

# **BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014**

Bundesverwaltungsgericht, 2014-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-2470\\_2013](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-2470_2013)

FR: TAF B-2470/2013 du 20 novembre 2014

IT: TAF B-2470/2013 del 20 novembre 2014

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 27. März 2013, mit dem die Revisionsverfügung AGK (...) vom 4. Februar 2013 bestätigt 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 Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VwVG sowie Art. 31 und Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des angefochtenen Einspracheentscheids durch diesen besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG; vgl. auch Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

### **E. 1.3**

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 VwVG; vgl. auch Art. 60 Abs. 1 ATSG), 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).

### **E. 1.4**

Auf die Beschwerde ist daher 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 AVIG).

### **E. 2.2**

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Sie müssen für die Versicherung beitragspflichtig sein oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der Alters- und Hinterlassenenversicherung AHV noch nicht erreicht haben. Der Arbeitsausfall muss anrechenbar und das Arbeitsverhältnis darf nicht gekündigt sein. Zudem setzt ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung voraus, dass der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze der betreffenden Arbeitnehmer erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 AVIG). Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sowie unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10% der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG).

### **E. 2.3**

Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, haben 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).

### **E. 2.4**

Zwischen Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung besteht eine enge Verwandtschaft mit weitgehender Harmonisierung der Gesetzesbestimmungen. Rein äusserlich kommt dies bereits durch den übereinstimmenden gesetzessystematischen Aufbau zum Ausdruck, und mehrere Vorschriften der Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 3, Art. 44, Art. 46 und Art. 50 AVIG) verweisen ganz oder teilweise auf die entsprechenden Artikel der Kurzarbeitsentschädigung. Der Hauptunterschied zwischen den beiden Entschädigungsarten liegt im Grund des anrechenbaren Arbeitsausfalls. Die Kurzarbeitsentschädigung knüpft an ein wirtschaftliches, die Schlechtwetterentschädigung an ein meteorologisches Ereignis an (vgl. Thomas Nussbaumer, in: Meyer [Hrsg.], Soziale Sicherheit, 2. Aufl. 2007, Basel/Genf/München 2007, S. 2340 Rz. 535 f.). In sachlicher Hinsicht ist hier wie dort ein anrechenbarer Arbeitsausfall erforderlich. Für die Beurteilung, ob und gegebenenfalls inwieweit ein anspruchsbegründender Arbeitsausfall vorliegt, ist für beide Leistungsarten massgeblich, ob von einer normalen oder einer verkürzten Arbeitszeit auszugehen ist (vgl. BGE 130 V 309 E. 4.1). Mit Blick auf die Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls stellen sich damit bei der Schlechtwetter- und bei der Kurzarbeitsentschädigung identische Fragen.

### **E. 2.5**

Das AVIG legt fest, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung und Schlechtwetterentschädigung haben (vgl. Art. 31 Abs. 3 Bst.

a AVIG; Art. 42 Abs. 3 AVIG). Der Arbeitsausfall ist nicht bestimmbar, wenn sich die normale Arbeitszeit nicht anhand einer vertraglichen Vereinbarung über die von der versicherten Person zu leistenden Arbeitszeit oder anhand der in ihrem Beruf oder Erwerbszweig allgemein üblichen Arbeitszeit ermitteln lässt und demgemäss nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob eine Arbeitszeitverkürzung tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstaufschlag bewirkt oder in Übereinstimmung mit der vertraglichen Abmachung vorgenommen worden ist. Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]). Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag in hinreichend verlässlichen Belegen wie Zeiterfassungskarten, Stunden- Regie- oder Reiserapporten festgehalten werden (vgl. Nussbaumer, a.a.O., S. 2315, Rz. 460).

### **E. 2.6**

Im Rahmen der Teilrevision des AVIG im Jahr 1989 legte der Bundesgesetzgeber fest, dass der Bundesrat über die Kurzarbeitsentschädigung für Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit innerhalb vertraglich festgelegter Grenzen veränderlich ist, abweichende Bestimmungen erlassen kann (vgl. Art. 31 Abs. 2 Bst. b AVIG). In der Botschaft vom 23. August 1989 zu einer Teilrevision des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (nachfolgend: Botschaft Teilrevision AVIG 1989, BBl 1989 III 377) führte der Bundesrat diesbezüglich aus, dass das geltende Recht von der Annahme einer starren Arbeitszeit ausgehe und auf dieser Grundlage den Arbeitsausfall definiere, der für die Höhe der Entschädigung massgebend sei. Bei flexiblen Arbeitszeitmustern lasse sich anhand der geltenden Vorschriften nicht bestimmen, ob ein Arbeitsausfall vorliege. Um sicherzustellen, dass die Kurzarbeit auch bei Betrieben mit flexiblen Arbeitszeiten ihren Zweck erfüllen könne, seien daher besondere Bestimmungen erforderlich. Angesichts der noch nicht abgeschlossenen Entwicklungen auf dem Gebiet der Arbeitszeitflexibilisierung sei es nicht möglich, eine detaillierte Regelung auf Gesetzesstufe vorzuschlagen. Es empfehle sich aber die Schaffung einer Kompetenznorm, wie sie bisher in Bezug auf die Heimarbeiter gegolten habe (vgl. Botschaft Teilrevision AVIG 1989, BBl 1989 III 392).

