worden, wodurch der prozentuale, wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall zu hoch ausgefallen sei, und erkennt, dass diese Beanstandung angesichts der umfassenden Leistungsaberkennung infolge Unkontrollierbarkeit der geltend gemachten Arbeitsausfälle folgenlos bleibe.

E. 6.3

Die Vorinstanz erkennt, dass die Löhne der Handelsreisenden aufgrund des Durchschnittslohns hätten ermittelt werden müssen und deshalb gegenüber den von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Löhnen teilweise massiv tiefer ausgefallen wären. Sie stützt sich dabei auf Art. 57 AVIV, worin die Bemessungsgrundlagen bei erheblich schwankendem Lohn geregelt sind: Weicht der Lohn im letzten Beitragsmonat um mindestens 10 % vom Durchschnittslohn der letzten zwölf Monate ab, so bemisst sich die Kurzarbeitsentschädigung aufgrund dieses Durchschnittslohns. Die Vorinstanz erklärt jedoch, dass diese Beanstandung angesichts der umfassenden Leistungsaberkennung infolge Unkontrollierbarkeit der geltend gemachten Arbeitsausfälle folgenlos bleibe. Die Beschwerdeführerin äussert sich nicht dazu, weshalb diese Thematik nicht zu prüfen ist.

E. 6.4

Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus, wobei der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b AVIV). Damit soll sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Urteil des BGer 8C_26/2015 vom 5. Januar 2016 E. 2.3 in fine). Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, jederzeit möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes einzelnen Arbeitnehmers feststellen zu können (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 5.2).

E. 6.4.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihre Arbeitszeitkontrolle sei genügend und die Ausfallstunden bestimmbar. Die Vorinstanz leite nicht neutral und voreingenommen aus einer E-Mail ab, dass zur falschen Arbeitszeiterfassung angewiesen worden sei, was nicht zutrefte. Sie habe diese E-Mail fehlinterpretiert. Die Mitarbeitenden hätten täglich, fortlaufend und handschriftlich Stundenzettel ausgefüllt, welche die geleistete Arbeitszeit und das Tagestotal zeigten und damit beweistauglich seien. Nicht geleistete Arbeitsstunden wie Ferien, Feiertage, Krankheit, Unfall, Militär und Zivildienst, sonstige bezahlte und unbezahlte Absenzen müssten nach der Rechtsprechung nicht ausdrücklich festgehalten

werden. Die Ausfallstunden ergäben sich aus dem Delta zwischen Soll- und Ist-Stunden. Aus den von der Vorinstanz zitierten E-Mails gehe nur hervor, wann ein Mitarbeiter jeweils eine E-Mail versandt habe, wann er diese jedoch verfasst habe, sei nicht ersichtlich. Auch lasse sich daraus nicht ableiten, dass der Mitarbeiter zwischen 8 und 17 Uhr gearbeitet habe. Das seien lediglich Mutmassungen und Unterstellungen. Die Beschwerdeführerin habe Arbeitsunfähigkeitszeugnisse, UVG-Abrechnungen und so weiter aufbewahrt und damit über die entstandenen Ausfallstunden Buch geführt. Die Handelsreisenden hätten infolge eingeschränkter, bisweilen gar untersagter Reisetätigkeit keine Waren mehr verkauft. Die Innendienstmitarbeitenden hätten keine Bestellungen mehr zu bearbeiten gehabt und keine Waren versenden können. Die Beschwerdeführerin habe versucht, sämtliche Arbeitnehmende so weit als möglich zu beschäftigen, um nicht von Leistungen der Sozialversicherung abhängig zu sein. Es seien in grossem Umfang "unproduktive" Arbeitsstunden geleistet worden, die keinen oder nur minimalen Umsatz generierten. Im Übrigen sei es unmöglich gewesen, den Überblick über die geltenden Massnahmen zu behalten, zumal die Beschwerdeführerin in jedem Kanton mindestens einen Handelsreisenden beschäftige. Es gehe nicht an, dass die Auszahlung dieser existenzsichernden Entschädigung davon abhängig gemacht werde, nach welchem Modell ein Betrieb die Arbeitszeit erfasse. Die Vorinstanz unterscheide nicht zwischen Innendienst- und Aussendienstmitarbeitenden, obwohl diese unterschiedliche Verträge hätten und auch anders entlohnt würden. Die Beschwerdeführerin habe seinerzeit Unterstützung der Behörden per Telefon in Anspruch nehmen wollen, die Leitungen seien jedoch zusammengebrochen. Die damaligen Umsatzrückgänge seien erstellt, die entsprechenden Akten jedoch von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmt.

