

# **BVGer B-1829/2016 vom 10. Oktober 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-10-10, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-1829\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1829_2016)

FR: TAF B-1829/2016 du 10 octobre 2017

IT: TAF B-1829/2016 del 10 ottobre 2017

## **Regeste**

Rückforderung von Versicherungsleistungen und Erlass

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des angefochtenen Einspracheentscheids durch diesen besonders berührt und 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 Kostenvorschuss ist fristgerecht bezahlt worden (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen (Art. 44 ff. VwVG) liegen ebenfalls vor. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2.1**

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 bis d AVIG).

### **E. 2.2**

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 bis 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 (Urteil des Bundesgerichts 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts mit Sitz in Luzern] 8C\_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 2). Die Beweislast

hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Urteil des Bundesgerichts 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2).

### **E. 2.3**

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche die Vorinstanz 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).

### **E. 2.4**

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 C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2 und C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je mit Hinweisen).

### **E. 3.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung und des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **E. 3.2**

Strittig und vorliegend zu beurteilen ist die Rechtmässigkeit der Rückforderung im Umfang der Kurzarbeitsentschädigung für den Mitarbeiter D. Was die aberkannten Kurzarbeitsentschädigungen für die Mitarbeiter A, B und C anbelangt, hat die Beschwerdeführerin Sachverhalt und Rechtsfolgen in der Einsprache vom 17. Februar 2016 anerkannt, weshalb sich Weiterungen dazu erübrigen.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht zur Hauptsache geltend, der Mitarbeiter D sei täglich von ihrem Geschäftsführer persönlich bezüglich seiner einzuhaltenden Arbeitszeit kontrolliert worden. Es sei nicht notwendig gewesen, eine automatische Zeitkontrolle einzuführen, da der Mitarbeiter D sehr verantwortungsbewusst gewesen sei.

### **E. 4.2**

Die Vorinstanz führt in ihrem Einspracheentscheid demgegenüber im Wesentlichen an, die Beschwerdeführerin habe anlässlich der Arbeitgeberkontrolle für den Mitarbeiter D keine Arbeitszeitkontrolle vorlegen können, welche über die geleisteten Arbeitsstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über Absenzen infolge Ferien, Feiertagen, Krankheit, Unfall, Militär- und Zivildienst und sonstige bezahlte und unbezahlte Absenzen Auskunft gebe. Die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden des Mitarbeiters D seien aufgrund der fehlenden Arbeitszeitkontrolle nach wie vor unüberprüfbar und nicht

plausibilisierbar.

## **E. 5**

A

### **E. 5.1.1**

Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist ein geltend gemachter Arbeitsausfall erst dann genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle ist - vorbehaltlich ganz besonderer, vorliegend nicht gegebener Umstände (vgl. hierzu das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2) - nur mit einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter Genüge getan. 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 Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2a und 2b). Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllen würde, ist daher ein System zu verstehen, bei welchem - sei es auf Papier oder elektronisch - mindestens täglich durch den Mitarbeiter selbst oder durch seinen Vorgesetzten die gearbeitete Zeit eingegeben wird (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 3.4).

### **E. 5.1.2**

Es genügt daher nicht, wenn der Arbeitgeber eine An- und Abwesenheitskontrolle führt; vielmehr bedarf es Angaben über die täglich geleistete Arbeitszeit. Nur auf diese Weise ist Gewähr geboten, dass die an gewissen Tagen geleistete Überzeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist, bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalls Berücksichtigung findet (vgl. hierzu die Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b und C 140/02 vom 8. Oktober 2002 E. 3.1 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 4.2). Ein Zusammenzug aller am Ende des Monats verlorenen Stunden erlaubt es ebenfalls nicht, den Arbeitsausfall genügend kontrollierbar zu machen (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8093/2010 vom 16. Juni 2011 E. 3 und B-3424/2010 vom 6. April 2011 E. 4, je mit Verweis auf Murer/Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 2008, S. 181). Die gearbeiteten Stunden müssen zwar nicht zwingend mit einem elektronischen oder mechanischen System erfasst sein. Wesentlich sind jedoch der ausreichende Detaillierungsgrad und die zeitgleiche Dokumentierung (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4), weshalb auch nicht argumentiert werden kann, die geforderte Zeiterfassung könne Kleinbetrieben nicht zugemutet werden.

