

BVGer B-1911/2014 vom 10. Juli 2015

Bundesverwaltungsgericht, 2015-07-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-1911_2014

FR: TAF B-1911/2014 du 10 juillet 2015

IT: TAF B-1911/2014 del 10 luglio 2015

Regeste

Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 7. März 2014, mit dem die Revisionsverfügung AGK 2013-95 vom 12. Dezember 2013 aufgehoben und neu ein Rückforderungsbetrag wegen unrechtmässig geltend gemachten Versicherungsleistungen im Umfang von Fr. 142'973.40 verfügt wurde. Dieser Entscheid stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Verfügungen der Vorinstanz unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 5 VwVG sowie Art. 31 und Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

E. 2.1

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin zunächst, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. auf Akteneinsicht verletzt, indem sie ihrer Rechtsvertreterin nicht praxisgemäss auf deren Gesuch hin die Verfahrensakten zugestellt habe. Die Vorinstanz erklärt, sie sei mit Schreiben vom 31. März 2014 auf das Gesuch um Akteneinsicht der Beschwerdeführerin eingetreten. Sie habe der Rechtsvertreterin mitgeteilt, auf welche Unterlagen sich die Revisionsverfügung AKG 2013-95 vom 12. Dezember 2013 und der Einspracheentscheid vom 7. März 2014 stützen würden. Die Rechtsvertreterin sei darauf aufmerksam gemacht worden, dass sich diese Unterlagen im Original bei der Firma befänden und dass die Vorinstanz im Zuge der Arbeitgeberkontrolle lediglich Kopien dieser Unterlagen erstellt habe. Sie sei daher gebeten, Akteneinsicht in die Originalakten des Betriebes zu nehmen. Es sei ihr dennoch freigestellt, Einsichtnahme in die Kopien der Vorinstanz an deren Sitz vorzunehmen. Gleichzeitig habe sie darauf hingewiesen, dass die Auszahlungsakten bei Bedarf bei der Arbeitslosenkasse anzufordern seien.

E. 2.2

Nach Art. 47 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) steht der versicherten Person die Akteneinsicht für die sie betreffenden Daten zu und gemäss Bst. b derselben Bestimmung den Parteien für die Daten, die sie benötigen, um einen Anspruch oder eine Verpflichtung nach einem Sozialversicherungsgesetz zu wahren oder zu erfüllen oder um ein Rechtsmittel gegen eine auf Grund desselben Gesetzes erlassene Verfügung zu erheben. Das Verfahren

zur Akteneinsicht richtet sich nach Art. 8 f. der Verordnung vom 11. September 2002 über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11). Gemäss Art. 8 Abs. 2 ATSV wird die Akteneinsicht grundsätzlich am Sitz des Versicherers oder seiner Durchführungsorgane gewährt. Einen Rechtsanspruch auf Zustellung von Originalakten oder Kopien begründet das ATSG hingegen nicht. Das Bundesgericht hat in neueren Entscheiden zudem offengelassen, ob sich für Rechtsanwälte aus Art. 29 Abs. 2 BV (verfassungsmässiger Anspruch auf rechtliches Gehör) oder Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) ein Anspruch auf Herausgabe der Akten ergebe (vgl. BGE 122 I 109 E. 2b; 120 IV 242 E. 2c/bb; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] B-2909/2012 vom 3. September 2013 E. 4).

E. 2.3

Vor diesem Hintergrund kann der Vorinstanz keine Verletzung des Akteneinsichtsrechts der Beschwerdeführerin vorgeworfen werden, wenn sie Letzterer die Akten nicht antragsgemäss zugestellt, sondern ihr stattdessen eine Einsichtnahme in dieselben an ihrem Sitz anboten hat. Im Übrigen wurden die Vorakten der Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Verlaufe des gegenwärtigen Beschwerdeverfahrens mit Verfügung vom 7. Mai 2014 zugestellt und der Beschwerdeführerin die Gelegenheit gegeben, sich im Rahmen des ordentlichen Schriftenwechsels dazu zu äussern (vgl. Zwischenverfügung des Instruktionsrichters vom 7. Mai 2015 sowie zum Ganzen Urteil des BVGer B-2909/2012 vom 3. September 2013 E. 4). Die Beschwerde erweist sich insofern als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 3

