



Abteilung II
B-3364/2011

Urteil vom 14. Juni 2012

Besetzung

Richterin Maria Amgwerd (Vorsitz),
Richter David Aschmann, Richter Claude Morvant,
Gerichtsschreiber Philipp J. Dannacher.

Parteien

M._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jascha Schneider-Marfels,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft,
Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung,
Effingerstrasse 31, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Die M._____ (Beschwerdeführerin) mit Sitz in O._____ bezweckt die Durchführung von Import- und Exportgeschäften sowie die Übernahme von Generalvertretungen, vorwiegend auf dem Gebiete der Antriebs- und Fördertechnik, ferner wissenschaftliche, wirtschaftliche und industrielle Forschung, sowie Kauf, Verkauf, Registrierung und Verwertung von Patenten, Patentrechten und Markenschutzrechten, Erwerb und Gewährung von Lizenzen unter solchen Rechten. Sie machte gegenüber der Arbeitslosenkasse Basel-Land (Arbeitslosenkasse) für die Monate Januar 2009 bis Oktober 2010 wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend. In der Folge zahlte ihr die Arbeitslosenkasse Kurzarbeitsentschädigung aus.

Am 17. März 2011 überprüfte die Vorinstanz, ob die von der Beschwerdeführerin beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen rechtmässig seien.

Mit Revisionsverfügung vom 21. März 2011 entschied die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 109'415.15 unrechtmässig bezogen. Diese seien innert 30 Tagen an die Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten. Zur Begründung führte sie aus, anlässlich der Arbeitgeberkontrolle habe ihr keine Arbeitszeitkontrolle vorgewiesen werden können, welche täglich über die geleisteten Arbeits- und allfälligen Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sonstige Absenzen wie Krankheit, Unfall etc. der Mitarbeitenden Auskunft gegeben hätte. Die Arbeitsausfälle hätten auch nicht anhand anderer betrieblicher Unterlagen plausibilisiert werden können. Da der Arbeitsausfall von sämtlichen Mitarbeitenden auf Grund der fehlenden betrieblichen Zeitkontrolle nicht überprüfbar sei, und die Plausibilisierungsversuche anhand anderer betrieblicher Unterlagen nicht möglich gewesen seien, müssten die im Prüfungszeitraum bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen vollumfänglich aberkannt werden.

Am 5. Mai 2011 erhob die Beschwerdeführerin gegen diese Revisionsverfügung Einsprache und beantragte die vollumfängliche Aufhebung derselben. Sie erklärte, sie habe täglich den durch das Amt für Industrie, Gewerbe und Arbeit des Kantons Baselland (KIGA) zur Verfügung gestellten "Rapport über die betrieblich bedingten Ausfallstunden" ausgefüllt und dadurch sämtliche gesetzlichen Anforderungen an die ausreichende Überprüfbarkeit der betrieblich bedingten Ausfallstunden erfüllt. Zudem rügte die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt und überspitzt formalistisch entschieden.

Mit Einspracheentscheid vom 16. Mai 2011 wies die Vorinstanz die Einsprache ab. Zur Begründung brachte sie vor, sie zweifle grundsätzlich nicht daran, dass der Betrieb wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle erlitten habe. Die Prüfung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle sei nicht Sache des KIGA; die Rechtmässigkeit der abgerechneten Kurzarbeitsentschädigung werde ausschliesslich durch die Vorinstanz oder von ihr beauftragte Treuhandexperten am Sitz des Betriebs geprüft. Auf die Notwendigkeit einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle und deren Anforderungen werde in den kantonalen Amtsstellen (KAST) unter "Wichtige Hinweise betreffend KAE" und im Info-Service unter Punkt 7 hingewiesen. Gemäss den gesetzlichen Bestimmungen und höchstrichterlicher Rechtsprechung setze eine genügende Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle bzw. der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit eine täglich fortlaufend geführte betriebliche Arbeitszeitkontrolle für alle Arbeitnehmenden voraus, für die Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht werde. Aus dieser müssten täglich die geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie sämtliche Absenzen infolge Ferien, Feiertage, Krankheit und sonstige bezahlte und unbezahlte Absenzen ersichtlich sein. Das von der Beschwerdeführerin erwähnte Formular "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" vermöge eine Arbeitszeitkontrolle nicht zu ersetzen. Es diene in erster Linie dazu, dass der Revisor anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle die geltend gemachten Ausfallstunden anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle überprüfen könne.