E. 6.4.2

Die Vorinstanz führt aus, sämtliche Arbeitnehmende (Handelsreisende und Innendienstmitarbeitende) hätten bis zum 22. März 2020 keine Arbeitszeitkontrolle geführt. Ausfallstunden seien aber ab dem 17. März 2020 geltend gemacht worden. Danach hätten die Arbeitnehmenden eine Excelliste geführt, in der jedoch lediglich die angeblich täglich geleisteten Arbeitsstunden festgehalten worden seien. Aus Outlook-Kalenderdaten, zu verschiedenen Tageszeiten durch Innendienstmitarbeitende versandten und beantworteten E-Mails und Aufstellungen über Kundenbesuche sowie aufgenommenen Bestellungen der Handelsreisenden (Bestellscheine), Arztzeugnissen und Unfallscheinen sei aber ersichtlich, dass die Arbeitsstunden nicht korrekt erfasst worden seien und in erheblichem Ausmass für Tage und Stunden wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht worden seien, an denen die Arbeitnehmenden gearbeitet hätten oder aus nicht wirtschaftlich bedingten Gründen abwesend gewesen seien. Aufgrund der zahlreichen vorgefundenen Widersprüche sei erstellt, dass die geführten Excellisten nicht die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden zeigten. Sie seien daher für die Überprüfung der gearbeiteten und ausgefallenen Stunden untauglich. Darüber hinaus erfüllten die Listen die Anforderungen an eine Arbeitszeitkontrolle nicht, da daraus lediglich die angeblich geleisteten Arbeitsstunden, jedoch alles Übrige nicht ersichtlich sei. Die Arbeitnehmenden seien ferner angewiesen worden, wahrheitswidrig nicht die effektiven Arbeitsstunden zu erfassen, da die Differenz von der Arbeitslosenversicherung bezahlt werde. In der Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung" würden die Betriebe auf die Details der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle hingewiesen. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin auch mit der Unterschrift auf der Voranmeldung zur Kenntnis genommen, dass und wie für die von Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden eine Arbeitszeitkontrolle geführt werden müsse.

Während der Pandemie sei davon nicht abgewichen worden. Lediglich hinsichtlich der Voraussetzung der Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls hätten während der Pandemie Erleichterungen gegolten, indem dieser nicht mehr detailliert habe begründet werden müssen, soweit er auf die spezifische Situation zurückzuführen gewesen sei.

E. 6.5.1

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

E. 6.5.2

Unter einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung versteht man ein System, bei welchem die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag und Arbeitnehmer in hinreichend verlässlichen Belegen wie Zeiterfassungskarten, Stunden-, Regie- oder Reiserapporten fortlaufend festgehalten werden (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Die gearbeiteten Stunden können elektronisch, mechanisch oder von Hand erfasst werden (Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 5.1.2). Wesentlich ist allein, dass die Dokumentierung ausreichend detailliert ist und zeitgleich erfolgt (Urteil des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1). Zeitgleich ist eine Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nicht beliebig nachträglich abgeändert werden können, ohne dass dies vermerkt wird (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2). Eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst nachträglich erstellt wurden (Urteile des EVG C 64/04 vom 19. August 2004 E. 2.1 und C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2). Eine im Nachhinein präsentierte Zusammenstellung der angeblich tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden stellt kein adäquates Mittel für die Kontrolle des Arbeitsausfalls dar, weil es ihr am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung fehlt (Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 5.1).

E. 6.5.3

Entscheidend ist sodann die jederzeitige Kontrollierbarkeit: Eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung muss sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten jedes Arbeitnehmenden und den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall machen können (Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2). Nachträglich eingereichte Dokumente können für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden können; andernfalls würde die vom Gesetz auferlegte

Kontrollaufgabe der Verwaltung ihres Sinnes beraubt werden (Urteil des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3).