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechten Wetters und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers garantieren (Art. 1a Abs. 1 Bst. a-d AVIG). Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 1 Bst. a und b AVIG). Keinen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 42 Abs. 3 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a 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 Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 AVIV). Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während 5 Jahren aufzubewahren (Art. 46b Abs. 2 AVIV). Es soll damit sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (vgl. Urteile des Bundesgerichts [BGer] 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 sowie 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 2). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (vgl. Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5; Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2 sowie Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 4). In verfahrensrechtlicher Hinsicht bestimmt das AVIG in Art. 47 Abs. 1 und Art. 48 Abs. 1 und 2, dass der Arbeitgeber den Entschädigungsanspruch seiner Arbeitnehmer innert dreier Monate nach Ablauf der Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb oder die Arbeitsstelle bei der von ihm bezeichneten Kasse geltend macht. Die Kasse prüft die Voraussetzungen für die

Ausrichtung der Schlechtwetterentschädigung. Sind die Voraussetzungen erfüllt und liegt kein Einspruch der kantonalen Amtsstelle vor, vergütet die Kasse dem Arbeitgeber die rechtmässig ausgerichtete Schlechtwetterentschädigung unter Abzug der Karenzzeit. Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche das SECO führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), und die von ihr beauftragten Treuhandstellen prüfen stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Schlechtwetterentschädigungen (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Stellt die Ausgleichsstelle fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht eingehalten werden, 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 ATSG). Voraussetzung hierfür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. 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, sowie Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 4).

E. 4.1

Mit Einspracheentscheid vom 7. März 2014 reduzierte die Vorinstanz in teilweiser Gutheissung der Einsprache den von der Beschwerdeführerin erhobenen Rückforderungsbetrag auf Fr. 142'973.40 (Rücknahme der Aberkennung eines Betreffnisses von Fr. 44.35 bezüglich den Mitarbeiter B._____), wies sie indessen weitergehend ab. Hinsichtlich der von der Beschwerdeführerin erhobenen Einrede der Verwirkung führte sie aus, dass praxismässig die einjährige Frist zur Geltendmachung der Rückforderung ab dem Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle durch die Revisoren der Vorinstanz zu laufen beginne, mit welcher diese erst hinreichend Kenntnis des Sachverhalts erhalten würden. Was die Anforderungen an eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung anbetreffe, erwog sie, dass in eine solche mindestens täglich die gearbeitete Zeit eingetragen werden müsse, und dass nachträgliche Änderungen ohne Vermerk unzulässig seien. Diesen Anforderungen genügten die ins Recht gelegten digitalen, nach eigener Darstellung der Beschwerdeführerin wöchentlich "bereinigten", Stundenerfassungen indessen nicht, weshalb auf die vorhandenen handschriftlichen Stundenrapporte habe abgestellt werden müssen. Wo solche Rapporte fehlen würden, oder wo sich aus ihnen der Hinweis auf nicht anrechenbare Ausfallstunden ergebe, hätten die notwendigen Korrekturen vorgenommen werden müssen (vgl. vorne Bst. A.d).

E. 4.2

Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin im Hauptstandpunkt die Auffassung, der Arbeitslosenkasse seien jeweils sämtliche gesuchsrelevante Unterlagen eingereicht worden. Es wäre ihr daher möglich gewesen und sie hätte auch die Pflicht gehabt, die Beschwerdeführerin sogleich auf allfällige Mängel aufmerksam zu machen. Da Rückforderungen nur innerhalb eines Jahres nach Entdeckung (oder schuldhaft unterbliebener Entdeckung) eines Mangels geltend gemacht werden könnten, sei die mit Revisionsverfügung vom 12. Dezember 2013 ins Recht gelegte Rückforderung betreffend die Jahre 2009 bis 2012 verwirkt. Vom Rückforderungsbetrag für das Jahr 2013, welcher von der Verwirkung nicht erfasst sei, anerkenne sie indessen lediglich ein Betreffnis von Fr. 23'344.47, bestreite aber einen darüber hinaus gehenden Betrag (wird näher ausgeführt). In ihrem Eventualstandpunkt macht sie sodann geltend, die Revisoren der Vorinstanz hätten