B.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin am 14. Juni 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Revisionsverfügung vom 21. März 2011 und der Einspracheentscheid vom 16. Mai 2011 seien vollumfänglich aufzuheben. Zur Begründung bringt sie vor, sie habe dem KIGA Baselland monatlich den täglich nachgeführten Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden zukommen lassen. Gestützt auf diesen Rapport sei durch das KIGA die Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet worden. Da sie durch das KIGA nie darauf aufmerksam gemacht worden sei, dass dieser Rapport nicht den gesetzlichen Anforderungen entspreche, sei sie in guten Treuen davon ausgegangen, dass das Formular den gesetzlichen Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle entspreche. Anlässlich der Kontrolle vom 17. März 2011 habe sie sämtliche Rapporte für den Zeitraum von Januar 2009 bis Oktober 2010 vorlegen und Auskunft über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden erteilen können. Anders als es der Name des

Formulars ("Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden") vermuten lasse, habe sie in den Rapporten nicht die Arbeitsstunden aufgelistet, welche auf Grund der schlechten Auftragslage weggefallen seien, sondern die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden. Da es in der Zeit, in der sie Kurzarbeitsentschädigung bezogen habe, weder Unfälle noch krankheitsbedingte Ausfälle gegeben habe, hätten in den Rapporten auch keine entsprechenden Ausfälle verzeichnet werden können. Daher sei nicht ersichtlich, weshalb sie die gesetzlich geforderten Formerfordernisse nicht erfüllt haben sollte. Womöglich habe der Umstand, dass täglich exakt vier Stunden pro Arbeitnehmer verzeichnet worden seien, die Vorinstanz dazu bewogen, die Authentizität der Rapporte anzuzweifeln. Sie habe fixe Zeiten festgelegt, an denen das Telefon habe besetzt sein müssen (8 bis 12 Uhr, 13.30 bis 17.30 Uhr). Auf Grund der reduzierten Arbeitsreserven habe man sich darauf geeinigt, dass jeweils ein Mitarbeiter auf den Morgen und der andere Mitarbeiter auf den Nachmittag bestellt werde, weshalb aus den Rapporten auch keine Mittagszeiten hervorgingen. Diese Arbeitsweise, d.h. das Einhalten von Blockzeiten, entspreche den üblichen Gegebenheiten in solchen Kleinbetrieben. Somit stehe fest, dass die Arbeitszeiterfassung die wahren Gegebenheiten exakt widerspiegle, nämlich einen Bürobetrieb mit Blockzeiten, der sich in einer vorübergehenden, auf die allgemeine Wirtschaftslage zurückzuführenden Krise befinde, sich aber dank der Kurzarbeit über Wasser halten können. Im Weiteren wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz überspitzten Formalismus und eine Verletzung des Anspruch auf rechtliches Gehör vor.

C.

Mit Vernehmlassung vom 31. August 2011 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei abzuweisen. Zur Begründung führt sie aus, es mute äußerst seltsam an, wenn die Beschwerdeführerin auf einem Formular, welches explizit als "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" titulierte sei, die effektiv gearbeiteten Stunden erfasse. Die Beschwerdeführerin anerkenne ausdrücklich, dass eine geeignete betriebliche Zeitkontrolle, welche Auskunft über die geleisteten Arbeitsstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie Absenzen gegeben hätte, für beide Mitarbeiter nicht geführt worden sei. Die Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden seien kein geeignetes Surrogat für ein Zeiterfassungssystem; sie könnten/dürften dies auch gar nicht sein.