### **E. 2.7**

Gestützt auf die Kompetenzdelegation in Art. 31 Abs. 2 AVIG (vgl. Botschaft Teilrevision AVIG 1989, BBl 1989 III 405) erliess der Bundesrat aArt. 46a AVIV (AS 1991 2135, in Kraft vom 1. Januar 1992 bis 31. Dezember 1999). aArt. 46a AVIV hatte den folgenden Wortlaut: "1Für Arbeitnehmer mit flexiblem Arbeitszeitsystem gilt die vertraglich vereinbarte jahresdurchschnittliche Arbeitszeit als normale Arbeitszeit. 2Die Arbeitszeit gilt erst als verkürzt, wenn ein allfälliger positiver Saldo aus dem flexiblen Arbeitszeitsystem ausgeglichen ist."

### **E. 2.8**

Die seit 1. Januar 2000 gültige Fassung von Art. 46 Abs. 1 und 2 AVIV (betreffend KAE) sowie die gleich lautende Bestimmung von Art. 66a Abs. 1 und 2 AVIV (betreffend SWE) umschreiben die normale und die verkürzte Arbeitszeit sowie die Arbeitszeit bei flexiblem Arbeitszeitsystem wie folgt: "1Als normale Arbeitszeit gilt die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, jedoch höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig. Für Arbeitnehmer mit flexiblem Arbeitszeitsystem gilt die vertraglich vereinbarte jahresdurchschnittliche Arbeitszeit als normale Arbeitszeit . 2Als verkürzt gilt

die Arbeitszeit nur, wenn sie zusammen mit geleisteten Mehrstunden die normale Arbeitszeit nicht erreicht. Als Mehrstunden gelten alle ausbezahlten oder nicht ausbezahlten Stunden, welche die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigen. Nicht als Mehrstunden gelten Zeitsaldi bis zu 20 Arbeitsstunden aus betrieblichen Gleitzeitregelungen sowie betrieblich festgelegte Vor- oder Nachholstunden zum Überbrücken von Feiertagen."

### **E. 2.9**

Die vertragliche Arbeitszeit im Sinne von Art. 46 Abs. 1 AVIV ergibt sich entweder aus den jeweiligen Einzelarbeitsverträgen oder wird durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer einem solchen unterstellt sind. Ist nicht verlässlich festzustellen, ob eine Änderung der effektiven Arbeitszeit tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstaufschlag bewirkt, ist der Arbeitsausfall nicht ausreichend bestimmbar. Letzteres kann namentlich bei Personen der Fall sein, welche eine Abrufl- oder Aushilfstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber je nach Arbeitsausfall sporadisch eingesetzt werden, sodass sie nicht mit einer regelmässigen arbeitsvertraglich zugesicherten Zahl von Arbeitsstunden rechnen können (vgl. Barbara Kupfer Bucher, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 201). Ist eine versicherte Person zu regelmässiger Leistung von Teilzeitarbeit verpflichtet, gilt die auf dieser Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal. Der Nachweis der Arbeitszeit geschieht durch ausreichend verlässliche Belege wie Zeiterfassungskarten, Stunden- oder Reiserapporte etc. (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 20. November 1992, Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 1992 S. 149 E. 2b; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 14. November 1989, ARV 1989 S. 120 E. 3c). Bei flexiblen Arbeitsverhältnissen kann demnach ein anrechenbarer Arbeitsausfall nicht einfach verneint werden. In diesem Fall müsste jedoch die effektive Arbeitsauslastung durch Arbeitszeitaufzeichnungen lückenlos dokumentiert werden, damit eine Berechnung des Arbeitsausfalls möglich wird (vgl. Urteil des BVGer B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 3.3; Kupfer Bucher, a.a.O. S. 207).