zu Unrecht auf die handschriftlichen Zeiterfassungen der Arbeitnehmer abgestellt. Sie wären vielmehr verpflichtet gewesen, auf die ihnen vorgelegten digitalen Stundenkarten abzustellen, in welchen allfällige, in den handschriftlichen Stundenrapporten der Mitarbeiter enthaltene Fehler innert Wochenfrist - und nach Rücksprache mit den Betroffenen - vom Büro korrigiert worden seien. Auch in ihrem Eventualstandpunkt anerkenne sie zwar einen Rückforderungsbetrag von Fr. 98'509.19, bestreite indessen den darüber hinaus gehenden, von der Vorinstanz geltend gemachten Betrag (wird näher ausgeführt). Subeventuell beantragt sie, die Sache an die Vorinstanz zurück zu schicken, dies verbunden mit der Anweisung, gestützt auf die digitalen Stundekarten eine Neuberechnung durchzuführen.

E. 4.3

Demnach ist im Folgenden zuerst die Einrede der Verwirkung zu behandeln (E. 5). Hiernach ist zu untersuchen, ob die Vorinstanz berechtigt war, lediglich auf die handschriftlichen Stundenrapporte der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin abzustellen oder ob sie auch die von der Beschwerdeführerin nachträglich erstellten digitalen Stundenkarten hätte berücksichtigen müssen. Mit anderen Worten wäre bei einer Gutheissung der Verwirkungseinrede zu untersuchen, ob für das verbleibende Jahr 2013 der ganze von der Vorinstanz geltend gemachte Rückforderungsbetrag von Fr. 31'655.98 (Fr. 23'344.47 + Fr. 8'311.51) oder nur der von der Beschwerdeführerin anerkannte Teilbetrag von Fr. 23'344.47 geschuldet ist. Desgleichen müsste bei einer Abweisung der Verwirkungseinrede geprüft werden, ob der von der Vorinstanz geltend gemachte ganze Rückforderungsbetrag von Fr. 142'973.40 oder nur der von der Beschwerdeführerin anerkannte Teilbetrag von Fr. 98'509.19 geschuldet ist (vgl. vorne Sachverhalt Bst. E und nachfolgend E. 6).

E. 5.1

Gestützt auf Art. 95 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 25 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten (vgl. oben E. 3). Der Rückforderungsanspruch erlischt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Versicherer davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistungen (Art. 25 Abs. 2 ATSG). Nach Lehre und Praxis handelt es sich bei dieser Frist - die sich bereits früher aus dem analog anwendbaren Art. 47 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung ergab (AHVG; SR 831.10) - um eine Verwirkungsfrist, welche weder gehemmt, unterbrochen, wiederhergestellt noch erstreckt werden kann (vgl. BGE 111 V 135 E 3.c sowie Urteil des BVGer B-2686/2008 vom 5. Mai 2011 E. 5.1, mit weiteren Hinweisen). Das Bundesgericht hat entschieden, dass, selbst wenn die Leistungsausrichtung (auch) auf einen Fehler des Versicherungsträgers zurück gehen sollte, für den Beginn der Laufzeit der einjährigen Frist derjenige Zeitpunkt massgebend ist, in welchem der Versicherungsträger anlässlich einer Kontrolle zumutbarerweise den Fehler hätte entdecken können (vgl. Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6, mit weiteren Hinweisen sowie Urteil des BVGer B-2418/2012 vom 15. November 2013 E. 5). Die Fristen nach Art. 25 Abs. 2 ATSG sind rechtsprechungsgemäss gewahrt, wenn vor Ablauf der massgebenden Frist eine Rückerstattungsverfügung ergeht (vgl. Urteil des BGer 8C-469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 2.2, mit weiteren Hinweisen).

