



Abteilung II
B-3778/2009

Urteil vom 23. August 2011

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),
Richter Hans Urech, Richterin Maria Amgwerd,
Gerichtsschreiberin Karin Behnke.

Parteien

S. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Storrer,
Beschwerdeführer,

Gegen

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

Gegenstand

Rückforderung von Schlechtwetterentschädigung.

Sachverhalt:**A.**

Das Einzelunternehmen S._____, mit Sitz in Feuerthalen (Beschwerdeführer), beanspruchte Schlechtwetterentschädigungen für die Monate Januar, März, November, Dezember 2008 und Januar 2009.

Im Nachgang zur Betriebskontrolle vom 9. März 2009 verfügte das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO, Vorinstanz) am 18. März 2009, der Beschwerdeführer habe der Arbeitslosenkasse Schlechtwetterentschädigung im Umfang von Fr. 60'282.10 zurückzuerstatten, weil die Versicherungsleistungen unrechtmässig geltend gemacht worden seien. Hieran hielt es auf Einsprache hin fest.

B.

Gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 4. Mai 2009 erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Christoph Storrer, am 10. Juni 2009 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte die kostenfällige Aufhebung des Einspracheentscheids sowie die Aufhebung der Verfügung vom 18. März 2009. Zur Begründung machte er geltend, die schlechtwetterbedingten Arbeitsausfälle seien der zuständigen Arbeitslosenkasse gegenüber jeweils anhand einer sorgfältig geführten Arbeits- bzw. Ausfallzeitkontrolle auf dem dafür vorgesehenen Rapport-Formular ausgewiesen worden. Tage mit schlechtwetterbedingten Ausfällen seien jeweils nach Mitteilung von Herrn S._____ an die für das Administrative zuständige Frau D._____ mit dem Vermerk "sw" in Arbeitsstunden im System als Absenz eingegeben worden. Danach seien sie jeweils fristgerecht auf das amtliche Formular zur Geltendmachung des Anspruchs auf Schlechtwetterentschädigung übertragen worden. Bei der am 9. März 2009 vor Ort durchgeführten Kontrolle sei es gleich zu einem zweifachen Irrtum gekommen. Einerseits seien einige handschriftliche Einträge in einer von Herrn S._____ benutzten Agenda als geleistete Arbeitseinsätze interpretiert worden. Bei den entsprechenden Einträgen handle es sich jedoch nicht um Arbeitseinsätze, sondern um Arbeitsausfälle, wie dies schon aus der Überschrift "Schlechtwetter" hervorgehe. Andererseits seien die Einträge in der besagten Agenda nicht etwa vollständig, da die "Schlechtwetter-Buchhaltung" ausschliesslich auf dem Computer geführt worden sei. Der Einspracheentscheid beruhe daher auf einer gänzlich unrichtigen Sachverhaltsfeststellung und verletze

Bundesrecht (Art. 49 lit. a und b des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

C.

Mit Vernehmlassung vom 15. September 2009 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde, wobei sie für die Begründung im Wesentlichen auf den Einspracheentscheid und die Verfügung verwies.

D.

Mit Replik vom 23. November 2009 und Duplik vom 8. Januar 2010 hielten die Parteien an ihren jeweiligen Anträgen fest.

E.

Mit Instruktionsverfügung vom 29. März 2011 wurde der Beschwerdeführer ersucht, die von Hand geschriebenen Agenda-Einträge vom Januar 2009 dem Bundesverwaltungsgericht in Maschinenschrift und, wo nötig, übersetzt, einzureichen, welcher Aufforderung der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 12. Mai 2011 nachkam.

F.

Mit Schreiben vom 6. Juni 2011 wies das Bundesverwaltungsgericht den Beschwerdeführer auf die drohende Möglichkeit einer Schlechterstellung (reformatio in peius) hin, da an Stelle von Fr. 60'282.10 Fr. 77'176.60 zurück zu fordern wären.

In seiner Stellungnahme vom 16. August 2011 hielt der Beschwerdeführer an seiner Beschwerde fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 4. Mai 2009 ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG. Diese Verfügung kann nach Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 (AVIG, SR 837.0) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. VwVG i.V.m. Art. 31, 33 Bst. d, 37 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.

1.2. Als Adressat ist der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat insofern ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). 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 fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 47 ff. VwVG).

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 AVIG). Nach Art. 42 AVIG haben Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben und sie einen anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 43 AVIG) erleiden. Der Bundesrat bestimmt die Erwerbszweige, in denen die Schlechtwetterentschädigung ausgerichtet werden kann. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er ausschliesslich durch das Wetter verursacht wird, die Fortführung der Arbeiten trotz genügender Schutzvorkehrungen technisch unmöglich oder wirtschaftlich unvertretbar ist oder den Arbeitnehmern nicht zugemutet werden kann, und er vom Arbeitgeber ordnungsgemäss gemeldet wird. Es werden nur ganze oder halbe Tage angerechnet (Art. 43 Abs. 1 und Abs. 2 AVIG).