### **E. 2.10**

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche vom SECO geführt wird (vgl. Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen (vgl. Art. 110 Abs. 4 AVIV). Sie hält das Revisionsergebnis in einem schriftlichen Bericht fest und fordert zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen vom Arbeitgeber zurück. Das Inkasso obliegt der Kasse (vgl. Art. 83a Abs. 3 AVIG, Art. 95 Abs. 4 AVIG, Art. 111 AVIV, Art. 25 Abs. 1 ATSG). Voraussetzung für die Rückforderung 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; C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 2). Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 4 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG).

### **E. 3**

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist nur noch die von der Vorinstanz angeordnete Rückerstattung der von der Beschwerdeführerin für

schlechtwetterbedingte und wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden der Mitarbeiter A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ in den Monaten Januar und Februar 2009 (SWE), Januar und Februar 2010 (SWE), September bis Dezember 2010 (KAE), Januar 2011 (SWE) und Januar bis April 2012 (KAE) bezogenen Entschädigungen umstritten. Die Beschwerdeführerin rügt, weder treffe es zu, dass mit den Mitarbeitern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ keine jährliche Arbeitszeit vereinbart worden sei, noch, dass die Beschäftigungsgrade dieser Mitarbeiter vor Geltendmachung der wetter- oder wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfälle derart geschwankt hätten, dass sie nie den Umfang der geltend gemachten Arbeitsausfälle einer 90%- bzw. 100%-Tätigkeit erreicht hätten. A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ seien mündlich nach den geltenden Bestimmungen des Landesmantelvertrags angestellt. Ihre jährliche vertragliche Arbeitszeit betrage entsprechend 2'112 Sollstunden für ein 100%-Pensum bzw. wöchentlich zwischen 37,5 bis 45 Stunden. Trotz flexibler Präsenzzeiten sei bei den Mitarbeitern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ darauf geachtet worden, dass sie ihre Sollarbeitszeiten entsprechend einem 90%- bzw. 100%-Pensum einhalten würden. Auch aus der Auflistung der Vorinstanz gehe nicht hervor, dass die Beschäftigungsschwankungen derart stark seien, dass deswegen kein Anspruch auf die angebehrte Schlechtwetter- oder Kurzarbeitsentschädigung bestehen würde. Die Beschwerdeführerin habe demnach zu Recht sowohl gestützt auf ihre eigenen Abrechnungen (Beschwerdebeilagen 5 und 6) als auch auf die von der Vorinstanz erarbeitete Arbeitszeitkontrolle (Beilage 1 zur Revisionsverfügung AGK [...] vom 4. Februar 2013) für diese Mitarbeiter Schlechtwetter- und Kurzarbeitsentschädigung verlangt. Die Vorinstanz ist der Meinung, aus den Akten gehe nicht hervor, ob die Mitarbeiter A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ mündlich nach den geltenden Bestimmungen des Landesmantelvertrags fest angestellt worden seien. Eine Festanstellung dieser Mitarbeiter mit vereinbarter Arbeitszeit und zugesicherter Entlohnung lasse sich den Unterlagen, insbesondere den Stundenkarten und Lohnzahlungen, nicht entnehmen. Aufgrund der schwankenden Beschäftigungsgrade lasse sich bei A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ eine Regelarbeitszeit nicht ermitteln bzw. nicht zuverlässig feststellen, ob tatsächlich ein Arbeitsausfall bzw. ein Verdienstauffall vorliege. Da der Arbeitsausfall von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ nicht im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG bestimmbar sei, habe die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung.

### **E. 3.1**

Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin mit den Mitarbeitern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ keine schriftlichen Arbeitsverträge abgeschlossen hat. Ein Einzelarbeitsvertrag bedarf indessen zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form, sofern das Gesetz es nicht anders bestimmt (vgl. Art. 320 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]); er kann demnach auch mündlich gültig abgeschlossen werden und gilt überdies bereits dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (vgl. Art. 320 Abs. 2 OR). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Mitarbeitern B.\_\_\_\_\_ und A.\_\_\_\_\_ keinen schriftlichen Arbeitsvertrag geschlossen hat, bedeutet demnach nicht von vornherein, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Mitarbeitern A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ keine Abrede betreffend den Umfang der normalen Arbeitszeit getroffen hat.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, zur Ermittlung der Normalarbeitszeit von A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ seien die Vorschriften zur Arbeitszeit des Landesmantelvertrags 2008 heranzuziehen. Die Vorinstanz wendet ein, es sei nicht aktenkundig, dass die Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ mündlich nach den geltenden Bestimmungen des Landesmantelvertrags fest angestellt seien.

