



Abteilung II
B-3048/2021

Urteil vom 4. April 2023

Besetzung

Richter Christoph Errass (Vorsitz),
Richter Jean-Luc Baechler, Richter Daniel Willisegger,
Gerichtsschreiber Matthias Uffer.

Parteien

A. _____ AG,
[...],
vertreten durch Markus Lüthi, Rechtsanwalt,
advokatur56 ag,
[...],
Beschwerdeführerin,
gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung,
[...],
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung von Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die A. _____ AG ist eine im Handelsregister des Kantons Bern eingetragene Aktiengesellschaft, die den Handel mit luxuriösen Neu- und Occassionswagen sowie den Betrieb einer Autowerkstätte für Service- und Reparaturarbeiten bezweckt. Im Rahmen der Covid-19-Pandemie hat sie für die Monate März 2020 bis Februar 2021 wiederholt Kurzarbeitsentschädigung beantragt und im Gesamtumfang von CHF 407'020.05 erhalten.

B.

B.a Bei der Arbeitgeberkontrolle am 24. März 2021 bei der A. _____ AG stellte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: SECO) fest, dass für mehrere Arbeitnehmer keine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassungen geführt worden seien, was die Geschäftsführerin der A. _____ AG auch schriftlich bestätigte. Mit Verfügung vom 6. April 2021 wurde der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung betreffend die fraglichen Mitarbeiter korrigiert. Da dadurch der wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall im April, Mai, Juli, August und Oktober 2020 weniger als 10 % der üblichen Sollstunden des Betriebs ausmachte, wurde zudem die Anspruchsberechtigung für diese Monate insgesamt verneint. Damit begründet das SECO eine Rückforderung von CHF 256'162.15 von den für die Periode vom März 2020 bis Februar 2021 ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen.

B.b Dagegen erhob die A. _____ AG am 19. April 2021 Einsprache. Gleichzeitig reichte sie Zeiterfassungsbelege für mehrere Mitarbeiter nach.

B.c Mit Entscheid vom 1. Juni 2021 wies die Vorinstanz die Einsprache ab und hielt am Rückforderungsbetrag mit Verfügung vom 6. April 2021 fest. Sie führte aus, dass nachträglich eingereichte Unterlagen eine im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle fehlende Arbeitszeitkontrolle nicht ersetzen könnten, und dass die Erfordernisse der Arbeitszeitkontrolle der Beschwerdeführerin vorgängig bekannt waren.

C. Mit Beschwerde vom 30. Juni 2021 beantragte die A. _____ AG vor Bundesverwaltungsgericht, die Rückforderungsverfügung vom 1. Juni 2021 aufzuheben und die Kurzarbeitsentschädigungen zugunsten der Beschwerdeführerin für die Monate März 2020 bis Februar 2021 auf CHF 258'181.70 festzusetzen; eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. Mit Verfügung vom 14. Juli 2021 wurde die Vorinstanz ersucht, eine Vernehmlassung und ihre Akten einzureichen. Da dem innert Frist nicht Folge geleistet wurde, ermahnte das Gericht die Vorinstanz dazu, die Vorakten einzureichen. Die Vorinstanz gab dem am 18. Oktober 2021 Folge und beantragte zugleich vernehmlassungsweise die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Mit Replik vom 13. Dezember 2021 verlangte die Beschwerdeführerin neu, die Vernehmlassung der Vorinstanz sei aus den Akten zu weisen; die Vorinstanz duplizierte am 27. Januar 2022.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 31 f. sowie Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.2 Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG), nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Dieses findet insoweit keine Anwendung auf Verfahren in Sozialversicherungssachen, als das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist (Art. 3 Bst. d^{bis} VwVG). Die Bestimmungen des ATSG sind gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht. Nach Art. 55 Abs. 1 ATSG wiederum ist das VwVG (subsidiär) anwendbar auf jene Verfahrensbereiche, die in Art. 27-54 ATSG oder in den Einzelgesetzen (u.a. im AVIG) nicht abschliessend geregelt sind.

1.3 Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung durch diese berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Art. 59 ATSG). Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 60 Abs. 1 ATSG, Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

1.4

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

2.

2.1 Die Beschwerdeführerin stellt die Korrekturen der Ansprüche auf Kurzarbeitsentschädigungen durch die Revisionsverfügung und den angefochtenen Entscheid der Vorinstanz teilweise in Frage. Strittig ist insbesondere, ob die Rückforderungen der Kurzarbeitsentschädigungen für die Arbeitnehmer E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____ und K._____ gemäss Ziffer 3.4 der Revisionsverfügung rechtmässig waren.

2.2 Unterschiedliche Korrekturen der Ansprüche auf Kurzarbeitsentschädigung sind vor Bundesverwaltungsgericht nicht umstritten; darunter jene zu B._____, C._____ und D._____ und L._____ (Ziffer 3.4) sowie die Korrekturen gemäss Ziffer 3.1-3.3 und Ziffer 3.5 der Revisionsverfügung; ferner jene in Ziffer 3.6 (jene zu J._____ ausgenommen). Umstritten ist aber die Feststellung, wonach der anrechenbare Arbeitsausfall des Betriebs in den Monaten April, Mai, Juli, August und Oktober 2020 weniger als 10 % betrage (vgl. Ziffer 1.7) und es dadurch an einer Anspruchsvoraussetzung für diese Monate fehle (Ziffer 3.7 der Revisionsverfügung).

3.

3.1 Die Kurzarbeit ist im AVIG sowie in der das Gesetz konkretisierenden Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02) geregelt. Infolge der Corona-Pandemie ist der Bundesrat gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV mittels Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, SR 837.033) punktuell von dieser Regelung abgewichen (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 2.5); hierauf ist später kurz einzugehen (E. 3.3). Zunächst ist das anwendbare Recht darzustellen.

3.1.1 Das Arbeitslosenversicherungsgesetz möchte den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle unter anderem wegen Kurzarbeit garantieren (Art. 1a Abs. 1 AVIG; vgl. BGE 125 V 475 E. 5a; Urteil des BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014 E. 2.1). Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Anrechenbar ist ein Arbeitsausfall (Art. 31 Abs. 1 Bst. b AVIG), der auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen, unvermeidbar, vorübergehend, bestimmbar und kontrollierbar ist; zudem muss der gesamtbetriebliche Arbeitsausfall je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der üblicherweise geleisteten Arbeitsstunden ausmachen (Art. 32 f. AVIG).

3.1.2 Die Kurzarbeit bezweckt die Produktionsdrosselung und Kosteneinsparung bei gleichzeitiger Erhaltung der Arbeitsplätze im Hinblick auf eine Normalisierung des Geschäftsganges (vgl. BGE 123 V 234 E. 7a). Ihre Einführung liegt in der Dispositionsfreiheit der Arbeitgeber, der es in der Hand hat, bei erfüllten Voraussetzungen den anspruchsbegründenden Sachverhalt für eine Kurzarbeitsentschädigung zu verwirklichen. Aus diesem Grund sind Arbeitgeber selbst vom Entschädigungsanspruch ausgeschlossen (Art. 31 Abs. 1 AVIG; vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.4 f.).