D.

Die Beschwerdeführerin hielt mit Replik vom 14. Oktober 2011 an den

Rechtsbegehren der Beschwerde vom 14. Juni 2011 fest. Sie führt zusammenfassend aus, sie habe für den gesamten Zeitraum, in welchem sie der Kurzarbeit unterstellt gewesen sei, Rapporte über den wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall vorlegen können. Da es bei den beiden Mitarbeitern weder Krankheit, noch Unfälle, noch sonstige Absenzen gegeben habe, hätten solche auch gar nicht verzeichnet werden können. Deutlich aus den Rapporten zu entnehmen seien jedoch die täglich geleistete Arbeitszeit und die Ferienbezüge beider Mitarbeiter. Zwar würden die Rapporte bei einem flüchtigen Blick etwas sehr einheitlich erscheinen. Werfe man aber einen vertieften Blick auf das Unternehmen, werde deutlich, dass die Rapporte exakt und authentisch den Alltag dieses Unternehmens widerspiegeln: nämlich ein Import- und Exportunternehmen, welches auf die telefonische Erreichbarkeit angewiesen sei und gestützt darauf Blockzeiten eingeführt habe. Auf Grund der stetig schwachen Auftragslage habe es keinen Anlass gegeben, Überstunden zu leisten, da die Mitarbeiter die entsprechenden Bestellungen immer fristgerecht innert der von der Geschäftsführerin angeordneten Zeit hätten erledigen können. Folglich liege eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung vor.

E.

Mit Duplik vom 2. November 2011 hielt die Vorinstanz an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest.

F.

Die Beschwerdeführerin verzichtete stillschweigend auf die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Vorinstanz im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0]).

Durch den angefochtenen Entscheid ist die Beschwerdeführerin besonders berührt, und sie hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind

gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechtem Wetter und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers garantieren (Art. 1a Abs. 1 Bst. a – d AVIG).

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (vgl. Art. 31 Abs. 1 Bst. a – d AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV; SR 837.02]). Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Art. 46b Abs. 2 AVIV). Es soll damit sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (Urteile der I. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts [BGer] 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 2). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember E. 5; Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2).

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche das SECO führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (vgl. Art. 110 Abs. 4 AVIV). Stellt die Ausgleichsstelle fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht oder nicht richtig angewendet wurden, so erteilt sie der Kasse oder der zuständigen Amtsstelle die erforderlichen Weisungen. Bei Arbeitgeberkontrollen verfügt die Ausgleichsstelle. Das Inkasso obliegt der Kasse (Art. 83a Abs. 1 und 3 AVIG, Art. 111 AVIV).

Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteile des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2 und C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je mit Hinweisen).

3.

Zunächst rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Denn weder in der Revisionsverfügung vom 21. März 2011 noch im Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 16. Mai 2011 werde näher dargelegt, weshalb der von ihr monatlich beim KIGA Baselland eingereichte "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" nicht den gesetzlichen Anforderungen entsprechen solle. Somit erweise sich der angefochtene Entscheid als nicht ausreichend begründet. Andererseits lasse der zeitliche Ablauf des Verfahrens gewisse Zweifel aufkommen, ob sich die Vorinstanz in ausreichender Weise mit ihrer Einsprache auseinandergesetzt habe, denn zwischen Erhalt der Einsprache durch die Vorinstanz und Erhalt des Einspracheentscheids ihrerseits seien lediglich elf Tage vergangen, dies bei einer 14-seitigen Eingabe mit zwölf Beilagen. Aus der Begründung des Einspracheentscheids sei in keiner Weise zu entnehmen, dass sich die Vorinstanz mit ihrer Einsprache auseinandergesetzt habe. Vielmehr sei zu vermuten, dass die Vorinstanz auf einen vorgefertigten Baukastenentscheid zurückgegriffen habe, worin die höchstrichterliche Rechtsprechung kurz wiedergegeben und einige wenige Änderungen vorgenommen würden, damit dem Entscheid doch ein Hauch von Individualität zukomme. Die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, die einzelnen Umstände, welche sie in ihrer Einsprache vom 5. Mai 2011 explizit aufgelistet habe, zu prüfen, denn einzig der Umstand, dass sie ihren Nachweis über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden auf dem gleichnamigen Formular erbracht habe, lasse den Entscheid der Vorinstanz, dass dieser Rapport den gesetzlichen Anforderungen nicht standhalte, nicht ohne Weiteres rechtfertigen da sie auf diesem Formular nicht die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden, sondern die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden aufgelistet habe.