### **E. 3.2.1**

Der Landesmantelvertrag 2008 für das Schweizerische Bauhauptgewerbe 2008 (nachfolgend: LMV 2008) wurde am 14. April 2008 zwischen dem Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) und den Gewerkschaften Unia und Syna geschlossen. Art. 24 "Jährliche Arbeitszeit (Jahrestotalstunden)" lautet: 1Die Jahresarbeitszeit ist die Brutto-Sollarbeitszeit im Kalenderjahr, während welcher Arbeitnehmende ihre Arbeitsleistung zu erbringen haben und vor Abzug der allgemeinen Nichtleistungsstunden, wie bezahlte Feiertage und der individuellen Nichtleistungsstunden, wie Ferien, Krankheit, Unfall, Schutzdiensttage usw. 2Die massgeblichen Jahres-Totalstunden betragen im ganzen Vertragsgebiet 2112 Stunden (365 Tage : 7 = 52,14 Wochen x 40,5 Stunden). 3Für Feiertage, Ferien sowie individuelle Ausfalltage infolge Krankheit, Unfall und anderer Abwesenheiten werden pro Tag die Stunden gemäss dem für das entsprechende Jahr geltenden betrieblichen Arbeitszeitkalender bzw. dem am Ort des Betriebs geltenden sektionalen Arbeitszeitkalender angerechnet. 3bis - 4 [...] Art. 25 Abs. 2 LMV 2008 schreibt sodann vor, dass der Rahmen der täglichen und wöchentlichen Arbeitszeit zwischen minimal 37,5 Wochenstunden (5x7,5 Stunden) und maximal 45 Wochenstunden (5x9 Stunden) liegt.

### **E. 3.2.2**

Grundsätzlich binden Gesamtarbeitsverträge nur die Mitglieder (Arbeitgeber und Arbeitnehmer) der vertragschliessenden Verbände sowie Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die sich gemäss Art. 356b OR dem Gesamtarbeitsvertrag angeschlossen haben (vgl. Art. 356 Abs. 1, Art. 357 OR; Jürg Brühwiler, Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen, Arbeitsrecht - Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 2012, S. 138). Auf Antrag aller Vertragsparteien kann der Geltungsbereich eines zwischen Verbänden abgeschlossenen Gesamtarbeitsvertrages durch Anordnung der zuständigen Behörde (Allgemeinverbindlicherklärung) auf Arbeitgeber und Arbeitnehmer des betreffenden Wirtschaftszweiges oder Berufes ausgedehnt werden, die am Vertrag nicht beteiligt sind (vgl. Art. 1 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 28. September 1956 über die Allgemeinverbindlicherklärung von Gesamtarbeitsverträgen [AVEG; SR 221.215.311]). Der Gesamtarbeitsvertrag besteht im Wesentlichen aus dem vertragsrechtlichen Teil, der das Verhältnis zwischen den beiden vertragschliessenden Parteien regelt, und dem normativen Teil, der die arbeitsrechtliche Stellung der beteiligten Arbeitnehmer und Arbeitgeber bestimmt und für diese unter Vorbehalt des Günstigkeitsprinzips eine gesetzesähnliche Bedeutung hat (vgl. Frank Vischer/Roland M. Müller, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014, § 4 Rz. 2). Der Allgemeinverbindlicherklärung zugänglich sind nur die normativen und die indirekt schuldrechtlichen Bestimmungen, für welche die gemeinsame Durchführung nach Art. 375b OR vereinbart wurde (vgl. Vischer/Müller, a.a.O., § 37 Rz. 33).

### **E. 3.2.3**

Zu den normativen Bestimmungen des LMV 2008 zählen auch die in Art. 23 ff. LMV 2008 verankerten Bestimmungen über die Arbeitszeit, welche mit Bundesratsbeschluss vom 22. September per 1. Oktober 2008 allgemeinverbindlich erklärt wurden (vgl. BBl 2008 8003). Die Allgemeinverbindlichkeit galt für den Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis 31. Dezember 2011. Die Vorschriften betreffend die Arbeitszeit wurden damit für diesen Zeitraum auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber ausgedehnt, die selber am Gesamtarbeitsvertrag nicht beteiligt waren.

### **E. 3.3**

Zwar ist der Vorinstanz zuzustimmen, welche darauf hinweist, dass aus den Akten nicht hervor geht, ob die Mitarbeiter A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ mündlich nach den geltenden Bestimmungen des Landesmantelvertrags fest angestellt worden sind. Aufgrund der Allgemeinverbindlicherklärung der im LMV 2008 verankerten Bestimmungen zur Arbeitszeit (Art. 23 ff.) ist aber davon auszugehen, dass diese Bestimmungen - zumindest im Zeitraum vom 1. Oktober 2008 bis 31. Dezember 2011 - unabhängig von einer entsprechenden mündlichen Vereinbarung für sämtliche Arbeitnehmer und Betriebe, welche vom Geltungsbereich des LMV 2008 erfasst werden, d.h. auch für die Beschwerdeführerin und ihre Mitarbeiter, selbst wenn diese nicht Mitglieder der betreffenden Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerverbände waren, Geltung hatten (vgl. Vischer/Müller, a.a.O., § 37 Rz. 1). Es ist demnach davon auszugehen, dass im Betrieb der Beschwerdeführerin bei einem 100%-Pensum eine Normalarbeitszeit von jährlich 2'112 Stunden galt.