3.1.3 Ausgeschlossen sind Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Der Anspruch ist bestimmbar, wenn die üblicherweise geschuldete Soll-Arbeitszeit, die sich in der Regel aus dem Arbeitsvertrag ergibt (Art. 46 Abs. 1 AVIV), und die tatsächlich geleistete Ist-Arbeitszeit bekannt sind; letztere ergibt sich aus der Zeiterfassung. Beweispflichtig ist dabei die Arbeitgeberin (vgl. Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.3; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts [EVG] C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2). Die Erfordernisse der Bestimmbarkeit und der ausreichenden Kontrollierbarkeit sind Anspruchsvoraussetzungen, die erst den Arbeitsausfall nachweisen und gestützt darauf die Bestimmung der Höhe der Kurzarbeitsentschädigung erlauben (BVGE 2021 V/2 E. 3.5). Der Ausschluss nicht bestimmbarer und nicht ausreichend kontrollierbarer Arbeitsausfälle dient auch der Reduktion von Missbrauchsrisiken, die gerade bei unkontrollierbaren Arbeitszeiten besonders hoch wären (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5; Urteile des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.3, 3.5.5; B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 3.2).

3.1.4 Genügende Kontrollierbarkeit setzt voraus, dass eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle erfolgt (Art. 46b AVIV), die für jeden einzelnen Tag die geleistete Arbeitszeit ausweist. Die Arbeitszeiterfassung muss zeitgleich, mithin fortlaufend und nicht erst im Nachhinein, erstellt werden; und sie muss genügend detailliert Auskunft über die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden geben. Die geleistete Arbeitszeit muss mindestens täglich durch die Mitarbeitenden oder ihre Vorgesetzten erfasst werden, wobei diese Einträge nachträglich nicht abänderbar sein dürfen, ohne dass dies im System vermerkt würde (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.1; Urteile des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.4; B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 4.3.3; B-4226/2019 vom 25. Mai 2021 E. 4.1; B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.2; B-1911/2014 vom 10. Juli 2015 E. 6.2.1 f.; B-3083/2012 vom 20. August 2013 E. 3.2 m.w.H.).

3.1.5 Die Arbeitszeiterfassungen sind spätestens zum Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle vorzulegen. Grundsätzlich können später eingereichte Belege eine anlässlich der Kontrolle ungenügende Dokumentation nicht mehr korrigieren. Nur ausnahmsweise können nachgereichte Arbeitszeitbelege berücksichtigt werden, wenn sie offensichtlich authentisch sind; dazu muss ausgeschlossen sein, dass die Belege nachträglich erstellt oder modifiziert wurden (vgl. Urteile des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.5; B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 4.3.6; B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3). Andernfalls gelten die nachgereichten Arbeitszeiterfassungen als untauglich zum Nachweis der Arbeitsausfälle, weil sie sich nicht oder nicht zuverlässig von nachträglich erstellten Dokumenten unterscheiden lassen und dadurch objektiv keine Gewissheit besteht, dass die Aufzeichnungen das Kriterium der Zeitgleichheit erfüllen (Urteil des BVGer B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 4.3.6). Der Beweis der Authentizität nachgereicherter Belege obliegt der Arbeitgeberin (vgl. Urteile des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.5; B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 4.3.5). Von diesen Anforderungen des Art. 46b AVIV als formeller Beweisvorschrift darf nur abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint (BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3; Urteil B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 4.3.6 und E. 4.6; vgl. Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1).

3.1.6 Die Bestimmbarkeit und ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG ist eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (vgl. Urteile des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.6; B-4559/2021 vom 20. Oktober 2022 E. 7.2.1;

B-2480/2020 vom 9. November 2021 E. 5.1). Gebricht es an ihr, gelten zugesprochene Leistungen als unrichtig und sind erfolgte Leistungen aufgrund unrechtmässigen Bezugs grundsätzlich zurückzurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 und 2 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG; vgl. Urteil des BVGer B-664/2017 vom 7. März 2019 E. 2.5). Schliesslich setzt die Rückforderung voraus, dass eine rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprache zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.6). Zweifellos unrichtig ist eine Leistungszusprache, wenn sie erwiesenermassen gesetzeswidrig ist, sodass an ihrer Unrichtigkeit kein vernünftiger Zweifel besteht (vgl. BGE 126 V 399 E. 2b/bb; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.6).

3.2 Die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung des Bundesrats (SR 837.033) ist eine Notverordnung nach Art. 185 Abs. 3 BV. Sie ist in ihren jeweils intertemporal geltenden Fassungen vom 17. März, 26. März, 9. April, 1. Juni, 1. September, 8. Oktober 2020, 1. und 21. Januar 2021 vorliegend grundsätzlich anwendbar. Mit einer solchen Notverordnung konnte der Bundesrat Abweichungen von der gesetzlichen Regelung der Kurzarbeit nach Art. 31 ff. AVIG vorsehen. Die vorgenommenen Erleichterungen hatten zum Zweck, die von der Pandemie oder von Massnahmen zur Bekämpfung derselben besonders stark betroffenen Wirtschaftsbetriebe schnell, wirksam und unbürokratisch zu unterstützen (BVGE 2021 V/2 E. 2.3.1). 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 am Erfordernis der Kontrollierbarkeit der Anspruchsgrundlagen festgehalten (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.4.1, 4.5; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.3; Urteil B-551/2021 E. 4.4.2 f.). Die Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung enthält daher keine zur Beurteilung des vorliegenden Falles relevanten Abweichungen vom dargelegten Recht (E. 3.1).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vernehmlassung der Vorinstanz vom 18. Oktober 2021 sei wegen Verspätung aus den Akten zu weisen.

4.2 Nach Art. 32 Abs. 1 VwVG würdigt die entscheidende Behörde alle erheblichen und rechtzeitigen Vorbringen der Parteien, bevor sie verfügt. Sie prüft die sachverhaltlichen Vorbringen der Parteien sorgfältig und lässt sie

in ihre Entscheidungsfindung einfließen; diese Pflicht ergibt sich auch aus dem Gehörsanspruch (Art. 29 bzw. 30 VwVG und Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2). Art. 32 VwVG ist auf das Verwaltungsverfahren vor den erstinstanzlichen Bundesbehörden zugeschnitten, findet aber grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren Anwendung (zumindest «sinngemäss»: WIEDERKEHR R./MEYER C./BÖHME A., VwVG Kommentar Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weiteren Erlassen, Zürich 2022, Art. 32 VwVG, Rz. 2 und Rz. 7; vgl. BVGE 2012/21 E. 5; Urteil des BVGer D-4140/2019 vom 18. November 2019 E. 8).