Die Vorinstanz gibt zu bedenken, dass verwaltungsrechtlichen Verfügungen ein gewisser Schematismus immer innewohne. Aus der Sicht des

Empfängers sei öfters Unverständnis anzutreffen, vor allem wenn eine Rückforderung in beträchtlichem Masse verfügt werde. Dennoch seien die gesetzlichen Grundlagen und die Unkontrollierbarkeit genügend erläutert, abgestützt auf die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts.

3.1. Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) ergibt sich, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtslage betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. 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. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 V 351 E. 4.2; BGE 134 I 83 E. 4.1).

3.2. Was die von der Beschwerdeführerin bemängelte Dauer der Verfahrenserledigung (elf Tage) betrifft, ist festzuhalten, dass diese – gemessen am relativ einfachen Sachverhalt und den sich stellenden Rechtsfragen – nicht ungebührlich kurz ist. Die kurze Verfahrenserledigung kann auch auf den Umstand zurückzuführen sein, dass die zuständigen Sachbearbeiter beschlossen haben, rasch zu entscheiden, da sie mit dem Sachverhalt noch vertraut waren. Weil die Verwaltung auf hohe Problemlösungskapazität angewiesen ist (vgl. MICHELE ALBERTINI, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Bern 2000, S. 313 ff.), ist ein derart effizientes Vorgehen grundsätzlich nicht zu beanstanden.

3.3. Im Einspracheentscheid zitierte die Vorinstanz die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Thema "Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle" und führte aus, das Formular "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" vermöge eine Arbeitszeitkontrolle nicht zu ersetzen. Es diene in erster Linie dazu, dass der Revisor anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle die geltend gemachten Ausfallstunden anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle überprüfen könne. Damit gab die Vorinstanz ihrer Meinung Ausdruck, dass das von der Beschwerdeführerin verwendete For-

mular "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" nicht als betriebliche Arbeitszeitkontrolle taue. Ausgehend von dieser Haltung, welche durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung untermauert ist (vgl. Urteile des EVG C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 2 und C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2b), kann der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt, indem sie auf die Argumente, welche die vorgenannten Rapporte betrafen, nicht weiter eingegangen ist. Denn sie hat sich auf das Entscheidwesentliche beschränkt.

4.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe dem KIGA monatlich die "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" eingereicht. Ihrer Ansicht nach entsprechen diese Rapporte den gesetzlich vorgeschriebenen Formerfordernissen, da diese durch sie täglich fortgeführt worden seien und zudem hinreichend Auskunft über die Absenzen der beiden Arbeitnehmer geben. Anders als es der Name des Formulars vermuten lasse, habe sie in diesen Rapporten nicht die Arbeitsstunden aufgelistet, welche auf Grund der schlechten Auftragslage weggefallen seien, sondern die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden. Da es in der Zeit während der Kurzarbeit weder Unfälle noch krankheitsbedingte Ausfälle gegeben habe, habe sie in den Rapporten auch keine entsprechenden Ausfälle verzeichnen können. Die Arbeitszeiterfassung spiegle exakt die wahren Gegebenheiten wider, nämlich einen Bürobetrieb mit Blockzeiten (8.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 13.30 Uhr bis 17.30 Uhr), wobei jeweils ein Mitarbeiter den Dienst am Vormittag, der andere Mitarbeiter den Dienst am Nachmittag übernommen habe. Da sich die Auftragslage während der Zeit der Kurzarbeit nicht verbessert habe, seien seitens der Mitarbeiter keine Überstunden geleistet worden, da die angefallene Arbeit jeweils problemlos innerhalb der festgelegten Blockzeiten habe erledigt werden können.