### **E. 3.4**

Die Vorinstanz kritisiert indessen, die Beschwerdeführerin habe zwar für A.\_\_\_\_\_ im Umfang eines Vollzeitpensums und B.\_\_\_\_\_ im Rahmen einer ca. 90%-Tätigkeit Schlechtwetter- sowie Kurzarbeitsentschädigung beansprucht, jedoch hätten deren Beschäftigungsgrade im Durchschnitt letztlich nie den Umfang der geltend gemachten Arbeitsausfälle im Rahmen einer 100%- bzw. ca. 90%-Tätigkeit ausgemacht. Die Vorinstanz stützt ihren Einwand auf die von ihr erarbeitete "Aufstellung über die gearbeiteten Stunden" (Beilage 1 zur Revisionsverfügung AGK [...]), welche die Soll- und Ist-Stunden von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ in den den Abrechnungsperioden Januar und Februar 2009 (SWE), Januar und Februar 2010 (SWE), September bis Dezember 2010 (KAE), Januar 2011 (SWE) sowie Januar bis April 2012 (KAE) vorangehenden 12 Monaten umfasst. Die Vorinstanz berechnete hierbei die Ist-Stunden inkl. Ferien und die Soll-Stunden exkl. Feier- und Kompensationstage. Sodann klammerte sie die Monate aus, in welchen die Beschwerdeführerin KAE und SWE bezogen hatte. Die Vorinstanz macht geltend, sie habe die Sollstunden aus dem von der Beschwerdeführerin eingereichten Arbeitszeitkalender (LMV) für Bauunternehmungen, Sektion Unterwalden des SBV, sowie den eingereichten Stundenkarten abgeleitet. Gemäss der Berechnung der Vorinstanz lagen bei A.\_\_\_\_\_ im Jahr 2008 gegenüber den Soll-Stunden ein Minus von insgesamt 1'084,75 Stunden, im Jahr 2009 ein Minus von insgesamt 995,5 Stunden, im Jahr 2010 ein Minus von insgesamt 75,75 Stunden und im Jahr 2011 ein Minus von insgesamt 179,75 Stunden vor. Die Vorinstanz scheint den Umstand, dass A.\_\_\_\_\_ die Monate Mai bis Oktober 2008 bzw. Mitte Mai bis September 2009 nicht im Betrieb der Beschwerdeführerin tätig gewesen war, sondern diese Monate im Rahmen eines unbezahlten Urlaubs auf der Alp verbracht hatte, nicht berücksichtigt zu haben. Bei B.\_\_\_\_\_ wiederum ergaben die Berechnungen der Vorinstanz im Jahr 2008 ein Minus von insgesamt 448 Stunden, im Jahr

2009 ein Minus von insgesamt 749,5 Stunden, im Jahr 2010 ein Minus von insgesamt 216,75 Stunden und im Jahr 2011 ein Minus von insgesamt 376 Stunden. Die Vorinstanz scheint hier den Umstand, dass B. \_\_\_\_\_ gemäss Angaben der Beschwerdeführerin nur zu 90% angestellt war, nicht berücksichtigt zu haben; die Aufstellung enthält jedenfalls die Sollstunden eines 100%-Pensums. Umgerechnet auf die Soll-Stunden eines 90%-Pensum, ergäben sich bei B. \_\_\_\_\_ im Jahr 2008 noch ein Minus von 261 Stunden, im Jahr 2009 ein Minus von 573 Stunden, im Jahr 2010 ein Minus von 91 Stunden und im Jahr 2011 ein Minus von 186 Stunden gegenüber der Soll-Arbeitszeit.