Nach Art. 32 Abs. 2 VwVG können Parteivorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, trotz Verspätung berücksichtigt werden. Die Praxis geht dabei mit Blick auf die Untersuchungsmaxime (Art. 12 und 13 VwVG) von einer grundsätzlichen Verpflichtung zur Berücksichtigung aus (BVGE 2012/21 E. 5.1; BGE 136 II 165 E. 4.2). Die entscheidende Behörde ist in diesem Sinne gehalten, rechtserheblich erscheinende Vorbringen zum Sachverhalt jederzeit entgegenzunehmen. Das Versäumen einer Vernehmlassungsfrist führt nicht zum Rechtsverlust respektive zur Verwirkung der Äusserungsmöglichkeit (vgl. BGE 136 II 165 E. 4.2; Urteile des BVGer E-1815/2019 vom 10. Oktober 2019 E. 5.6; A-770/2013 vom 8. Januar 2014 E. 2.2.3; B-2165/2006 vom 31. Mai 2007 E. 1.2). Nur ausnahmsweise können im Beschwerdeverfahren Vorbringen nach cursorischer Durchsicht der verspäteten Eingabe ausser Acht gelassen werden, wenn die Verspätung auf nachlässiger Prozessführung beruht oder der Verschleppung des Prozesses dient (vgl. BGE 136 II 165 E. 4.3; Urteile des BVGer B-5285/2018 vom 6. Mai 2019 E. 5.2; E-3272/2019 vom 10. Juli 2019 E. 6.3; A-770/2013 vom 8. Januar 2014 E. 2.2.3, je m.w.H.; VPB 1997 Nr. 31 E. 3.2.3 [REKO EVD]). Insofern verlangt Art. 32 Abs. 2 VwVG nicht, dass verspätete Eingaben vom Gericht ungeprüft aus dem Recht zu weisen seien.

4.3 Die Beschwerdeführerin zweifelt die ausschlaggebende Natur der Ausführungen der Vernehmlassung der Vorinstanz an. Sie enthalte im Wesentlichen dieselben Argumente wie die Revisionsverfügung und der angefochtene Einspracheentscheid. Der Sachverhalt lasse sich aufgrund der Vorakten genügend erschliessen. Die Vorinstanz hält ihre Vorbringen dagegen für ausschlaggebend; Art. 32 Abs. 2 VwVG biete kein Instrument, um verspätete Eingaben einer Gegenpartei aus dem Recht weisen zu lassen.

Soweit die Vernehmlassung der Vorinstanz ausschlaggebende Vorbringen enthält, kann diesen nach dem Gesagten (E. 4.2) Rechnung getragen wer-

den. Vorausgesetzt ist, dass die Vorbringen aus Sicht des Gerichts zur richtigen Erstellung des Sachverhalts beitragen können. Das ist hier offensichtlich der Fall. Die Vernehmlassung präzisiert mit ihrer klaren Darstellung der Sach- und Rechtslage die Vorbringen des angefochtenen Entscheids und der Revisionsverfügung; sie dient damit der gerichtlichen Sachverhaltsabklärung. Auf die Vorbringen der Vernehmlassung wird zudem in der Replik der Beschwerdeführerin sowie in der Duplik der Vorinstanz ausführlich Bezug genommen, was zeigt, dass die Vorbringen der Vernehmlassung beiderseits als ausschlaggebend betrachtet werden. Eine ausnahmsweise Nichtberücksichtigung wegen nachlässiger Prozessführung kommt vorliegend nicht in Frage, fehlt es doch an Hinweisen einer solchen Nachlässigkeit. Laut Vorinstanz ist die Verspätung Folge eines internen Missverständnisses. Dass die Vorinstanz Prozessverschleppung bezweckt hätte, wird nicht behauptet und ist in der gegebenen Interessenlage (Rückforderung ausbezahlter Leistungen) auch wenig wahrscheinlich.

Aus diesen Gründen ist der Antrag der Beschwerdeführerin, die Vernehmlassung aus dem Recht zu weisen, abzuweisen.

5.

Die Beschwerdeführerin (Replik Rz. 19, 32) beantragt ferner die mündliche oder schriftliche Anhörung von M._____, der als Revisor am vorinstanzlichen Verfahren massgeblich beteiligt war.

Beweisanträgen gibt das Gericht statt, wenn sie zum Beweis rechtserheblicher Tatsachen i.S.v. Art. 33 Abs. 1 VwVG tauglich und für das zu treffende Urteil potenziell erheblich erscheinen (vgl. BGE 144 II 194 E. 4.4.2; BGE 137 II 266 E. 3.2). Es verzichtet auf die Beweisabnahme, wenn es den rechtserheblichen Sachverhalt für genügend geklärt hält und davon ausgehen kann, dass weitere Beweiserhebungen an seiner auf Basis der gegebenen Aktenlage gebildeten Überzeugung nichts zu ändern vermögen (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 144 II 194 E. 4.4.2; BGE 141 I 60 E. 3.3; BVGE 2008/24 E. 7.2; Urteil des BVGer B-3459/2012 vom 12. März 2013 E. 7.1).

Vorliegend wäre eine Anhörung nicht geeignet, zur Sachverhaltsabklärung beizutragen, da die Position der Vorinstanz in Bezug auf die strittigen Fragen bereits in ihren Eingaben und den Akten klar dokumentiert ist; die Anhörung eines Vertreters der Vorinstanz wird diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse bringen.

Überdies gewährleisten weder Art. 33 Abs. 1 VwVG noch der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 VwVG) einen Anspruch auf mündliche Anhörung (vgl. BGE 130 II 425 E. 2.1). Diese gilt vielmehr als subsidiäres Beweismittel, auf das ausnahmsweise zurückgegriffen werden muss, wenn es an geeigneteren Mitteln fehlt, den rechtserheblichen Sachverhalt zu erstellen (vgl. Urteil des BGer 5A.15/2006 vom 15. Juni 2006 E. 2.1 m.w.H.).

6.

6.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben, weil er unter Beteiligung von M. _____ zustande gekommen ist. Dieser hätte laut Beschwerdeführerin wegen Befangenheit respektive Vorbefassung in den Ausstand treten müssen, da er die Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 geleitet habe und für die Revisionsverfügung verantwortlich gewesen sei. Zudem habe er sich vor Erlass der Revisionsverfügung in einer E-Mail an einen Mitarbeiter der beigezogenen Prüfer von Ernst & Young AG dahingehend geäußert, dass die Beschwerdeführerin «verm. bewusst nicht korrekt abgerechnet» habe, was falsch und potenziell rufschädigend sei. Der Revisor sei in der Folge spätestens im Einspracheverfahren nicht mehr ergebnisoffen gewesen.