Keinen Anspruch auf Kurzarbeits- oder Schlechtwetterentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG bzw. Art. 31 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 3 AVIG).

Die Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 (AVIV, SR 837.02) enthält Ausführungsbestimmungen zu den Vorschriften des AVIG (Art. 109 AVIG). Hiernach setzt die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 AVIV). Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die

Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Art. 46b Abs. 2 AVIV).

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche das SECO führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen (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 Eidgenössischen Versicherungsgerichts [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.

Umstritten ist im vorliegenden Fall, ob das Zeiterfassungssystem des Beschwerdeführers geeignet ist, eine hinreichende Kontrollierbarkeit der Arbeitszeiten seiner Arbeitnehmer zu gewährleisten.

3.1. Der Beschwerdeführer machte diesbezüglich im Wesentlichen geltend, die schlechtwetterbedingten Arbeitsausfälle habe er selber täglich Frau D._____ gemeldet, welche diese mit dem Vermerk "sw" in Arbeitsstunden im System als Absenz eingegeben habe (Beschwerdebeilage 4). Die Agenda 2009 sei nicht massgebend. In dieser seien entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht Arbeitseinsätze, sondern Arbeitsausfälle eingetragen worden, wobei diese Agenda nicht lückenlos geführt worden sei, zumal die schlechtwetterbedingten Arbeitsausfälle ohnehin im System von Frau D._____ erfasst worden seien. Aus dem Umstand, dass er auch in Monaten mit schlechtwetterbedingten Ausfällen seinen zum Teil langjährigen Mitarbeitern den vollen und nicht nur 80% des ordentlichen Lohnes ausbezahlt habe, lasse sich nichts zu seinen Ungunsten ableiten.

3.2. Die Vorinstanz machte demgegenüber geltend, Frau D._____ habe anlässlich der Kontrolle gegenüber dem Inspektor erklärt, dass in der Agenda 2009 nicht schlechtwetterbedingte Arbeitsausfälle, sondern Arbeitseinsätze eingetragen worden seien. Beim Vergleich der Agenda 2009 mit den als Arbeitszeitkontrolle vorgewiesenen Excel-Tabellen habe sich herausgestellt, dass in der Agenda 2009 an einigen Tagen Arbeitsstunden eingetragen worden seien, an welchen gleichzeitig Schlechtwetterentschädigungen beantragt worden seien. Die Agenda 2008 sei anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vor Ort nicht mehr auffindbar gewesen, sondern gemäss Frau D._____ bereits weggeworfen worden. Die geltend gemachten Schlechtwetterentschädigungen für Tage im Januar 2009, an denen gemäss Agendaeinträgen gearbeitet worden sei, seien daher aberkannt worden. Das Inspektorat sei auf Grund dieser Tatsachen zum Schluss gekommen, dass auch die Arbeitszeitkontrollen für das Jahr 2008 wahrheitswidrige Einträge in unbekanntem Umfang enthielten, weshalb die gesamten in diesem Jahr ausbezahlten Schlechtwetterentschädigungen aberkannt worden seien. Lediglich die weggeworfene Agenda 2008 hätte über die schlechtwetterbedingten Arbeitsausfälle Auskunft geben können.

3.3. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat schon verschiedentlich festgehalten, dass dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle, vorbehältlich ganz besonderer, hier nicht gegebener, Umstände (vgl. hierzu Urteil des EVG C 59/01 vom 5. November 2001), nur mit einer *täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden* der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter Genüge getan ist, die u.a. nicht durch erst nachträglich erstellte Dokumente ersetzt werden kann. Dabei müssen die gearbeiteten Stunden keineswegs zwingend mit einem elektronischen System erfasst sein. Wesentlich ist allein die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung, weshalb auch nicht argumentiert werden kann, die geforderte Zeiterfassung könne Kleinbetrieben nicht zugemutet werden. Es sei sodann keineswegs überspitzt formalistisch (vgl. hierzu BGE 128 II 139 E. 2a, 127 I 31 E. 2aa/bb), wenn von einem Betrieb, der das Formular "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" fortlaufend ausfüllt, zwecks Kontrolle des geltend gemachten Arbeitszeitausfalls darüber hinaus *fortlaufende Aufzeichnungen der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit verlangt werden*. Denn weil die an gewissen Tagen geleistete Überzeit innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist (ARV 1999 Nr. 34 S. 200), wird der Arbeitszeitausfall

erst durch derartige Aufzeichnungen überprüfbar (Urteil des EVG C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4, mit weiteren Hinweisen).