E. 6.5.4

Eine Arbeitszeitkontrolle kann im Zusammenhang mit der Prüfung eines Arbeitsausfalls nur beweistauglich sein, wenn sie, abgesehen von einzelnen Fehlern, die immer vorkommen können, keine Unstimmigkeiten aufweist (Urteil des BGer 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2). Dabei handelt es sich um eine ähnliche Situation wie bei der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung nach Art. 957 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220; Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 5.1). Bei systematisch auftretenden Fehlern in der Arbeitszeitkontrolle gilt der Arbeitszeitausfall als nicht erstellt und die Antragstellenden haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (BVGE 2021 V/2 E. 3.5.2). Vom Erfordernis der genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist während der Covid-19-Pandemie nicht abgewichen worden; es galten dieselben Anforderungen an die Arbeitszeiterfassung (BVGE 2021 V/2 E. 4.10; zuletzt bestätigt in Urteilen des BVGer B-2334/2022 vom 27. September 2023 E. 4.2 [noch nicht rechtskräftig] und B-410/2022 vom 5. Mai 2023 E. 3.1).

E. 6.6.1

Aus den Akten geht hervor, dass im Bezugszeitraum vom 17. bis zum 22. März 2020 keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt wurde. Nach diesem Zeitpunkt wurde pro Mitarbeiter zwar eine Excelliste geführt, die jedoch lediglich die gearbeiteten Stunden ausweist und keine weiteren Informationen enthält. Allfällige Mehrstunden, wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden und Absenzen, wie Ferien, Krankheit, Unfall, Militärdienst, Zivildienst, sonstige bezahlte und unbezahlte Absenzen sind somit nicht erfasst. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin wurde durch die Rechtsprechung bestätigt, dass diese Angaben notwendig sind (Urteil des BGer 8C_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.4). Es lässt sich daher nicht zuverlässig feststellen, inwieweit die geltend gemachten Ausfallstunden auf wirtschaftliche Gründe oder auf sonstige Absenzen (Ferien, Krankheit, Unfall, Militär- oder Zivildienst) zurückzuführen waren. Die in den Akten liegenden Arztzeugnisse und Versicherungsakten belegen, dass es krankheits- und unfallbedingte Abwesenheiten gab, diese jedoch nach Angaben der Vorinstanz und stattdessen wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht worden sind, was die Beschwerdeführerin im Grundsatz nicht bestreitet. Beispielsweise war ein Mitarbeiter gemäss Arztzeugnis vom 27. April bis zum 1. Mai 2020 100 % krankgeschrieben, in seiner Zeiterfassung waren jedoch sowohl am 27. als am 28. April 2020 je zwei Arbeitsstunden erfasst.

E. 6.6.2

Auch sind die geführten Stundenlisten bezüglich der erfassten Arbeitszeit anzuzweifeln. Ein Mitarbeiter äusserte in einer E-Mail an den Personalverantwortlichen, dass er im "letzten monat ja genauso aktiv gearbeitet wie alle monate. Überwiesen wurden sfr. 3.800.- , faktisch 1.000.- weniger wie ohne corona". Die Aussage bezog sich auf April 2020. Für diesen Mitarbeiter hat die Beschwerdeführerin aber 115.75 Ausfallstunden geltend gemacht. Sie erklärt, die Ausführungen dieses Mitarbeiters seien unglaubwürdig. Er habe in seiner Arbeitszeiterfassung nur wenige Arbeitsstunden erfasst, was zutrifft. Festzustellen ist aber ein Widerspruch zwischen der Arbeitszeiterfassung, der E-Mail und eventuell sogar