### **E. 3.5**

Die Beschwerdeführerin reichte ihrerseits eine "zusammenfassende Arbeitszeitabrechnung" für die Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ ein, in welcher sie die Soll- und Ist-Stunden der den Abrechnungsperioden Januar und Februar 2009 (SWE), Januar und Februar 2010 (SWE), September bis Dezember 2010 (KAE), Januar 2011 (SWE) sowie Januar bis April 2012 (KAE) vorangehenden zwölf Monate aufführte. Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei entsprechend Art. 24 Abs. 2 LMV 2008 von 2'112 Sollstunden ausgegangen und habe gemäss Art. 24 Abs. 3 LMV 2008 die bezogenen Ferien- und Feiertagsstunden sowie unfallbedingte und andere Abwesenheiten ausgewiesen. Die Beschwerdeführerin rechnete in den Monaten, in welchen sie für A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ SWE oder KAE bezogen hatte, auch die kurzarbeits- bzw. schlechtwetterbedingten Arbeitsausfälle an. In Bezug auf die Arbeitszeiten von A. \_\_\_\_\_ ermittelte die Beschwerdeführerin im Jahr 2008 ein Minus von insgesamt 75,6 Stunden (entsprechend -7,71%), im Jahr 2009 ein Minus von insgesamt 68,5 Stunden (entsprechend -5,71%), im Jahr 2010 ein Minus von insgesamt 32,5 Stunden (entsprechend -1,53%), im Jahr 2011 ein Minus von insgesamt 34,75 Stunden (entsprechend -1,64%) und im Jahr 2012 ein Minus von insgesamt 66,75 Stunden (entsprechend -3,16%). In Bezug auf die Arbeitszeiten von B. \_\_\_\_\_ ermittelte die Beschwerdeführerin im Jahr 2008 ein Minus von insgesamt 302,5 Stunden (entsprechend -14,32%), im Jahr 2009 ein Minus von insgesamt 259,5 Stunden (entsprechend -12,28%), im Jahr 2010 ein Minus von insgesamt 228,5 Stunden (entsprechend -10,81%), im Jahr 2011 ein Minus von insgesamt 302,75 Stunden (entsprechend -14,33%) und im Jahr 2012 ein Minus von insgesamt 226,5 Stunden (entsprechend -10,72%). Die Beschwerdeführerin scheint den Umstand, dass gemäss ihren Angaben B. \_\_\_\_\_ nur zu 90% angestellt war, nicht berücksichtigt zu haben, sondern hat die Sollstunden eines 100%-Pensums eingesetzt.

### **E. 3.6**

Die Aufstellungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz stimmen insofern überein, als aus ihnen hervor geht, dass die von A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ effektiv geleisteten Arbeitsstunden im berücksichtigten Zeitraum 2008 - 2012 nicht einem Beschäftigungsgrad von 100% (A. \_\_\_\_\_) bzw. 90% (B. \_\_\_\_\_) entsprachen. Der Beschäftigungsgrad lag im massgeblichen Zeitraum vielmehr bei beiden Mitarbeitern tiefer und war zudem schwankend. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, es sei trotz flexibler Präsenzzeiten bei den Mitarbeitern A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ darauf geachtet worden, dass sie ihre Sollarbeitszeiten entsprechend einem 90%- bzw. 100% Pensum einhalten, erweist sich demnach sowohl in Bezug auf A. \_\_\_\_\_ als auch in Bezug auf B. \_\_\_\_\_ als unzutreffend.

### **E. 3.7**

Daraus ergibt sich, dass die normale Arbeitszeit und demzufolge der Arbeitsausfall von A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ nicht wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht gestützt auf die gesamtarbeitsvertragliche Jahresarbeitszeit ermittelt werden kann.