3.4. Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllen würde, ist somit 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. Um der Anforderung der zeitgleichen Dokumentierung der geleisteten Arbeitszeit zu genügen, dürfen die Einträge auch nicht beliebig nachträglich abänderbar sein, ohne dass dies im System vermerkt wird. Eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst Wochen später erstellt wurden oder durch Dokumente, wie vorliegend, die lediglich die ausgefallenen Stunden enthalten.

3.5. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Agenda 2008 nicht mehr auffindbar ist. Was die Agenda 2009 anbelangt, ist umstritten, ob sich die eingetragenen Stunden auf Arbeitsausfälle – so der Beschwerdeführer – oder Arbeitseinsätze – so die Vorinstanz – beziehen. Gemäss Angaben des Beschwerdeführers wurde die Agenda 2009 auf jeden Fall nicht lückenlos geführt, so dass es sich bei dieser Agenda, selbst wenn es sich bei den eingetragenen Stunden um Arbeitseinsätze handeln sollte, um keine rechtsgenügende Zeiterfassung handelt. Die Excel-Tabellen 2008 und 2009 enthalten lediglich die Sollarbeitsstunden sowie die schlechtwetterbedingten Absenzen; wie hievor erwähnt (E. 3.3.), ist es keineswegs überspitzt formalistisch, von einem Betrieb, der das Formular "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" fortlaufend ausfüllt, zwecks Kontrolle des geltend gemachten Arbeitszeitausfalls darüber hinaus fortlaufende Aufzeichnungen der tatsächlichen Arbeitszeit zu verlangen. Denn weil die an gewissen Tagen geleistete Überzeit innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist, wird der Arbeitsausfall erst durch derartige Aufzeichnungen überprüfbar. Die Excel-Tabellen 2008 und 2009 erfüllen dieses Erfordernis nicht, da sie nicht über die geleistete Arbeitszeit Auskunft geben. Zudem ist nicht erstellt, dass diese fortlaufend ausgefüllt wurden.

3.6. Zwar muss die Verwaltung bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Firma die Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften. Es liegt aber nicht an ihr, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden

Tag individuell nachzuweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten. Die Beweislast obliegt vielmehr dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteil des Bundesgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2 sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8569/2007 vom 24. Juni 2008 E. 2.3 und B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 4.3.3, mit weiteren Hinweisen).

Im vorliegenden Fall kann der Nachweis der effektiven Ausfallstunden nicht mehr erbracht werden, weil der Beschwerdeführer für 2008 und 2009 nurmehr Excel-Tabellen für die Ausfallstunden vorweisen kann. Allein aufgrund der lückenhaften Agenda 2009 ist eine umfassende Kontrolle im Sinne einer vollständigen Dokumentation der Arbeitszeit für 2009 nicht mehr möglich, weshalb nicht nur der Betrag von Fr. 60'282.10 für das Jahr 2008 sowie für einige Tage im Januar 2009, sondern der gesamte Betrag im Umfang von Fr. 77'176.60 zurück zu fordern ist.

3.7. Zu einer Zeugeneinvernahme der Betriebsangestellten besteht bei diesem Ausgang des Verfahrens kein Anlass, da die strittige Frage der mangelnden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle und damit der fehlenden Anspruchsberechtigung gestützt auf die vorhandenen Akten beantwortet ist.

4.

Eine Änderung des angefochtenen Entscheides zuungunsten einer Partei ist zulässig, wenn der Entscheid Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts beruht (Reformatio in peius; Art. 62 Abs. 2 VwVG). Will die Beschwerdeinstanz den angefochtenen zu Ungunsten der Partei ändern, muss sie ihr Gelegenheit zur Gegenäusserung einräumen (Art. 62 Abs. 3 VwVG). Aufgrund der vorstehenden Erwägungen beläuft sich die Rückforderung der ausgerichteten Schlechtwetterentschädigungen auf Fr. 77'716.60.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind dem Beschwerdeführer die Verfahrenskosten des vorliegenden Verfahrens von Fr. 2'000.-- aufzuerlegen und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. Der Einspracheentscheid des SECO vom 4. Mai 2009 wird zu Ungunsten des Beschwerdeführers dahin abgeändert, dass der Rückforderungsbetrag aus zu Unrecht bezogenen Schlechtwetterentschädigungen auf Fr. 77'716.60 festgesetzt wird.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 2'000.— werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'000.— nach Eintritt der Rechtskraft verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. _____; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler

Karin Behnke

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: 23. August 2011