Die Vorinstanz führt demgegenüber an, die "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" vermöchten eine Arbeitszeitkontrolle nicht zu ersetzen. Sie dienten in erster Linie dazu, dass der Revisor anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle die geltend gemachten Ausfallstunden anhand einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle überprüfen könne.

Umstritten ist im vorliegenden Fall somit, ob die von der Beschwerdeführerin ausgefüllten "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden"

den" geeignet sind, eine hinreichende Kontrollierbarkeit der Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer zu gewährleisten.

4.1. Nach der Rechtsprechung des EVG (heute: der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts) ist ein geltend gemachter Arbeitsausfall erst dann genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Das EVG führte dazu aus, es genüge nicht, wenn der Arbeitgeber eine An- und Abwesenheitskontrolle führe; vielmehr bedürfe es Angaben über die täglich geleistete Arbeitszeit. Nur auf diese Weise sei Gewähr geboten, dass die an gewissen Tagen geleistete Überzeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen sei, bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalls Berücksichtigung finde (vgl. hierzu die Urteile des EVG C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b und C 140/02 vom 8. Oktober 2002 E. 3.1 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 4.2). Ein Zusammenzug aller am Ende des Monats verlorenen Stunden erlaubt es nicht, den Arbeitsausfall genügend kontrollierbar zu machen (Urteile des BVGer B-8093/2010 vom 16. Juni 2011 E. 3 und B-3424/2010 vom 6. April 2011 E. 4, je mit Verweis auf ERWIN MURER/HANS ULRICH STAUFFER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 181). Die gearbeiteten Stunden müssen nicht zwingend mit einem elektronischen oder mechanischen System erfasst sein. Wesentlich sind jedoch der ausreichende Detaillierungsgrad und die zeitgleiche Dokumentierung (Urteile des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4). Erst nachträglich erstellte Unterlagen (z. B. Wochenrapporte, Befragung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) sind kein taugliches Mittel, um die Arbeitszeit durch die Verwaltung ausreichend zu kontrollieren (statt vieler: Urteile des EVG C 42/00 vom 17. Januar 2001 E. 2b, C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4).

Massgebend ist, ob das Führen einer Arbeitszeitkontrolle im konkreten Einzelfall unerlässlich gewesen ist, um den Durchführungsorganen die Möglichkeit zu geben, den geltend gemachten Arbeitsausfall innert nützlicher Frist zuverlässig zu überprüfen (Urteil des EVG C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2b). Das Erfordernis der Kontrollierbarkeit verlangt, dass sich eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung innert angemessener Frist ein einigermaßen klares Bild über den Arbeitsausfall machen kann. Die zur Verfügung gestellten Unter-

lagen 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).

4.2. Wie die Beschwerdeführerin gegenüber dem KIGA Baselland mit Schreiben vom 19. Februar 2009 bekannt gab, beträgt die wöchentliche Arbeitszeit in ihrem Betrieb 40 Stunden. Verteilt auf die vorgegebenen Blockzeiten (8.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 13.30 Uhr bis 17.30 Uhr) beträgt die tägliche Arbeitszeit 8 Stunden. Bei einer Reduktion des Arbeitspensums auf 50% im Rahmen der Kurzarbeit entsprachen, zumindest rein theoretisch, die Anzahl Arbeitsstunden der Anzahl Ausfallstunden. Insofern ist nicht ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin im Formular "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" statt der Ausfallstunden die Arbeitsstunden eingetragen hat, wie sie geltend macht. Würde dies zutreffen, hätte die Beschwerdeführerin das genannte Formular für die betriebliche Arbeitszeitkontrolle gebraucht (und somit zweckentfremdet). Fraglich ist, ob unter der Annahme, dass die Beschwerdeführerin das Formular "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" tatsächlich für die Arbeitszeitkontrolle gebraucht hat, die von der Beschwerdeführerin praktizierte Arbeitszeiterfassung tauglich wäre, die Arbeitszeit zu kontrollieren.