6.2 Die Rüge der Befangenheit ist vorliegend anhand von Art. 36 Abs. 1 ASTG zu überprüfen (Art. 1 Abs. 1 AVIG). Danach treten Personen, die Entscheidungen über Rechte und Pflichten zu treffen oder vorzubereiten haben, im Verwaltungsverfahren in den Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse haben oder aus anderen Gründen befangen sein könnten. Ebenso wie nach der Praxis zu Art. 10 Abs. 1 VwVG ist zur Ablehnung einer Person vorausgesetzt, dass Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit begründen können, wobei das Misstrauen objektiv als gerechtfertigt erscheinen muss (vgl. BGE 137 V 210 E. 2.1.3; BGE 136 I 207 E. 3.1; Urteil des BVGer C-608/2020 vom 30. September 2020 E. 3.1.1). Die für den Anschein der Befangenheit sprechenden Umstände sind im Einzelfall unter Berücksichtigung der Funktion und der Organisation der betroffenen Verwaltungsbehörde zu gewichten (BGE 137 II 431 E. 5.2).

6.3 Wie die Vorinstanz zu Recht anmerkt, ist die mehrfache Befassung derselben Amtsperson namentlich im Einspracheverfahren systembedingt mit der Verfahrensordnung verknüpft, da die verfügende Behörde dabei erneut mit der Sache befasst ist. Dies allein vermag auch vorliegend keinen Ausstandsgrund zu begründen. Aus der fraglichen E-Mail ergibt sich nichts Ge-

genteiliges. Die Äusserung von kritischen Vermutungen belegt in der erfolgten Form nicht etwa fehlende Ergebnisoffenheit. Die E-Mail war weder der Form noch dem Inhalt nach geeignet, den Entscheid der Behörde zu präjudizieren. Sie gibt somit nicht Anlass zu objektiven Zweifeln an der Unvoreingenommenheit des Vertreters der Vorinstanz im Zeitpunkt des Einspracheverfahrens.

Die Rüge, der angefochtene Entscheid sei infolge missachteter Ausstandspflichten zustande gekommen, ist damit zurückzuweisen.

7.

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe die mit Einsprache vom 19. April 2021 eingereichten Arbeitszeitbelege zu Unrecht nicht berücksichtigt, den Sachverhalt dadurch fehlerhaft und unvollständig erstellt und Bundesrecht (insb. Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG, Art. 46b AVIV) falsch angewendet. Die Vorinstanz wendet ein, dass die Arbeitszeiterfassungen wegen verspäteter Vorlage nicht berücksichtigt werden konnten, weil sich deren Authentizität sonst nicht zuverlässig kontrollieren lasse. Auch habe die Beschwerdeführerin anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 mit ihrer Signatur auf dem Formular zu den «geprüften Unterlagen» bestätigt, dass für die betroffenen Arbeitnehmer keine Zeiterfassungsbelege vorlägen. Die Anspruchsvoraussetzungen seien nicht erfüllt.

7.1 Die verspätete Einreichung von Arbeitszeitbelegen erschwert erheblich die Kontrolle der zeitgleichen, täglich fortlaufenden Erfassung der Arbeitszeit, wodurch es nachgereichten Aufzeichnungen regelmässig am erforderlichen Beweiswert fehlt (BVGE 2021 V/2 E. 4.9; Urteile des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.5, 3.5.4 f. und 4.4.7; B-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 4.3.6). Verspätet eingereichte, nicht bereits anerkannte Zeiterfassungen gelten grundsätzlich nicht als genügende Arbeitszeitbelege im Sinne von Art. 46b AVIV; sie sind nicht zu berücksichtigen, solange sie nicht offensichtlich authentisch sind (vorstehend E. 3.1.3; vgl. BVGE 2021 V/2 E. 4.9; Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 2.2.5, 4.4.7).

7.2

7.2.1 Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, dass ihr aus der verspäteten Vorlage der Arbeitszeiterfassungen aufgrund der besonderen Umstände kein Nachteil erwachsen dürfe. Sie habe die fraglichen Arbeitszeitbelege aus unterschiedlichen, ihr nicht vorwerfbaren Gründen nicht bereits anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 vorgelegt. Diese seien aber als betriebliche Arbeitszeitkontrolle i.S.v. Art. 46b Abs. 1 AVIV einzustufen. Im Einzelnen:

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 über die strittigen Arbeitszeiterfassungen verfügt. Wegen unklarer Informationen der Vorinstanz und Missverständnissen anlässlich der Kontrolle habe sie diese Belege zu diesem Zeitpunkt nicht vorgelegt. So sei im Vorfeld der Kontrolle nicht klar gewesen, welche Daten sie bereitstellen müsste, sodass sie sich nicht habe sachdienlich auf die Kontrolle vorbereiten können. Bei Fixierung des Termins der Arbeitgeberkontrolle sei sie per E-Mail nur aufgefordert worden, die «betrieblichen Unterlagen» bereitzulegen. Aus diesem weiten Begriff habe sich nicht ergeben, dass sie alle Zeiterfassungsbelege des Zeiterfassungssystems vorzulegen habe. Während der Kontrolle sei überdies die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin unter erheblichem Druck gestanden, da die Kurzarbeitsentschädigungen für den Betrieb von existentieller Bedeutung waren. Auch dies habe zu Irrtümern ihrerseits in Bezug auf die erforderlichen Unterlagen geführt. So habe sie gedacht, die bereits abgegebenen Excel-Tabellen würden zum Nachweis der Arbeitsausfälle für die im administrativen Bereich tätigen Arbeitnehmer ausreichen; auch habe sie gedacht, dass sie gar nicht über eine «eigentliche» Arbeitszeiterfassung für diese Arbeitnehmer verfüge, weil für diese Arbeitnehmer anders als für die Mechaniker keine Arbeitskarten vorlagen, auf denen die gegenüber Dritten verrechenbaren Arbeiten dokumentiert würden.

Die Vorinstanz bestreitet, dass es zu rechtserheblichen Irrtümern gekommen sei. Die Beschwerdeführerin sei im Vorfeld wiederholt, verständlich und klar informiert worden.

7.2.2 Das Erfordernis der Bestimmbarkeit und genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG) setzt nach Art. 46b AVIV eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus. Dies setzt praxismässig eine Arbeitszeiterfassung voraus, mit welcher für jeden Tag fortlaufend und zeitgleich die geleistete Arbeitszeit und wirtschaftlich bedingte Absenzen sowie

die anderen zu erfassenden Ausfälle dokumentiert werden. Werden diese Arbeitszeitbelege nicht spätestens anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vorgelegt, gelten sie grundsätzlich als ungeeignet, den Arbeitsausfall nachzuweisen. Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, das Erfordernis der Arbeitszeitkontrolle unverschuldet falsch verstanden zu haben, überzeugt sie nicht. Die Vorinstanz hat den Termin der Arbeitgeberkontrolle in ihrer E-Mail vom 8. März 2021 bestätigt und die Kontrolle dabei als «Rechtmässigkeitsprüfung des Leistungsbezugs von Kurzarbeitsentschädigung» bezeichnet. Dass an einer solchen Kontrolle Belege der wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfälle kontrolliert würden, versteht sich von selbst. Vor allem war der Hinweis, dass anlässlich der Kontrolle «sämtliche betriebliche Unterlagen» benötigt würden, keineswegs vage, da sich dies im konkreten Kontext unübersehbar auf die zur Überprüfung des Arbeitsausfalls nötige «betriebliche Arbeitszeitkontrolle» nach Art. 46b Abs. 1 AVIV bezog. Schliesslich ist der E-Mail auch zu entnehmen, dass sich die Beschwerdeführerin hinsichtlich der Natur der geforderten Unterlagen nicht im Unwissen befand; sonst hätte sie kaum angegeben, dass sich diese vor Ort befänden.