dem ausbezahlten Lohn. Eine Mitarbeiterin erkundigte sich beim Personalverantwortlichen im Rahmen der Einreichung ihres wöchentlichen Stundenrapports am 15. Mai 2020: "Wie beim Mitarbeitergespräch besprochen, habe ich jeweils 5-6 Stunden pro Tag aufgeführt - wie ich von Kollegen erfahren habe, schreiben die meisten jedoch noch immer nur 2 Stunden pro Tag auf. Bitte um Rückmeldung, was nun korrekt ist." Der Beschwerdeführerin ist zwar insoweit zuzustimmen, als die Aussage, sie habe fünf bis sechs Stunden in der Arbeitszeiterfassung ausgewiesen - entgegen den Ausführungen der Vorinstanz - zutrifft, dies jedoch nichts über die tatsächlich gearbeitete Zeit und allfällige Absenzen aussagt. Vielmehr bestätigt die E-Mail, dass Vereinbarungen darüber bestanden, wieviel Arbeitszeit erfasst werden sollte. Festzuhalten ist, dass zahlreiche Mitarbeitende im fraglichen Zeitraum tatsächlich täglich zwei Stunden Arbeitszeit erfasst haben. Die Vorinstanz erachtet diese Erfassung bei den Handelsreisenden gestützt auf die Angaben zu Kundenbesuchen und Bestellungen als unglaubwürdig und führt dies exemplarisch anhand eines Arbeitstags (4. Mai 2020) im Detail aus: Die durch den Handelsreisenden abgefahrene Strecke sei vom Ausgangspunkt kaum in zwei Stunden zu bewältigen (Kundenkontakt [11 Kunden, wobei eine Person nicht angetroffen wurde] sowie Bestellungsvorgang [8 Bestellungen] noch nicht eingerechnet), weshalb die erfasste Arbeitszeit nicht stimmen könne. Die Beschwerdeführerin bestreitet dies. Tatsächlich beträgt die Fahrzeit für die angegebene Route gemäss Routenplaner eine knappe halbe Stunde, wenn man den Anfahrtsweg, den die Vorinstanz im Gegensatz zur Beschwerdeführerin als Arbeitszeit verstanden haben will, ausser Acht lässt. Die Beschwerdeführerin macht keine Angaben dazu, wieviel Zeit ihre Mitarbeitenden für einen durchschnittlichen Kundenbesuch benötigen. Ausgehend von zehn Minuten pro Kunde, hätte der Mitarbeiter an diesem Tag bereits über eineinhalb Stunden nur für den Kundenkontakt aufgewendet. Die Zeiterfassung von insgesamt zwei Stunden (ohne die Anreisezeit) ist daher zumindest zweifelhaft. Hinzu kommt, dass faktisch für die Anreisezeit Ausfallstunden gegenüber der Arbeitslosenversicherung geltend gemacht wurden. Aus der E-Mail-Korrespondenz des Personalverantwortlichen geht hervor, dass er teilweise gearbeitet hat, ohne dies zu erfassen, und die Beschwerdeführerin gleichzeitig Ausfallstunden geltend gemacht hat, was sie jedoch bestreitet. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann durchaus gefolgert werden, dass im betreffenden Zeitraum gearbeitet worden ist, auch wenn eine E-Mail selbstredend auch zu einem anderen als dem Sendezeitpunkt vorbereitet werden kann oder von unterwegs oder daheim aus verschickt werden kann. Selbst wenn es sich dabei um einen geringen Arbeitsaufwand gehandelt haben sollte, muss dies bei der Inanspruchnahme einer Leistung der Arbeitslosenversicherung deklariert werden, da sich die Leistung der Kasse in diesem Umfang vermindert.

E. 6.6.3

Aktenkundig ist ein undatiertes Informationsschreiben mit dem Titel "Ausfüllen der Stundenblätter": "Es sind diverse Fragen aufgetaucht die wir hier gerne beantworten: Die Stundenblätter sind für die Arbeitslosenkasse. Also nicht zum Kontrollieren wer wieviel arbeitet von der Firma aus. D.h. schreibt nicht zu viele Stunden auf, da die Differenz von der Arbeitslosenkasse bezahlt wird. Bitte nur die reinen Arbeitsstunden aufschreiben und keine Reisezeit". Das Schreiben ist nach Angaben der Vorinstanz am 20. März 2020 per E-Mail an die Mitarbeitenden beider Schwestergesellschaften gesendet worden, was die Beschwerdeführerin nicht bestreitet. Sie erklärt, aufgrund von Unsicherheiten in der Belegschaft in Bezug auf die Arbeitszeiterfassung (einige Mitarbeitende seien davon ausgegangen, dass sie nur dann 80 % ihres Lohns erhielten, wenn sie auch 80 % arbeiteten),

habe die Geschäftsführung eine Sitzung abgehalten, an der besprochen worden sei, dass die Mitarbeitenden nicht zu viele, aber auch nicht zu wenige Arbeitsstunden, sondern zwingend die effektiv geleistete Arbeitszeit festhalten müssten. Diese Besprechung sei kurz und knapp in das fragliche Schreiben eingeflossen. Daraus könne keine Anweisung zur Falscherfassung abgeleitet werden. Ihre Mitarbeitenden hätten bis zu diesem Zeitpunkt ihre Arbeitszeit noch nie schriftlich erfasst, weshalb sie misstrauisch gewesen seien und die Beschwerdeführerin habe klarstellen müssen, dass dies für die Arbeitslosenkassen gemacht werden müsse.