4.2.1. Eine Arbeitszeiterfassung zeigt auf, wann ein Mitarbeiter seine Arbeit effektiv aufgenommen und wann er sie beendet hat.

Da nicht anzunehmen ist, dass die Mitarbeiter aus dem Gedächtnis detailliert Auskunft zu den effektiven Arbeitszeiten geben können, müssen diese täglich fortlaufend aufgezeichnet werden (vgl. Urteil des EVG 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a und 2b). Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllen würde, ist ein System zu verstehen, bei dem – sei es auf Papier oder elektronisch – mindestens täglich durch den Mitarbeiter selbst oder durch seinen Vorgesetzten die gearbeitete Zeit eingegeben wird (Urteil des BVGer B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 3.4).

4.2.2. Wie den von der Beschwerdeführerin ausgefüllten Formularen "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" zu entnehmen ist, wurden die Arbeitsstunden zunächst von Hand eingetragen (Januar 2009 bis Mai 2009 sowie Juli 2009), in der übrigen Zeit (Juni 2009 sowie August 2009 bis Oktober 2010) auf dem Computer. Abgesehen vom Feb-

ruar 2009 wurden, erkennbar an der Handschrift, sämtliche von Hand erfassten Arbeitsstunden offensichtlich immer von derselben Person eingetragen, wobei die jeweils als Zahl 4 angegebene Anzahl Arbeitsstunden immer exakt gleich, insbesondere in derselben Ausrichtung, geschrieben wurde. Es ist daher fraglich, ob die Formulare tatsächlich jeweils fortlaufend ausgefüllt worden sind (vgl. Urteil des EVG C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4 am Ende). Ohnehin sind bei ausnahmslos immer gleich langer Arbeitsdauer (in casu 4 Stunden) Zweifel angebracht, ob die angegebene Arbeitszeit der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit entspricht (vgl. Urteil des BVGer B-8569/2007 vom 24. Juni 2008 E. 2.3; vgl. auch ROLAND MICHAEL MÜLLER/THOMAS OECHSLE, Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2007 S. 847 ff., S. 854). Die Beschwerdeführerin gibt denn auch zu, dass es Abweichungen im Minutenbereich gegeben habe. Daran ändert ihre Behauptung, es seien keine Überstunden geleistet und die geringen Abweichungen von der effektiven Arbeitszeit seien durch Toilettenpausen, Kaffeepausen oder geringe Verspätungen auf Grund eines Verkehrsstaus und dergleichen mehrheitlich aufgehoben worden, nichts (vgl. Urteil des EVG vom 15. Februar 1999 2a, publiziert in: Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 1999 Nr. 34).

Anhand des Formulars "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" lässt sich nicht feststellen, inwieweit die geltend gemachten Ausfallstunden wirtschaftlich bedingt oder auf sonstige Abwesenheiten (Ferien, Krankheit, etc.) zurückzuführen sind. Es fehlt mit anderen Worten an der detaillierten Erfassung der geleisteten Arbeitszeit. Denn hierzu müssen fortlaufend alle notwendigen Angaben – so neben der geleisteten Arbeitszeit und den Ausfallstunden namentlich auch ein allfälliger Gleitzeitsaldo, Absenzen infolge Ferien, Krankheit, Unfall oder Weiterbildung und sonstige Fehlzeiten sowie Mehrstunden – tatsächlich und korrekt eingetragen werden (vgl. Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des BGer 8C_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.4). Derartige detaillierte Angaben hat die Beschwerdeführerin weder auf dem Formular "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" noch auf einem anderen sich in den Akten befindlichen Dokument eingetragen (vgl. auch Urteil des BVGer B-3424/2010 vom 6. April 2011 E. 5).