Zu Recht merkt die Vorinstanz an, dass die Beschwerdeführerin wiederholt auf das Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG aufmerksam gemacht wurde. Entsprechende Hinweise fanden sich in einer Info-Service Broschüre Kurzarbeitsentschädigung (act. 8), in den von ihr zur Anmeldung zur Kurzarbeitsentschädigung ausgefüllten Formularen «Antrag und Abrechnung auf Kurzarbeitsentschädigung» (act. 11) sowie in den Verfügungen des kantonalen Amtes für Arbeitslosenversicherung (act. 12). Letztere enthielten eine Seite mit «wichtige[n] Hinweise betreffend Kurzarbeitsentschädigung», wo an erster Stelle zu lesen war, dass «eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden [muss], welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sämtliche übrigen Absenzen [...] Auskunft gibt». Die Beschwerdeführerin musste somit im Vorfeld wissen, dass eine Zeiterfassung erforderlich war, die eine Überprüfung des Arbeitsausfalls und der Arbeitszeit ermöglicht. Sie selbst bestreitet denn auch nicht, gewusst zu haben, dass auf täglicher Basis eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle zu führen sei. Vor diesem Hintergrund ist es abwegig, wenn die Beschwerdeführerin geglaubt haben will, dass Excel-Tabellen für die im administrativen Bereich tätigen Mitarbeiter genügen würden.

Festzuhalten bleibt, dass die Pflicht zur Arbeitszeitdokumentierung im Vorfeld adäquat kommuniziert wurde. Zudem war klar, dass die entsprechenden Arbeitszeitbelege anlässlich der Arbeitgeberkontrolle geprüft würden. Ein relevanter und unverschuldeter Irrtum der Beschwerdeführerin betreffend die zu kontrollierenden Unterlagen ist höchst unwahrscheinlich.

7.2.3 Soweit die Beschwerdeführerin moniert, es sei wegen unklarer Kommunikation der Behörde zu Missverständnissen bzw. Irrtümern gekommen, was die versäumte Abgabe der fehlenden Zeiterfassungsbelege anlässlich der Arbeitgeberkontrolle erklären soll, kann ihr nicht gefolgt werden.

Wie sich aus den Akten ergibt, waren die Angaben der Vorinstanz weder falsch noch irreführend. Auch dem der Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin am 24. März 2021 anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vorgelegten Formular lässt sich kein Irreführungspotenzial entnehmen. Dieses hat den Titel «Arbeitgeberkontrolle betr. Kurzarbeitsentschädigung - geprüfte Unterlagen» und umfasst eine Seite, mit relativ wenig Text. Aufgelistet werden oben zunächst die geprüften Unterlagen (e.g. Lohnabrechnungen, Arbeitsverträge, Verkaufsverträge, Serviceprotokolle). Dann folgt unter der Überschrift «Feststellungen zur betrieblichen Arbeitszeitkontrolle» ein Abschnitt mit handschriftlichen Anmerkungen zu den Arbeitszeitbelegen. Dort steht, dass die «Mechaniker» ihre Anwesenheiten «stempeln», und – vorliegend entscheidend – dass die Mitarbeiter E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____, D._____, L._____ und K._____ «keine Arbeitszeiterfassungen bzw. lediglich eine Absenzenkontrolle führen». Schliesslich steht unten auf dem Formular in Druckschrift, dass mit der Signatur auf dem Formular die Richtigkeit der obigen Angaben bestätigt wird und (u.a.) zur Kenntnis genommen wird, dass nachträglich eingereichte Unterlagen eine im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle fehlende betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht ersetzen könnten.

Dass die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin das in leserlicher Handschrift dokumentierte Fehlen von Arbeitszeiterfassungen für die dort ausdrücklich aufgeführten Mitarbeiter missverstanden haben soll, ist nicht nachvollziehbar. Zudem darf von einer Geschäftsführerin, welche aufgrund ihrer beruflichen Führungsrolle unter erheblichem Druck wichtige Informationen verarbeiten und Dokumente vor einer allfälligen Signatur sorgfältig prüfen muss, erwartet werden, dass sie bei einer behördlichen Kontrolle die Dokumente ebenfalls korrekt prüft. Dafür spricht überdies die Natur des Geschäfts der Beschwerdeführerin, wo beim Handeln mit Luxusfahrzeu-

gen der Umgang mit hohen Geldbeträgen und gelegentlichen Stresssituationen nicht ungewöhnlich sein dürfte. Folglich durfte die Vorinstanz davon ausgehen, dass das signierte Formular vorgängig richtig zur Kenntnis genommen worden war.

7.2.4 Die Beschwerdeführerin will ihre Signatur auf dem Formular der «geprüften Unterlagen» auch darauf zurückführen, dass sie die von ihr am 19. April 2021 nachgereichten Unterlagen anlässlich der Arbeitgeberkontrolle nicht als «eigentliche Arbeitszeiterfassungen» angesehen habe. Sie habe das Formular daher in der irrtümlichen Annahme signiert, gar nicht über die erforderlichen Belege zu verfügen. Sie habe geglaubt, eine eigentliche Arbeitszeiterfassung setze wie für die Mechaniker auch Arbeitskarten voraus, die Auskunft über die an Kunden verrechnete Arbeitsleistung geben.

Auch dies überzeugt nicht: Die Beschwerdeführerin hatte keinen objektiven Anlass zur Annahme, dass Arbeitszeiterfassungen mit Arbeitskarten erforderlich seien. Laut Hinweis auf dem Formular «Antrag und Abrechnung auf Kurzarbeitsentschädigung» waren die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden durch geeignete betriebliche Unterlagen wie z.B. Stundenlisten zu belegen; dies ergab sich auch aus den «wichtigen Hinweisen» der Verfügungen der kantonalen Arbeitsstelle, wonach die betriebliche Arbeitszeitkontrolle «z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte» voraussetze. Dass die Beschwerdeführerin gedacht habe, die Arbeitszeitkontrolle setze Arbeitskarten voraus, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Es ist überdies unglaubwürdig, weil sie zugleich angenommen haben will, dass für die im administrativen Bereich tätigen Mitarbeiter die bei Anmeldung zur Kurzarbeit eingereichten Excel-Tabellen als Belege ausreichen würden; dies wiederum soll erklären, warum sie anlässlich der Arbeitgeberkontrolle nicht alle Zeiterfassungen vorlegte. Dass sie Excel-Tabellen für ausreichend hielt, gleichzeitig aber gedacht haben soll, dass die nötige betriebliche Arbeitszeitkontrolle auch «Arbeitskarten» voraussetze, ist widersprüchlich und vermag nicht zu überzeugen. Ihre Annahme betreffend Excel-Tabellen legt vielmehr nahe, dass sie das auf dem Formular zu den «geprüften Unterlagen» konstatierte Fehlen von Arbeitszeiterfassungen – mithin Belegen mit grösserer Beweiskraft – für bestimmte Mitarbeiter irrtumsfrei bestätigte.