E. 6.6.4

Es ist ferner unklar und die Beschwerdeführerin substantiiert denn auch nicht, wie die Covid-19-Pandemie die Einführung einer den rechtlichen Anforderungen entsprechenden Arbeitszeitkontrolle behindert hätte (Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 6.4). Der Verweis darauf, dass es schwierig gewesen sei, den Überblick über die jeweils (in den einzelnen Kantonen) geltenden Massnahmen zu behalten, ist ebenfalls unbehelflich. Es ist demnach nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz unter Anwendung des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon ausgeht, dass die betriebliche Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdeführerin, soweit vorhanden, aus verschiedenen Gründen fehlerbehaftet und daher ungenügend ist.

E. 6.6.5

Im Übrigen räumt die Beschwerdeführerin selber ein, dass "in grossem Umfang [...] unproduktive Arbeitsstunden geleistet [worden seien], welche keinen oder nur minimalen Umsatz generierten". Die Beschwerdeführerin verkennt, dass wenn sie einen Arbeitsausfall aus wirtschaftlichen Gründen geltend macht, im geltend gemachten Zeitraum beziehungsweise Umfang nicht gearbeitet werden darf, auch nicht "unproduktiv", ansonsten der geltend gemachte Ausfall kein anrechenbarer Ausfall mehr bildet und in diesem Umfang kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht (Anspruchsvoraussetzung, Art. 31 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 32 AVIG). Ferner ist unerheblich, ob in der gearbeiteten Zeit Umsatz generiert worden ist oder nicht. Auch ermöglicht der Umsatzrückgang nicht die (nachträgliche) Bestimmung der Reduktion der Arbeitszeit. Kurzarbeitsentschädigungen sind nicht dazu bestimmt, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern oder Umsatzrückgänge oder Betriebsverluste zu decken (Urteil des BGer 8C_699/2022 vom 15. Juni 2023 E. 5.2.4). Der in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin gestellte Editionsantrag betreffend die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der Jahre 2018 bis 2021 ist daher abzuweisen.

E. 6.6.6

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz offenbare ihre voreingenommene Haltung, indem sie im angefochtenen Einspracheentscheid darlege, von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmte und ihr nicht bekannte Unterlagen und Informationen änderten am Ergebnis ihrer Prüfung nichts. Es bestehen jedoch keine Hinweise auf eine allfällige Voreingenommenheit der Vertreter der Vorinstanz. Die Vorinstanz führt im angefochtenen Einspracheentscheid aus: "Die ungenügenden, Arbeitszeiterfassungen, welche aufgrund der eingesehenen weiteren betrieblichen Unterlagen nachweislich nicht die tatsächlich gearbeiteten Stunden enthalten, lassen keine Prüfung der geltend gemachten Arbeitsausfälle zu. Weitere sich allenfalls bei der Staatsanwaltschaft befindliche Unterlagen vermögen die ungenügenden, widersprüchlichen

Arbeitszeitfassungen nicht zu ersetzen." Die Beschwerdeführerin übersieht, dass die Vorinstanz diese Äusserung im Zusammenhang mit dem Editions gesuch betreffend die Stra fakten macht. Die Beschwerdeführerin substantiiert die Rüge denn auch nicht weiter. Jedenfalls begründen die Ausführungen der Vorinstanz keine Umstände, die bei objektiver Betrachtung den Anschein der Befangenheit oder Voreingenommenheit erwecken würden (vgl. BGE 141 IV 178 E. 3.2.1).