4.2.3. Es ist daher mit der Vorinstanz dafür zu halten, dass die von der Beschwerdeführerin angerufenen Formulare "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht genügen (vgl. auch Urteile des EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2b und C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 2).

4.3. Dagegen ist zu prüfen, ob die von der Beschwerdeführerin praktizierte Vorgabe von Blockzeiten (8.00 Uhr bis 12.00 Uhr und 13.30 Uhr bis 17.30 Uhr), wobei jeweils ein Mitarbeiter den Dienst am Vormittag mit 4 Arbeitsstunden, der andere Mitarbeiter den Dienst am Nachmittag mit ebenfalls 4 Arbeitsstunden übernimmt, eine Arbeitszeitkontrolle überflüssig macht.

4.3.1. Von der formellen Beweisvorschrift der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 46b Abs. 1 AVIV darf nur abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, d.h. die prozessuale Formstrenge exzessiv und 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, mit Verweis auf BGE 130 V 183 E. 5.4.1).

4.3.2. Eine Regelung, bei der, wie bei der Beschwerdeführerin, die Arbeitsstunden fix vorgegeben sind, vermag für die eigene Lohnbuchhaltung zu genügen. Bei Firmen mit eingeführter Kurzarbeit ist indessen eine besondere Fallkonstellation gegeben. Wie das BGer hinsichtlich eines Unternehmens mit eingeführter Kurzarbeit erklärte, sind die Arbeitsreserven reduziert, und es wird nur noch teilzeitlich gearbeitet. Oftmals werden einzelne Mitarbeiter oder die gesamte Belegschaft für ganze Arbeitstage vom Erscheinen am Arbeitsplatz befreit. Auch bei anderen Betrieben ist es zumindest wenig wahrscheinlich, dass sich der an den übrigen Tagen zu bewältigende Arbeitsanfall jeweils exakt in den üblicherweise vorgegebenen Tagesarbeitsstunden erledigen lässt. Denkbar ist, dass gewisse Restarbeiten an einzelnen Tagen über diese ordentliche Tagesarbeitszeit hinaus zum Abschluss gebracht werden, damit die Arbeit nicht doch am Folgetag zum Beispiel einzig für eine Arbeitsstunde wieder aufgenommen werden muss. Auch der umgekehrte Fall ist denkbar (Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2).

4.3.3. Auf Grund der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht von einer überspitzt formalistischen Vorgehensweise der Vorinstanz gesprochen werden, wenn sie in Nachachtung von Art. 46b Abs. 1 AVIV mangels einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle den Arbeitszeitausfall der beiden Mitarbeiter als nicht hinreichend kontrollierbar bezeichnete (vgl. Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 2.2; Urteile des BVGer B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 6.2.2 f. und B-7898/2007 vom 13. Mai 2008 E. 3.3).

5.

Schliesslich erwähnt die Beschwerdeführerin, sie sei in guten Treuen davon ausgegangen, dass der "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" den gesetzlichen Anforderungen entspreche, zumal sie vom KIGA nicht gegenteilig informiert worden sei.

Damit beruft sich die Beschwerdeführerin sinngemäss auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes.

5.1. Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 131 V 472 E. 5, mit Verweis u.a. auf BGE 124 V 215 E. 2b). Ein behördliches Verhalten gebietet nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 BV) unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung (BGE 131 V 472 E. 5, BGE 127 I 31 E. 3a).

Nach der Rechtsprechung des BGer obliegt es in erster Linie der den Antrag stellenden Unternehmen abzuklären, ob ihr Zeiterfassungssystem eine im Hinblick auf die Anspruchsberechtigung ausreichende Kontrolle gewährleistet (Urteile des EVG C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 3 und C 5/04 vom 27. Mai 2004 E. 5.1). Zwar sieht Art. 27 Abs. 1 ATSG seit dem 1. Januar 2003 eine allgemeine und permanente Aufklärungspflicht der Versicherungsträger und Durchführungsorgane vor, die nicht erst auf persönliches Verlangen der interessierten Personen zu erfolgen hat. Dieser ist die Arbeitslosenkasse aber durch die Abgabe der Informationsbroschüre "Kurzarbeitsentschädigung" hinreichend nachgekommen (Urteile des EVG C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 3 und C 115/06 vom 4. September 2006 E. 3.2). In dieser Broschüre findet sich der bereits erwähnte Hinweis, dass der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetze. Als Beispiele für eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle werden Stempelkarten und Stundenrapporte genannt.