### **E. 5.2.1**

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 Eidgenössischen Versicherungsgerichts 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 Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, jederzeit möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes einzelnen Arbeitnehmers feststellen zu können (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2).

#### **E. 5.2.2**

Es ist insofern keineswegs überspitzt formalistisch (vgl. hierzu BGE 128 II 139 E. 2a und 127 I 31 E. 2aa/bb), wenn von einem Betrieb, welcher 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 Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4, mit Hinweisen).

#### **E. 5.3**

Vorliegend lässt sich anhand der angeblichen täglichen Kontrolle durch den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit feststellen, inwieweit die geltend gemachten Ausfallstunden des Mitarbeiters D wirtschaftlich bedingt oder auf sonstige Absenzen (Ferien, Krankheit, Unfall, Militär- oder Zivildienst, unbezahlter Urlaub) zurückzuführen waren. Es fehlt mit anderen Worten an der detaillierten Erfassung der effektiv 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 unbezahltem Urlaub und sonstige Fehlzeiten sowie Mehrstunden - tatsächlich und korrekt eingetragen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.4). Derartige detaillierte Angaben hat die Beschwerdeführerin in keinem sich in den Akten befindlichen Dokument eingetragen (zum Erfordernis solcher detaillierter Angaben vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3424/2010 vom 6. April 2011 E. 5). Es kommt hinzu, dass der Mitarbeiter D gemäss Formular Krankmeldung/Taggeldanspruch vom 17. Dezember 2014 an die SWICA bereits ab dem 1. August 2014 als zu 100 % arbeitsunfähig beurteilt wurde.

#### **E. 5.4**

Wie gross die Differenzen zwischen den geltend gemachten und den effektiven Arbeitsausfällen sind und ob daraus irgendwelche Schlüsse auf ein systematisches Vorgehen oder nur auf eine geringe Fahrlässigkeit zu ziehen sind, ist rechtlich unerheblich (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 3.7 und B-3083/2011 vom 3. November 2011 E. 5.6).

#### **E. 5.5**

Es ist daher mit der Vorinstanz dafür zu halten, dass die von der Beschwerdeführerin angerufene Kontrolle des Mitarbeiters D durch ihren Geschäftsführer dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht genügt. Der vorliegend geltend gemachte Arbeitsausfall des Mitarbeiters D ist nicht hinreichend kontrollierbar.

#### **E. 6**

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei wirtschaftlich darauf angewiesen, dass die Vorinstanz auf den Rückforderungsbetrag verzichte, ist sie darauf hinzuweisen, dass, wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, diese nicht zurückerstatten muss, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 4 und 5 ATSV). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Für Arbeitgeber liegt eine grosse Härte vor, soweit die Rückforderungssumme 20 % des durchschnittlichen Reingewinns von drei Jahren übersteigt. Die rückerstattungspflichtige Person hat ein Erlassgesuch schriftlich einzureichen. Das Gesuch ist zu begründen, mit den nötigen Belegen zu versehen und bis spätestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung einzureichen. Zuständig für den Erlassentscheid ist die kantonale Amtsstelle am Sitz des Betriebes (vgl. Kreisschreiben des SECO über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso, KS RVEI, April 2008).

### **E. 7.1**

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 Bundesverwaltungsgerichts 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. 4bis 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]). Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, die Gerichtsgebühr auf Fr. 1'200.- festzulegen, welche dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'300.- zu entnehmen ist.

### **E. 7.2**

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

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