E. 6.7.1

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

E. 6.7.2

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe bei der Voranmeldung der Kurzarbeitsentschädigung dargetan, dass sie mit einem Arbeitsausfall von 90 % rechne, weil ihre Vertreter bei den Kunden (nähere Angaben zum Kundensegment) nicht mehr erwünscht seien, weshalb sie keine Umsätze erzielen könnten. Mit der Bewilligung der Anmeldung habe die Arbeitslosenversicherung anerkannt, dass ein Arbeitsausfall von 90 % realistisch und verständlich sei und dass die Beschwerdeführerin "Vertreter zur Umsatzgenerierung" beschäftige. Es sei daher stossend und widersprüchlich, dass sich die Vorinstanz nun auf den Standpunkt stelle, der geltend gemachte Arbeitsausfall sei nicht korrekt deklariert worden. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin die "Stundenzettel" ihrer Mitarbeitenden den Behörden ordnungsgemäss eingereicht, weshalb diese sich hätten melden müssen, wenn die Erfassung nicht korrekt gewesen wäre, zumal die Beschwerdeführerin nach der Eingabe der ersten Dokumente und angesichts der Ausnahmesituation der Pandemie darauf habe vertrauen dürfen, dass die Arbeitszeiterfassung den gesetzlichen Anforderungen genügt habe und ihre Mitarbeiter diese korrekt ausgefüllt hätten.

E. 6.7.3

Die Vorinstanz führt aus, zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung habe die Arbeitslosenkasse überhaupt noch nicht über alle nötigen Informationen verfügt, um die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls prüfen zu können. Sie müsse daher auch nicht darauf hinweisen, dass aufgrund fehlender Einwände im Zeitpunkt des Bewilligungsverfahrens kein Vertrauensschutz ausgelöst

werde. Weiter könne die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass sie ihre "Stundenzettel" stets ordnungsgemäss den kantonalen Behörden eingereicht habe und diese nicht beanstandet worden seien, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 6.7.4

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

E. 6.8

Es ist erstellt, dass im Zeitraum, für welchen wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht worden sind, teilweise keine Arbeitszeitkontrollen geführt wurden, teilweise - trotz anderslautender Einträge in der Arbeitszeitkontrollen - gearbeitet wurde oder umgekehrt nicht wirtschaftlich bedingte Abwesenheiten bestanden, aber dennoch Arbeitszeit eingetragen wurde, und eine Empfehlung oder gar Anweisung gegenüber den Arbeitnehmenden bestand, die Arbeitszeit nicht korrekt zu erfassen (zumindest bei den Handelsreisenden dürfte die Reisezeit Arbeitszeit sein, oben E. 6.6.2 f.). Von "einigen wenigen Ungenauigkeiten", wie die Beschwerdeführerin es bezeichnet, kann keine Rede sein. Die Vorinstanz durfte daher ohne Bundesrecht zu verletzen davon ausgehen, dass die geführten Arbeitszeitkontrollen nicht den Tatsachen entsprechen und der gegenüber der Arbeitslosenkasse ausgewiesene Arbeitsausfall demnach zweifelhaft ist. Die Beschwerdeführerin war im Hinblick auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung verpflichtet, den Arbeitsausfall im Rahmen einer überprüfbaren Arbeitszeitkontrolle zu erfassen (vgl. Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.2). Sie verkennt, dass ihr die Beweislast für die genügende Kontrollierbarkeit

des Arbeitsausfalls obliegt (oben E. 6.3). Daher ist der Schluss der Vorinstanz, dass die Unterlagen den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht genügten und der Arbeitsausfall letztlich nicht bestimm- und kontrollierbar im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sei, nicht zu beanstanden. Die Kurzarbeitsentschädigung im Umfang von Fr. 213'336.40 für den Zeitraum von März bis Mai 2020 wurde der Beschwerdeführerin demnach gesetzeswidrig und damit zu Unrecht ausgerichtet.

E. 6.9

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin für drei Mitarbeitende, die im fraglichen Zeitraum bereits das ordentliche AHV-Rentenalter erreicht hatten, mithin für die Arbeitslosenversicherung nicht mehr beitragspflichtig waren, trotz fehlender Anspruchsberechtigung (vgl. Art. 31 Abs. 1 Bst. a AVIG) Ausfallstunden und damit Kurzarbeitsentschädigungen geltend gemacht hat. Die Vorinstanz erkennt, dass auch diese Beanstandung angesichts der umfassenden Leistungsaberkennung infolge Unkontrollierbarkeit der geltend gemachten Arbeitsausfälle folgenlos bleibe. Die Beschwerdeführerin erklärt hierzu, dass das Voranmeldungsformular kein Deklarierungsfeld für Arbeitnehmer enthalten habe, die das Pensionsalter bereits erreicht hätten, weshalb der Personalbestand korrekt angegeben worden sei. Ausserdem habe sie diesem Umstand in der hektischen noch nie dagewesenen Situation keine Beachtung geschenkt. Es habe sich im Nachhinein herausgestellt, dass dies ein Fehler beziehungsweise eine Ungenauigkeit gewesen sei. Wie es sich damit verhält, braucht allerdings nicht mehr geprüft zu werden, da ohnehin sämtliche bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen im fraglichen Zeitraum bereits gestützt auf Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG als unrechtmässig ausbezahlt gelten (oben E. 6.8) und daher zurückgefordert werden können (unten E. 7.4).