Im Ergebnis gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, ihre eigene, explizite Bestätigung des Fehlens von Arbeitszeiterfassungen auf dem Formular der «geprüften Unterlagen» zu entkräften. Die Vorinstanz durfte sich jedenfalls in ihrer Revisionsverfügung auf diese Bestätigung verlassen.

7.2.5 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Beschwerdeführerin nicht gelingt, die Nichtvorlage von Zeiterfassungsbelegen für mehrere Mitarbeiter anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 und die Bestätigung des Fehlens dieser Zeiterfassungsbelege auf dem Formular der «geprüften Unterlagen» auf unklare Informationen im Vorfeld, unverschuldete Missverständnisse, Irrtümer oder auf eine Stress- und Drucksituation zurückzuführen. Die Vorinstanz konnte aus der Sachlage und der schriftlichen Bestätigung den Schluss ziehen, dass der Arbeitsausfall der betroffenen Mitarbeiter nicht ausreichend dokumentiert worden sei.

7.3 Zu prüfen ist ferner, ob die mit Einsprache vom 19. April 2021 eingereichten Arbeitszeiterfassungen als offensichtlich authentisch einzustufen sind und deshalb trotz verspäteter Einreichung ausnahmsweise hätten berücksichtigt werden müssen.

Gemäss Beschwerdeführerin wird die Arbeitszeit durch die fraglichen Zeiterfassungsbelege zeitgleich, täglich fortlaufend und detailliert dokumentiert. Die Zeiterfassungen seien mit der gleichen Software erstellt worden wie die bereits am 24. März 2021 vorgelegten, von der Vorinstanz berücksichtigten Zeiterfassungsbelege. Es handle sich um eine übliche betriebliche Arbeitszeitkontrolle, mit welcher das Kommen und Gehen gestempelt und die Stempelung in die Datenbank der Software übertragen werde. Der Anbieter der Software habe per E-Mail bestätigt, dass nachträgliche Einträge und Abänderungen nur mit Administratorenrecht möglich seien und stets mit Buchstabe «A» vermerkt würden. Unten rechts sei auf den Belegen jeweils deren «Erstellungsdatum» (d.h. Ausdruck- oder Exportdatum) verzeichnet. Es sei immer ersichtlich, zu welchem Zeitpunkt und durch wen die Arbeitszeitbelege erstellt worden seien. Daher genüge die Arbeitszeitkontrolle den Anforderungen von Art. 46b Abs. 1 AVIV. Die nachgereichten Belege müssten daher berücksichtigt werden.

Laut Vorinstanz ist der Arbeitsausfall auf Basis der nachgereichten Arbeitszeitbelege nicht verlässlich kontrollierbar. Eine Berücksichtigung falle nicht in Betracht, wenn nachgereichte Arbeitszeiterfassungen nicht nachweislich zeitgleich erstellt worden seien; es sei bei den erst am 19. April 2021 eingereichten Belegen nicht ersichtlich, wann, durch wen und gestützt worauf sie erstellt wurden, und wann allfällige Änderungen vorgenommen wurden. Gegenteilige Vorbringen der Beschwerdeführerin inklusive der Aussagen in der E-Mail der Software-Anbieterin seien reine Parteibehauptungen. Es bestünden zahlreiche Möglichkeiten, Dokumente zu verändern oder nachträglich zu erstellen.

7.3.1 Wenn die Beschwerdeführerin meint, die von ihr nachgereichten Dokumente seien authentisch, weil sich die Zeiterfassungen angeblich nicht nachträglich manipulieren liessen, verkennt sie, dass dies nicht genügt. Weil nachträglich eingereichte Belege nur eingeschränkt kontrollierbar sind, ist die Hürde an den Nachweis der Authentizität hoch gesetzt (vorstehend E. 3.1.5; vgl. E. 7.1). Selbst wenn es zutreffen sollte, dass eine nachträgliche Erfassung oder Änderung im System nicht (ohne nachvollziehbaren Vermerk) möglich wäre, folgte hieraus nicht zwingend, dass die Zeiterfassungen offensichtlich authentisch wären; es wäre damit lediglich ein Indiz der möglichen Authentizität gegeben. Naturgemäss ist es bei Zeiterfassungsbelegen, deren Exportierung aus dem System respektive Druck nicht anlässlich der Arbeitgeberkontrolle erfolgt, erheblich schwieriger, die nachträgliche Erstellung oder Modifikation im oder ausserhalb des Systems auszuschliessen. Deshalb kann die Authentizität nur dann als geradezu offensichtlich gelten, wenn sie mithilfe kontrollierbarer Details und durch die Zuverlässigkeit der einzelnen Einträge sehr präzise dargelegt wird (vgl. Urteil des BVGer B-5851/2020 vom 12. Dezember 2022 E. 4.4.3-4.4.7). Es genügt nicht, dass der Zeitpunkt der Exportierung des Dokuments vermerkt wird, da dieser nicht nachweist, wann und wie die Einträge erstmals vorgenommen wurden. Auch die Unmöglichkeit von nicht nachvollziehbaren Manipulationen im System reicht nicht aus, weil Möglichkeiten bestehen, Belege dieser Art nachträglich ausserhalb des Systems zu bearbeiten oder zu erstellen. Solche Missbrauchsrisiken lassen sich nur durch die Vorlage anlässlich der Arbeitgeberkontrolle zuverlässig eindämmen, weil sich die Inspektoren dann auch vor Ort vergewissern können, dass die abgegebenen Belege ohne weitere Bearbeitung aus dem System extrahiert wurden.

Die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin hat anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 24. März 2021 durch ihre Signatur auf dem einfachen und einseitigen Formular zu den geprüften Unterlagen bestätigt, dass für mehrere, explizit aufgeführte Arbeitnehmer keine Arbeitszeiterfassungen vorliegen. Zudem wurde dort festgehalten, welche Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin ihre Arbeitszeit stempeln: die Mechaniker. Auch hieraus folgt implizit, dass nicht als Mechaniker tätige Mitarbeiter ihr Kommen und Gehen gerade nicht stempelten, darunter namentlich jene Mitarbeiter, für die Zeiterfassungen nachgereicht wurden. Das unterzeichnete Formular ist daher ein Indiz der fehlenden Authentizität der nachgereichten Zeiterfassungsbelege (vgl. Urteil des BVGer B-741/2020 vom 28. Juli 2022 E. 4.7.2). Die nachgereichten Aufzeichnungen können aus diesem Grund nicht als offensichtlich authentisch qualifiziert werden – dies auch dann, wenn eine nachträgliche, nicht nachvollziehbare Abänderung *im* System unmöglich wäre.