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin macht im Einzelnen geltend, zur Bestimmung des Beginnes des Fristenlaufs müsse geprüft werden, ob die kantonale Kasse allfällige Fehler bereits bei der Einreichung der Abrechnung zumutbarerweise hätte entdecken können. Die Arbeitslosenkasse müsse gemäss Art. 48 Abs. 1 i.V.m Art. 42 und 43 AVIG die Voraussetzungen für die Ausrichtung der Schlechtwetterentschädigung prüfen. Gestützt auf den Entscheid des BVGer B-2418/2012 vom 15. November 2013 E. 5.1.1 ff. sei für die Annahme des Beginns des Fristenlaufs eine Differenzierung vorzunehmen. Danach seien gewisse Überprüfungen auf Fehler bereits bei der Einreichung der Abrechnung der Arbeitslosenkasse zumutbar. Für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis sei das vom SECO zur Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmungen erlassenen Kreisschreiben über die Schlechtwetterentschädigung (Ausgabe Januar 2015, nachfolgend: KS SWE, abrufbar unter <http://www.treffpunkt-arbeit.ch> > Publikationen > Kreisschreiben/AVIG-Praxis) zu berücksichtigen. Gemäss KS SWE müsse die kantonale Arbeitslosenkasse bereits vor der Vergütung insbesondere folgende Anspruchsvoraussetzungen prüfen: ob die der Abrechnung zu Grunde gelegten Arbeitszeiten den für den Betrieb geltenden vertraglichen Bestimmungen entsprechen; ob ein allfälliges betriebliches Gleitzeitensystem richtig erfasst worden sei; ob Gleitzeitstunden als Ist-Zeit ausgewiesen worden seien sowie ob die auf der Abrechnung geltend gemachten Ausfallstunden mit den Einträgen im Formular "Rapport über die wetterbedingten Ausfallstunden" übereinstimmen würden. Die Arbeitslosenkasse habe sämtliche Unterlagen der Beschwerdeführerin erhalten und sei somit schon zum Zeitpunkt der Anmeldung der Leistungen insbesondere darüber informiert gewesen, dass die Beschwerdeführerin ihre Abrechnungen auf ihre digitale Zeiterfassung abstelle. Gestützt auf die der Kasse vorliegenden Unterlagen und die gemäss der Kasse durchzuführende Prüfung wäre es ihr somit möglich gewesen, bereits bei Geltendmachung des Schlechtwetteranspruchs allfällige Fehler festzustellen. Die Jahresfrist für die Verwirkung der Rückforderung beginne somit im Zeitpunkt der Einreichung der Abrechnung bei der kantonalen Kasse und sei daher bei Erlass der angefochtenen Verfügung betreffend die Jahre 2009 bis 2012 verwirkt gewesen.

E. 5.3

Die Vorinstanz räumt soweit hier interessierend ein, dass die Arbeitslosenkassen sehr wohl die Pflicht hätten, die ihnen anlässlich der Gesuchseinreichung vorgelegten Unterlagen in zumutbarem Rahmen auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit hin zu überprüfen, und allenfalls sich hieraus ergebende Beanstandungen sogleich dem Gesuchsteller mitzuteilen. Nach konstanter Praxis verhalte es sich indessen so, dass die (oft komplexe) Überprüfung der Rechtsgenüchlichkeit einer vorgelegten Arbeitszeitkontrolle gerade nicht in den Aufgabenbereich der Arbeitslosenkasse falle, sondern alleine der Vorinstanz selber bzw. ihren Inspektoren anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle obliege. Das von der Beschwerdeführerin angeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-2418/2012 vom 15. November 2013 spreche sich zu Fragen der Plausibilität und Vollständigkeit der eingereichten übrigen Unterlagen aus und nicht zur Frage der Rechtsgenüchlichkeit der vorgelegten Arbeitszeitkontrolle. Aus diesem Grund lasse sich aus diesem Urteil vorliegend nichts zu Gunsten der Beschwerdeführerin ableiten.

E. 5.4.1

Wie in E. 3 ausgeführt, prüft die Kasse gemäss Art. 48 Abs. 1 AVIG die Voraussetzungen für die Ausrichtung der Schlechtwetterentschädigung. Dabei erstreckt sich die Prüfpflicht der Arbeitslosenkasse (oder des Versicherungsträgers) auf mögliche Fehler und