E. 7.1

Unrechtmässig ausgerichtete Leistungen der Arbeitslosenversicherung können zurückgefordert werden (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 und 2 ATSG), sofern die die Bedingungen für eine prozessuale Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) oder eine Wiedererwägung (Art. 53 Abs. 2 ATSG) der ursprünglichen Verfügung erfüllt sind (BGE 142 V 259 E. 3.2; BGE 129 V 110 E. 1; Urteil des BGer 8C_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.2). Voraussetzungen für ein wiedererwägungswises Zurückkommen auf die Auszahlungen sind, dass die formell rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Zusprache von Leistungen (vgl. Art. 100 Abs. 1 AVIG) zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; BGE 122 V 367 E. 3; Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6). Zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen fordert die Kasse vom Arbeitgeber zurück. Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG).

E. 7.2

Eine zeitliche Befristung der Wiedererwägungsmöglichkeit besteht nicht (BGE 149 V 91 E. 7.7; 140 V 514 E. 3). Vorbehalten bleiben die Verwirkungsfristen von Art. 25 ATSG. Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts. Darunter fallen insbesondere eine Leistungszusprache ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen und eine unvollständige Sachverhaltsabklärung aufgrund

einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Urteil des BGer 8C_277/2020 vom 17. August 2020 E. 4.1). Der zeitliche Eintritt der Wirkung der Wiedererwägung ist beim Tatbestand des unrechtmässigen Leistungsbezugs in Art. 25 Abs. 1 ATSG geregelt, indem eine rückwirkende Korrektur vorzunehmen ist (Ueli Kieser, Kommentar ATSG, Art. 53 N 78).

E. 7.3

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, die im SECO geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), überprüft unter anderem die Auszahlungen der Kassen und überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen (Art. 83 Abs. 1 Bst. d und l AVIG). Sie und die von ihr beauftragten Treuhandstellen prüfen insbesondere stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (Art. 83a AVIG ["Revision und Arbeitgeberkontrolle"] und Art. 110 Abs. 4 AVIV). Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen verfügt die Ausgleichsstelle, wobei das Inkasso der Arbeitslosenkasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 Abs. 2 AVIV). Die Revision der Auszahlungen stellt ein systematisch durchgeführtes und methodisch auf die Erfassung einer Vielzahl von Fällen ausgerichtetes Wiedererwägungsverfahren (mit den dabei geltenden Grundsätzen: zweifelloser Unrichtigkeit der formell rechtskräftigen Leistungsverfügung, Berichtigung von erheblicher Bedeutung; vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG) dar, wobei nicht die Verwaltungsstelle, welche die Leistungsverfügungen erlassen hat, auf die Angelegenheit zurückkommt, sondern die dafür vom Gesetz vorgesehene höchste verantwortliche Instanz in Form der Ausgleichsstelle (Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5).

E. 7.4

Die Bestimmbarkeit beziehungsweise ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (*condition de fond*; vgl. statt vieler Urteil des BVGer B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (Urteil des BVGer B-1806/2021 vom 22. Februar 2022 E. 6.7). Die Berichtigung ist, angesichts des in Frage stehenden Betrags, von erheblicher Bedeutung. Somit ist das wiedererwägungsweise Zurückkommen auf die Leistungszusprache durch die Vorinstanz nicht zu beanstanden.

E. 8

Zusammenfassend ergibt sich, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 8. September 2022 gegen die Rückforderungsverfügung betreffend Kurzarbeitsentschädigungen im Umfang von Fr. 213'336.40 bundesrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 9

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Urteil des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR

173.320.2]). Die Kosten sind ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4bis VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VGKE) auf Fr. 4'500.- festzusetzen. Es ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

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