### **E. 3.8**

Die Beschwerdeführerin bietet als Beweis eine Befragung der Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ an. Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Kommt die Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) zu verletzen (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3, mit Hinweisen). Im Lichte dessen, dass aktenkundig ist, dass die Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ in den Jahren 2008-2012 nicht im geltend gemachten Beschäftigungsgrad von 100% bzw. 90% gearbeitet haben, ist nicht erkennbar, wie die beantragte Befragung der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin diesen Befund ändern könnten. Der von der Beschwerdeführerin angebotene Beweis, die Befragung von A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_, braucht demnach nicht abgenommen zu werden.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, auch bei unregelmässigen Arbeitszeiten bestehe ein Anspruch auf Schlechtwetter- und Kurzarbeitsentschädigungen. Sie rügt in diesem Zusammenhang, der von der Vorinstanz erhobene Einwand, sie habe die Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ für Abrufs- Gelegenheits- oder Aushilfstätigkeit bzw. je nach Arbeitsanfall eingesetzt, sei unzutreffend. Konkret führt die Beschwerdeführerin aus, mit A. \_\_\_\_\_ sei vereinbart, dass er in den Sommermonaten unbezahlte Ferien beziehen könne, um auf die Alp zu gehen, was er bis und mit 2009 gemacht habe. A. \_\_\_\_\_ habe einen Grossteil der Ferien von 25 Tagen à 8,1 Stunden nicht bezogen, sondern oft täglich ca. ½ bis 1 Stunde weniger gearbeitet, um die Ferien trotzdem zu beziehen. Mit B. \_\_\_\_\_ sei mündlich ein täglicher Arbeitsbeginn um 8.30 Uhr (nach der Arbeit auf dem Hof) vereinbart. B. \_\_\_\_\_ beziehe seine Ferien von 30 Tagen auf 100% normal. Unzutreffend sei, dass diese Mitarbeiter als erste zu Hause bleiben würden, wenn keine Arbeit vorhanden sei. Beide Mitarbeiter seien in der Regel nur dann abwesend, wenn sie auf ihrem Hof arbeiten müssten. Die Vorinstanz habe sodann ausdrücklich eingeräumt, dass die Arbeitszeiten von A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ ausreichend kontrollierbar seien. Bereits aus dem Umstand, dass die Arbeitszeiten der Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ aufgrund der von ihr eingereichten Arbeitszeitkontrolle genügend kontrollierbar seien, ergebe sich, dass auch der Arbeitsausfall bestimmbar sei. Die Vorinstanz hält ihrerseits ausdrücklich fest, sie bestreite nicht, dass für die beiden Arbeitnehmenden eine genügende Arbeitszeitkontrolle gewährleistet gewesen sei. Die von der Beschwerdeführerin eingereichten Stundenkarten würden die an eine Arbeitszeitkontrolle gestellten Ansprüche erfüllen. Sie wendet aber ein, dass sich insbesondere den Stundenkarten und Lohnzahlungen eine vereinbarte Arbeitszeit und zugesicherte Entlohnung der Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ nicht entnehmen lasse, weshalb davon auszugehen sei, dass die beiden Mitarbeiter faktisch auf Abruf beschäftigt

seien und entsprechend den gearbeiteten, monatlich schwankenden Arbeitsstunden entschädigt würden. Fakt sei, dass vertraglich keine Mindestbeschäftigung festgelegt worden sei und die Beschäftigungsschwankungen beträchtlich ausgefallen seien. Ob die beiden vorliegenden Arbeitszeitverhältnisse arbeitsvertragsrechtlich als Abrufverhältnisse, als uneigentliche Teilzeit oder als variable Teilzeit definiert würden, spiele grundsätzlich keine Rolle. Diese Beschäftigungsformen seien in der Schweiz nicht verboten, aufgrund der Beschäftigungs- und Verdienstschwankungen aber der Arbeitslosenentschädigung nur unter eingeschränkten Bedingungen zugänglich. Dasselbe gelte für die Kurzarbeit- und Schlechtwetterentschädigungen noch gesteigert.

#### **E. 4.1**

Fraglich ist zunächst, wie das Arbeitsverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und A. \_\_\_\_\_ sowie B. \_\_\_\_\_ arbeitsvertraglich einzuordnen ist. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass es sich um Arbeit auf Abruf handle.

##### **E. 4.1.1**

Bei der Arbeit auf Abruf handelt es sich um einen Sonderfall der uneigentlichen Teilzeitarbeit (vgl. Hans-Peter Egli, Neue Tendenzen bei der Teilzeitarbeit, SJZ 96/2000, S. 208). Der Arbeitnehmer hat sich zu verpflichten, sich zur Arbeitsleistung bereit zu halten und auf einseitiges Begehren des Arbeitgebers einen Einsatz zu leisten. Dabei erfolgt der Einsatz in der Regel nach Massgabe der Bedürfnisse des Arbeitgebers und des Betriebs (vgl. Vischer/Müller, a.a.O., § 7 Rz. 15). Es handelt sich bei dieser Arbeitsform um kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit, bei welcher der Arbeitgeber ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis erlangen kann, da der Arbeitnehmer nur dann zum Einsatz kommt, wenn effektiv Arbeit anliegt (vgl. Rehbindler/Stöckli, Berner Kommentar, Bern 2010, N. 35 zu Art. 319 OR). Bei der echten Arbeit auf Abruf trifft den Arbeitnehmer eine Einsatzpflicht nach Weisung des Arbeitgebers. Kommt der Arbeitnehmer aufgrund einer gegenseitigen Vereinbarung zum Einsatz, handelt es sich um unechte Arbeit auf Abruf (vgl. Vischer/Müller, a.a.O., § 7 Rz. 15). Bei der Arbeit auf Abruf gilt im Allgemeinen die auf dieser besonderen Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal. Die Versicherten erleiden während der Zeit, da sie nicht zur Arbeit aufgefordert werden, keinen anrechenbaren Verdienstausschlag (vgl. Thomas Nussbaumer, in: Meyer [Hrsg.], Soziale Sicherheit, a.a.O., S. 2224 Rz. 151; BGE 107 V 61 f.).