Unvollständigkeiten in den ihr unterbreiteten Unterlagen, die sie anlässlich ihrer Kontrolle zumutbarerweise entdecken kann (vgl. statt vieler: Urteil des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6 mit weiteren Hinweisen). Das KS SWE der Vorinstanz zu ihrer Praxis betreffend Schlechtwetterentschädigung enthält in der Rubrik J1 eine Aufzählung und nähere Umschreibung dieser (möglichen) Prüfpunkte, zu denen etwa die Kontrolle gehört, ob die notwendige Bewilligung der kantonalen Amtsstelle vorliegt, ob die Entschädigung nur für Tage geltend gemacht wird, die in der Meldung über wetterbedingten Arbeitsausfall aufgeführt wird, ob die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmenden mit den in der besagten Meldung aufgeführten übereinstimmt etc. Bereits aus dem zitierten Urteil des Bundesgerichts 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 und der erwähnten Aufstellung ist ersichtlich, dass der - zumal überwiegend mit anderen Aufgaben als der Auszahlung von Schlechtwetterentschädigungen betrauten - Arbeitslosenkasse in dieser Hinsicht nicht eine unbeschränkte Prüfpflicht obliegt. Im Übrigen bleibt anzumerken, dass auch das von der Beschwerdeführerin erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht von einer unbeschränkten Prüfpflicht der unteren Vollzugsorgane ausgeht, und beispielsweise von diesen nicht verlangt, betriebsinterne Dokumente sowie die Zeiterfassung zum Gegenstand ihrer Kontrolle zu machen (vgl. Urteil des BVGer B-2418/2012 vom 15. November 2012 E. 5.1.5).

E. 5.4.2

Soweit ersichtlich hatten das Bundesverwaltungsgericht sowie seine Vorgängerorganisation, die Rekurskommission des damaligen Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (REKO/EVD), aus Anlass angeblich ungenügender betrieblicher Arbeitszeiterfassungen ausschliesslich Rückforderungsstreitigkeiten zu beurteilen, bei denen die Vorinstanz und nicht die Arbeitslosenkasse die Rechtsgenüchlichkeit der vorhandenen Arbeitszeiterfassung erstmalig kontrolliert hatte (vgl. statt vieler: Urteile des BVGer B-4632/2011 vom 6. März 2012 E. 3.2 ff. sowie B-3083/2011 vom 3. November 2011 E. 4 ff., aber auch bereits B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 6 ff.). Im letztgenannten Urteil wurde denn auch in E. 8 ff. ausdrücklich festgehalten, dass die einjährige Verwirkungsfrist in diesen Fällen erst im Zeitpunkt der Kontrolle durch die Ausgleichsstelle zu laufen beginnt. Dieser Praxis liegt der Gedanke zu Grunde, dass sich in diesem Rechts- und Sachzusammenhang oftmals vergleichsweise komplexe Fragen stellen, zu deren Beantwortung regelmässig vertiefte Abklärungen und - namentlich bei digitalen Arbeitszeiterfassungssystemen und mit Blick auf das diesbezüglich bestehende Problem der Revisionsfähigkeit - Fachkenntnisse erforderlich sind, die ausserhalb des Aufgabenbereichs und der fachlich-organisatorischen Möglichkeiten einer Arbeitslosenkasse liegen. Auch das Bundesgericht ging - soweit ersichtlich - jeweils in derartigen, ihm unterbreiteten Bestreitungsfällen von diesem System der Aufgabenteilung zwischen Versicherungsträger und Ausgleichsstelle bzw. SECO aus, sei es stillschweigend oder sei es mit ausdrücklicher Gutheissung (vgl. statt vieler die von der Vorinstanz zitierten Urteile des BGer 8C_652/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 6 sowie 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 ff.; ferner: 8C_731/2011 vom 24. Januar 2012 E. 3.3 f. sowie 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4 ff.). Daraus ergibt sich, dass es - entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin - auch vorliegend nicht Aufgabe der Arbeitslosenkasse war, das streitbezogene Arbeitszeiterfassungs-System der Beschwerdeführerin einer vertieften Prüfung zu unterziehen und sogleich entsprechende Beanstandungen vorzunehmen. Diese Aufgabe oblag vielmehr der Ausgleichsstelle bzw. der Vorinstanz, so dass die einjährige Frist zur Rückforderung allfällig zu Unrecht bezogener Leistungen erst

ab dem Zeitpunkt der durch sie durchgeführten Kontrolle zu laufen begann, mithin erst am 15. November 2013. Mit Revisionsverfügung vom 12. Dezember 2013 wurde sie offensichtlich eingehalten. Die Verwirkungseinrede der Beschwerdeführerin verfährt somit nicht, und ihre Beschwerde erweist sich auch insoweit als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 6.1