Wie das BGer bereits im Urteil C 115/06 vom 4. September 2006 E. 3.3 festgehalten hat, wäre es wünschenswert, dass die Hinweise hinsichtlich der Bestimm- und Kontrollierbarkeit des Arbeitszeitausfalls angesichts ihrer Bedeutung für die in wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen befindlichen Arbeitgeber in der Informationsbroschüre eigens hervorgehoben und der Begriff der "betrieblichen Arbeitszeitkontrolle" mit demjenigen der "täglich fortlaufend geführten Arbeitszeitkontrolle" näher umschrieben

werden. Weiter hält das Bundesgericht fest, dass es sinnvoll wäre, zusätzlich den im Antragsformular für Kurzarbeitsentschädigung unter der Rubrik "Nicht anspruchsberechtigte Arbeitnehmer" angebrachten Hinweis auf den fehlenden Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bei nicht ausreichend kontrollierbarer Arbeitszeit mit einem Verweis auf die geforderte Arbeitszeitkontrolle zu präzisieren. Dadurch könnten Rückforderungen möglicherweise vermehrt vermieden werden. Soweit ersichtlich, sind diese Anregungen aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis heute allerdings nicht umgesetzt worden.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Vorinstanz mit der Abgabe der Broschüre ihrer allgemeinen Informationspflicht gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG Genüge getan hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 115/06 vom 4. September 2006 E. 3.4). Obwohl diese Informationsbroschüre "Kurzarbeitsentschädigung" einen gewissen Umfang aufweist, ist deren Lektüre zumutbar. Es liegt in erster Linie am jeweiligen Gesuchsteller, die Informationsbroschüre (und das Antragsformular für Kurzarbeitsentschädigung) mit der gebotenen Sorgfalt zu lesen und bei Zweifeln mit konkreten Fragen an die zuständigen Stellen zu gelangen. Verzichtet er darauf, trägt er die damit verbundenen Nachteile (Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 3.4; Urteile des BVer B-7898/2007 vom 13. Mai 2008 E. 4.2 und B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 7.1).

5.2. Ebensowenig kann die Beschwerdeführerin etwas zu Gunsten ihres Standpunktes aus dem Argument ableiten, ihr seien wiederholt über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt worden, denn dieser Umstand löst nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Vertrauensschutz aus (vgl. zur Schlechtwetterentschädigung ausführlich das Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2).

6.

Insgesamt ergibt sich somit, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall nicht hinreichend kontrollierbar ist. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht die Rückerstattung der ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von Fr. 109'415.15 verlangt. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

7.

Nach Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG sind die Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich kostenpflichtig. Die Kostenpflicht

gilt auch für Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (vgl. Urteile des BVGer B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 10 und B-7898/2007 vom 13. Mai 2008 E. 6.1). Geht es wie vorliegend um Vermögensinteressen, richtet sich die Gerichtsgebühr grundsätzlich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse mit einem Streitwert zwischen Fr. 100'000.- und 200'000.- beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 2'000.- bis 10'000.- (Art. 4 VGKE). Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert Fr. 109'415.15, weshalb die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000. festgelegt wird.

Eine Parteientschädigung ist bei diesem Verfahrensausgang nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. AGK 2011-38; Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde).

und wird mitgeteilt:

- dem KIGA Baselland, Öffentliche Arbeitslosenkasse, Bahnhofstrasse 32,
Postfach, 4133 Pratteln (A-Post).

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Maria Amgwerd

Philipp J. Dannacher

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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 27. Juni 2012