Die Rüge, die Vorinstanz verletze durch Nichtberücksichtigung der verspätet eingereichten, laut Beschwerdeführerin authentischen Zeiterfassungen Bundesrecht, ist somit zurückzuweisen. Die Vorinstanz durfte von der nicht offensichtlichen Authentizität der nachgereichten Zeiterfassungen ausgehen und diese in der Folge nicht berücksichtigen.

7.3.2 Zudem ist aus den nachgereichten Zeiterfassungen ersichtlich, dass diese zum Teil falsche Angaben enthielten:

Erstens: Für H._____ wurden Ausfallstunden für Tage geltend gemacht, an denen er gearbeitet hat, wie sich namentlich aus seinem E-Mail-Verlauf, aus Offerten und aus Kaufverträgen aus den Monaten September bis Dezember 2020 ergab. Diese Arbeit wurde in den nachgereichten Arbeitszeitbelegen nicht aufgeführt. Die Beschwerdeführerin erklärt dies mit einem internen Stellenwechsel. In der Funktion als Serviceleiter sei die Arbeitsleistung von H._____ nicht mehr benötigt worden. Daher sei mit ihm bereits im September 2020 (mündlich) per 1. Januar 2021 eine Anstellung als Automobilverkäufer vereinbart worden. Daraufhin habe er ohne Kenntnis der Beschwerdeführerin begonnen, Verträge abzuschliessen, E-Mails als Verkäufer zu versenden und Offerten zu erstellen, um sich ein Netzwerk aufzubauen. Wie die Vorinstanz zu Recht anmerkt, ist unerheblich, ob die Beschwerdeführerin von diesen Tätigkeiten Kenntnis hatte und in welcher Funktion die Arbeit verrichtet wurde. Festzuhalten bleibt, dass Arbeitstätigkeiten belegt sind, die durch die Zeiterfassung nicht zuverlässig dokumentiert wurden.

Zweitens: Für J._____ wurden die Zeiterfassungsbelege anlässlich der Beschwerde nachgereicht. Die Vorinstanz verfügte zum Zeitpunkt des angefochtenen Entscheids über keine Arbeitszeitausweise. Gemäss Zeiterfassungsbeleg hat J._____ von März bis Dezember 2020 keinen Tag gearbeitet. Die Vorinstanz konnte auf Basis von Kaufverträgen aus den Monaten Mai und Juli exemplarisch nicht erfasste Arbeitstätigkeiten belegen. Die Beschwerdeführerin räumt denn auch ein gewisses Fehlverhalten ein.

Drittens: Erstellt ist, dass F._____ gemäss Arztzeugnissen von 13. März bis 4. April 2020, von 11. Mai bis 19. Juli 2020 und an drei Tagen im August bzw. November 2020 krankheitsbedingt zu 100 % arbeitsunfähig war. Zugleich war für diese Tage Kurzarbeitsentschädigung beantragt worden. Die nachgereichten Arbeitszeitrückweise trugen den krankheitsbedingten Ausfällen jedoch nicht Rechnung.

Die Fälle illustrieren, dass zum Teil für Tage wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht wurden, an denen die betroffenen Arbeitnehmer arbeiteten, Ferientage bezogen oder krankheitsbedingt arbeitsunfähig waren. Dies spricht gegen die Einstufung der fraglichen Zeiterfassungsbelege als authentisch; die Zeiterfassungen sind deshalb nicht zuverlässig genug, um trotz Verspätung als geradezu offensichtlich authentisch zu gelten.

7.3.3 Zu Recht hat die Vorinstanz die verspätet eingereichten Arbeitszeitbelege nicht als betriebliche Arbeitszeitkontrolle i.S.v. Art. 46b Abs. 1 AVIV eingestuft. Die nachträglich eingereichten Zeiterfassungen erfüllen aus unterschiedlichen Gründen (E. 7.3.1-7.3.2) nicht die gesetzlichen Anforderungen an eine solche Arbeitszeitkontrolle. Die von der Praxis anerkannten Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Berücksichtigung sind nicht erfüllt; mangels offensichtlicher Authentizität ist die erforderliche Kontrollierbarkeit der Belege gemäss Art. 46b Abs. 1 AVIV nicht gewährleistet.

7.4

7.4.1 Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV) und sinngemäss des Vertrauensschutzes nach Art. 9 BV. Sie habe nach Kenntnisnahme der Höhe der Rückforderung gemäss Revisionsverfügung vom 6. April 2021 telefonisch mit der Vorinstanz Kontakt aufgenommen, worauf ihr diese bestätigt habe, dass sie Arbeitszeiterfassungsbelege nachreichen könne und diese berücksichtigt würden. Die Vorinstanz bestreitet dies.

7.4.2 Gemäss Art. 9 BV hat jede Person Anspruch darauf, von den staatlichen Organen nach Treu und Glauben behandelt zu werden. Dies umfasst den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Dieser bedeutet, dass die Privaten Anspruch darauf haben, in ihrem berechtigten Vertrauen in behördliche Zusicherungen oder in anderweitiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden geschützt zu werden (Urteile des BVGer B-2179/2019 vom 6. November 2020 E. 6.3 und A-321/2019 vom 17. September 2019 E. 2.3.1).

Allgemein setzt die Aktivierung des Vertrauensschutzes gestützt auf Art. 9 BV voraus, dass ein Anknüpfungspunkt im Sinne einer Vertrauensgrundlage vorhanden ist. Darunter ist ein Verhalten zu verstehen, das geeignet ist, bei den Betroffenen bestimmte Erwartungen auszulösen (BGE 129 I 161 E. 4.1; Urteile des BVGer B-2179/2019 vom 6. November 2020 E. 6.3;

A-321/2019 vom 17. September 2019 E. 2.3.2 und B-1215/2009 vom 9. November 2010 E. 7.2.1).

7.4.3 Daran gebricht es im vorliegenden Fall bereits. Es liegt lediglich eine Aussage der Beschwerdeführerin vor, sonstige Anhaltspunkte für eine solche Zusage sind nicht ersichtlich. Die Aktennotiz, welche am 28. Juni 2021 von der Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin kurz vor Ablauf der Beschwerdefrist verfasst wurde, vermag die Existenz einer Vertrauensgrundlage nicht zu belegen. Hieraus folgt, dass die Rüge der Verletzung von Treu und Glauben mangels Vertrauensgrundlage zurückzuweisen ist. Die anderen Kriterien des Vertrauensschutzes sind deshalb nicht zu prüfen.

7.4.4 Auch die übrigen Rügen betreffend Treu und Glauben dringen nicht durch. So will die Beschwerdeführerin wegen der Kommunikation der Vorinstanz darauf vertraut haben, dass für bestimmte Mitarbeiter die Excel-Tabellen als betriebliche Arbeitszeitkontrolle ausreichen würden. Es ist indes festzuhalten, dass keine Anhaltspunkte einer Fehlinformierung der Beschwerdeführerin vorliegen (vorstehend E. 7.2.2). Folglich konnte sie nicht darauf vertrauen, dass die Excel-Tabellen genügen würden.