Wie in E. 3 dargelegt, setzt der Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung voraus, dass der wetterbedingte Arbeitsausfall bestimmbar und die Arbeitszeit der Angestellten kontrollierbar ist (Art. 42 Abs. 3 i.V.m Art. 31 Abs. 3 Bst. a 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). Es soll damit sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (vgl. Urteile BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 sowie 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 2). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (vgl. Urteil des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5; Urteil Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2 sowie Urteil des BVGer B 1946/2014 vom 3. November 2014 E. 4). Einzelheiten hierzu werden dem Arbeitgeber jeweils mit der Broschüre "Schlechtwetterentschädigung" mitgeteilt, deren Kenntnisnahme nach konstanter Rechtsprechung in seiner Verantwortung liegt (vgl. Urteile des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 3.4; Urteile des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 6.3 sowie B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 5.1).

E. 6.2.1

Das Bundesgericht hat schon verschiedentlich festgehalten, dass dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle grundsätzlich nur mit einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von wetterbedingten Arbeitsausfällen betroffenen Mitarbeiter Genüge getan ist. Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllt, ist ein System zu verstehen, bei dem mindestens täglich durch den Mitarbeiter selbst oder durch seinen Vorgesetzten die gearbeitete Zeit eingegeben wird. Dabei müssen die gearbeiteten Stunden keineswegs zwingend mit einem elektronischen System erfasst werden, weshalb nicht argumentiert werden kann, die geforderte Zeiterfassung könne etwa Kleinbetrieben nicht zugemutet werden. Wesentlich sind allerdings die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung (vgl. Urteile des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4 sowie Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 5). 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 (vgl. Urteil des EVG C 35/3 vom 25. März 2004 E. 4 mit weiteren Hinweisen). Um der Anforderung der zeitgleichen Dokumentierung zu genügen, dürfen die Einträge nicht beliebig nachträglich abänderbar sein, ohne dass dies im System vermerkt wird. Eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente (z.B. Wochenrapporte oder Befragung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) ersetzt werden, die erst Wochen später erstellt bzw. durchgeführt werden. 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., wenn die prozessuale Formstrenge exzessiv und durch keinerlei schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1, mit Hinweis auf BGE 130 V 183 E. 5.4.1). Massgebend ist, ob sich das Führen einer Arbeitszeitkontrolle im konkreten Einzelfall als unerlässlich erweist, um den Durchführungsorganen die Möglichkeit zu geben, den geltend gemachten Arbeitsausfall innert nützlicher Frist zuverlässig zu überprüfen (vgl. Urteil des EVG C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2b). Das Erfordernis der Kontrollierbarkeit verlangt, dass eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung sich 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 (vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2 sowie Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 5).

E. 6.2.2

Nur die handschriftlich durch die Arbeitnehmer erfassten Stundenrapporte, die täglich geführt werden, geben nach dem Gesagten hinreichend verlässlich Auskunft über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden und die wetterbedingten Arbeitsausfällen der betroffenen Arbeitnehmer. Nur sie entsprechen damit gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts einer rechtsgenügenden Arbeitszeiterfassung, welche - wie erwähnt - grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden kann, die erst später erstellt werden. Bei den von der Beschwerdeführerin vorgelegten digitalen Rapporten handelt es sich hingegen nach deren eigener Darstellung um nachträglich erstellte bzw. bereinigte Dokumente. Sie vermögen nach der vorstehend zitierten Rechtsprechung den an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle zu stellenden Anforderungen nicht zu genügen.

E. 6.3

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass durch ihre Angestellten zwar grundsätzlich handschriftliche, tagesaktuelle Stundenrapporte erstellt würden, dass diese indessen oft fehlerhaft seien (vgl. vorne Bst. E). Deshalb würden durch die Poliere Tagesrapporte erfasst, in welchen tagesaktuell aufgeführt werde, welche Arbeiten von welchen Arbeitnehmern in welchem Zeitraum durchgeführt worden seien. In diesen Tagesrapporten würden nur die effektiven Arbeiten rapportiert. Diese Tagesrapporte würden täglich digital auf kleinen Rechnern direkt auf der Baustelle erhoben und zur endgültigen Erfassung im Büro abgeliefert. Auf der Grundlage dieser Unterlagen würden die Stundenkarten für jeden Arbeiter digital erstellt. Mit diesem System könnten Ungenauigkeiten, insbesondere der handschriftlichen Stundenrapporte der Arbeitnehmer, korrigiert werden. Allfällige Differenzen würden mit den Arbeitnehmern besprochen. Weil die Arbeitnehmer bei Schlechtwetter nur 80 % des Lohns erhielten, könne davon ausgegangen werden, dass Tage, an denen effektiv gearbeitet worden sei, nicht als Schlechtwettertage aufgeführt würden. Weil die von der Beschwerdeführerin ins Recht gelegten digitalen Rapporten unbestrittenemassen erst nachträglich erfasst (und die dabei vorgenommenen Änderungen nicht vermerkt) wurden, erachtete sie die Vorinstanz als ungenügend und stellte - soweit vorhanden - auf die handschriftlichen, tagesaktuellen Rapporten der Arbeitnehmer ab.

E. 6.4

Dieses Vorgehen der Vorinstanz ist nach dem eingangs Gesagten nicht zu beanstanden. Es berücksichtigt die vorne dargestellte höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach erst im Nachhinein erstellte Arbeitszeiterfassungen, in welchen zudem allfällige Änderungen nicht vermerkt werden, den beweisrechtlichen Anforderungen an eine hinreichende betriebliche Arbeitszeitkontrolle im Sinne des Gesetzes nicht zu genügen vermögen. Was die Beschwerdeführerin hiergegen vorbringt, dringt daher nicht durch, so dass sich ihre Beschwerde auch aus diesem Grund als unbegründet erweist und abzuweisen ist. Gleich verhält es sich mit dem Beweisantrag auf Befragung des Zeugen D._____, weil gemäss der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch insofern fehlende geeignete Unterlagen nicht durch eine nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmenden oder anderer Personen ersetzt werden können, worauf übrigens auch die Vorinstanz zu Recht hinweist (vgl. Ziffer 4 ihrer Duplik mit Hinweis auf die Urteile des BGer C 229/00 vom 30. Juli 2001 und C 260/00 vom 22. August 2001).

E. 6.5

Was die Höhe des von der Vorinstanz geltend gemachten Rückforderungsbetrags anbetrifft, hat die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 22. September 2014 nunmehr Fr. 98'509.19 anerkannt. Indessen bestreitet sie weiterhin ein Betreffnis von Fr. 44'464.21 (vgl. Replik, S. 12 f Rz. 30-32). Zur Begründung bringt sie (soweit aus ihren Eingaben an das Bundesverwaltungsgericht ersichtlich ist und unter Hinweis auf ihre Einsprache vom 29. Januar 2014) im Wesentlichen vor, die Vorinstanz hätte nicht auf die handschriftlichen Tagesrapporte (oder auf den Umstand, dass solche teilweise fehlten) abstellen dürfen, sondern die (nachträglich erstellten) digitalen Rapporte berücksichtigen müssen. Aus diesen werde ersichtlich, dass die Rückforderungen im bestrittenen Umfang zu Unrecht erfolgt seien. Wie bereits in den vorstehenden Ausführungen dargelegt (vgl. E. 6.2-6.2.3 sowie E. 6.4), geht sie indessen mit dieser Auffassung fehl. Denn nachträglich erstellte oder angepasste Arbeitszeitkontrollen sind nicht hinreichend beweistauglich, so dass sich hieraus kein Anspruch auf eine Schlechtwetterentschädigung ableiten lässt. Dies trifft selbstredend auch auf Umstände zu, in denen überhaupt keine Arbeitszeitkontrolle geführt oder vorgelegt wurde. Damit erweist sich ihre Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 7

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei. Nach Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG sind Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich kostenpflichtig. Die Kostenpflicht gilt auch für Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (vgl. Urteil des BVer B 3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 7). Geht es, wie vorliegend, um Vermögensinteressen, so 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]). Vorliegend erachtet das Gericht in Berücksichtigung dieser Grundsätze eine Gerichtsgebühr von Fr. 4'500.- als angemessen, welche nach dem Gesagten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen ist. Der einbezahlte Kostenvorschuss gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

E. 8

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.