7.4.5 Auch vermag die Rüge nicht durchzudringen, wonach sich die Vorinstanz widersprüchlich verhalten hätte: Die Vorinstanz habe einerseits die verspätet eingereichten Zeiterfassungen unter anderem wegen Fehlern nicht berichtigt, andererseits aber ihre am 24. März 2021 abgegebenen Zeiterfassungen anderer Mitarbeiter nach Berichtigung gewisser Fehler berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin erkennt indes, dass die rechtzeitige Vorlage entscheidend ist, sodass die Nichtberücksichtigung nicht primär im Vorliegen von – exemplarisch dargelegten – Fehlern gründete (vorstehend E. 7.3.2), sondern in der versäumten Abgabe am 24. März 2021. Das Säumnis hatte überdies zur Folge, dass eine Berücksichtigung nur noch ausnahmsweise unter der strengen Voraussetzung der offensichtlichen Authentizität (vgl. vorstehend E. 3.1.5 und E. 7.1) möglich gewesen wäre. Soweit die Vorinstanz somit Fehler in den nachgereichten Zeiterfassungen als Teil der Begründung der fehlenden Authentizität berücksichtigt hat, ähnliche Fehler in den rechtzeitig vorgelegten Arbeitszeiterfassungen dagegen einfach berichtigte, ist dies nicht widersprüchlich, sondern Folge der im Gesetz angelegten materiell- und beweisrechtlichen Anforderungen.

7.4.6 Nach dem Gesagten sind die Rügen der Verletzung des Gebots oder der Garantie von Treu und Glauben deshalb nicht zu hören.

7.5 Festzuhalten ist, dass die Beschwerdeführerin für E._____, F._____, G._____, H._____, I._____, J._____ und K._____ keine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung vorzuweisen vermochte. Es fehlt an der Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls, mithin an einer Voraussetzung für den rechtmässigen Bezug von Kurzarbeitsentschädigung. Folglich hat die Vorinstanz zu Recht festgestellt, dass für diese Arbeitnehmer kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht und die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung insoweit zu Unrecht erfolgte.

7.6 Das Gesagte gilt ohne weiteres auch für die Rückforderungen der Kurzarbeitsentschädigungen betreffend Arbeitsausfälle von J._____ in den Monaten März und April 2020 (vgl. dazu E. 7.3.2). Den im Beschwerdeverfahren nachgereichten Arbeitszeiterfassungen zufolge hatte J._____ von März bis Dezember 2020 überhaupt nicht gearbeitet; zum Teil war dies laut Beschwerdeführerin auf die von ihm versäumte Stempelung zurückzuführen. Ein Anspruch bestehe aber für die Monate März und April 2020, für welche die gänzlich fehlende Stempelung darauf zurückzuführen sei, dass J._____ überhaupt nicht gearbeitet habe und nicht ins Büro gegangen sei.

Auch im Falle eines vorübergehend vollständigen Arbeitsausfalls sind die Arbeitszeit und der Arbeitsausfall täglich fortlaufend und zeitgleich zu dokumentieren. Die entsprechenden Belege sind spätestens bei der Arbeitgeberkontrolle vorzulegen, gegebenenfalls mit ergänzender Abwesenheitskontrolle. So werden die geleisteten Arbeitsstunden ausgewiesen und die Differenz zur vertraglich vereinbarten Arbeitszeit ermittelt, um dann den Umfang der geschuldeten Kurzarbeitsentschädigung zu bestimmen (Art. 46 Abs. 1 AVIV). Ohne rechtzeitig vorgelegte Zeiterfassungsbelege fehlt es an der Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls und gegebenenfalls an der Bestimmbarkeit der Anspruchsgrundlage; gerade bei vorübergehend vollständigem Arbeitsausfall ist es sonst kaum möglich, das gänzliche Fehlen von Arbeit von der Nichtvornahme der nach Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG erforderlichen Stempelung zu unterscheiden. Im Fall von J._____ lässt sich aufgrund der verspäteten Einreichung der Zeiterfassungsbelege nicht verlässlich bestimmen, in welchem Umfang das Fehlen von Stempelungen auf tatsächlichen Arbeitsausfall und in welchem Ausmass es auf die eingestandenermassen zum Teil versäumte Stempelung zurückzuführen ist. Festzuhalten bleibt, dass auch bei ihm die erforderlichen Zeiterfassungsdaten nicht rechtzeitig vorlagen, sodass sich der Arbeitsausfall nicht ausreichend kontrollieren und die Höhe der Kurzarbeitsentschädigung für die Monate

März und April 2020 nicht zuverlässig bestimmen lässt. Damit entfiel die Anspruchsberechtigung, wovon die Vorinstanz zu Recht ausging.

8.

Angesichts der vorstehenden Ergebnisse ist auch die Feststellung der Vorinstanz zu stützen, wonach sich der wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfall in den Monaten April, Mai, Juli, August und Oktober 2020 gesamtbetrieblich auf weniger als 10 % der durch die Arbeitnehmer normalerweise geleisteten Arbeitsstunden belief. Zu Recht hielt die Vorinstanz daher fest, dass die entsprechende Anspruchsvoraussetzung (vorstehend E. 3.1.1) nicht erfüllt sei und ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für diese Monate folglich ausfalle.

9.

9.1 Zusammenfassend ergibt sich: Wegen ungenügender Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls fehlt es an einer materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzung für den Bezug der umstrittenen Kurzarbeitsentschädigung. Dadurch erweist sich die betroffene Leistungszusprache an die Beschwerdeführerin als unrichtig. Der Rückforderungsbetrag von CHF 256'162.15 entspricht einer Berichtigung von erheblicher Bedeutung. Damit sind die Voraussetzungen der Rückforderung erfüllt und es ist der zu Unrecht bezogene Anteil der Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitslosenversicherung zurückzurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 und 2 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Die Beschwerde ist folglich abzuweisen. Die Beschwerdeführerin hat im Umfang von CHF 256'162.15 zu Unrecht zugesprochene Kurzarbeitsentschädigungen gemäss dem Entscheid der Vorinstanz an die Arbeitslosenkasse des Kantons Bern zurückzuerstatten.

9.2 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-741/2020 vom 28. Juni 2022 E. 7.1 m.H.). Vorliegend dringt die Beschwerdeführerin mit keinem ihrer Anträge durch und unterliegt daher.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die 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]); ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und in Anwendung der gesetzlichen Bemessungsfaktoren (Art. 63 Abs. 4^{bis} VwVG, Art. 2

Abs. 1 VGKE) sind praxisgemäss Verfahrenskosten von Fr. 5'000.– angemessen. Parteienschädigungen sind keine geschuldet (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Christoph Errass

Matthias Uffer

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 13. April 2023

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. AGK 2021-25; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft,
Bildung und Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

Das Urteil wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern,
Lagerhausweg 10, 3018 Bern (A-Post)