##### **E. 4.1.2**

Keine Arbeit auf Abruf, sondern Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit liegt vor, wenn die betreffende Person jeweils frei bestimmen kann, ob sie den Arbeitseinsatz leisten oder ablehnen will. Die Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit wird nicht im Rahmen eines fortdauernden Arbeitsverhältnisses geleistet, sondern setzt bei jedem Arbeitseinsatz einen neuen Einzelarbeitsvertrag voraus (vgl. Vischer/Müller, a.a.O., § 7 Rz. 24 f.; Rehbindler/Stöckli, Berner Kommentar, a.a.O., N. 35 zu Art. 319 OR). Arbeitet ein Arbeitnehmer ca. vier bis fünf Tage unregelmässig über einen Monat verteilt, gilt das bereits nicht mehr als Gelegenheitsarbeit (vgl. Egli, a.a.O., S. 211 f.).

##### **E. 4.1.3**

Die gesetzliche Definition von Teilzeitarbeit wiederum erfasst nur die eigentliche Teilzeitarbeit, bei welcher der Arbeitnehmer zur "regelmässigen" Leistung von stunden-, halbtage- oder tageweiser Arbeit verpflichtet ist (vgl. Art. 319 Abs. 2 OR; Adrian Staehelin/Frank Vischer, Zürcher Kommentar, Zürich 1996, N. 70 zu Art. 319 OR). Von

eigentlicher Teilzeitarbeit spricht man, wenn der reduzierte Einsatz wiederholt und mit zum Voraus bestimmten - wenn auch möglicherweise unregelmässigen - Arbeitszeiten erfolgt (vgl. Urteil des BGer 4A.509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.2). Regelmässigkeit bedeutet nicht das Erfordernis eines festen Stundenplans für den Arbeitseinsatz, sondern ist im Sinne eines fortgesetzten, d.h. auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnisses zu verstehen (vgl. Vischer/Müller, a.a.O., §7 Rz. 2; Egli, a.a.O., S. 207). Auch der uneigentlichen Teilzeitarbeit liegt ein andauerndes Arbeitsverhältnis zugrunde. Die uneigentliche Teilzeitarbeit wird dadurch charakterisiert, dass das Kriterium der Regelmässigkeit fehlt und damit auch kein fester Stundenplan vorliegt. Der Einsatz des Arbeitnehmers erfolgt nicht periodisch, sondern auf einseitigen Abruf der Arbeitgeberin hin oder im Einverständnis beider Parteien (vgl. Egli, a.a.O., S. 208; Staehelin/Vischer, Zürcher Kommentar, a.a.O., N. 71 f. zu Art. 319 OR). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts setzt bei uneigentlicher Teilzeitarbeit jeder Einsatz gegenseitiges Einverständnis voraus (vgl. Urteil des BGer 4A\_509/2009 vom 7. Januar 2010 E. 2.2; BGE 124 III 249 E. 2a; Vischer/Müller, a.a.O., §7 Rz. 3). Die Arbeitseinsätze müssen nicht in regelmässigen Abständen, aber öfters vorkommen. Sie brauchen auch nicht immer gleich lang zu sein. Entscheidend ist, dass bei uneigentlicher Teilzeitarbeit ein einziges, andauerndes Arbeitsverhältnis beabsichtigt ist und vorliegt. Sie hat zur Folge, dass die Parteien auch in einem Vertragsverhältnis stehen, wenn keine Arbeit geleistet wird. Wo der Einsatz im gegenseitigen Einverständnis geleistet wird, ist zwischen den Einsätzen kein Lohn geschuldet (vgl. Egli, a.a.O., S. 208).

#### **E. 4.1.4**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sind Beschäftigungsformen, bei denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer je nach Arbeitsanfall beanspruche, nicht an sich gesetzeswidrig. Dies gilt sowohl für Typen, bei denen jeder Einsatz ein gegenseitiges Einverständnis voraussetzt (sog. uneigentliche Teilzeitarbeit) als auch für solche, die dem Arbeitgeber erlauben, den Arbeitnehmer einseitig abzurufen (sog. kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit) (vgl. BGE 124 III 249 E. 2a). Das Bundesgericht hielt im Weiteren fest, dass auch in den Bestimmungen über die jährlichen und wöchentlichen Arbeitszeiten (Art. 23 ff. LMV) des Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe die sog. uneigentliche Teilzeitarbeit sowie die sog. kapazitätsorientierte Beschäftigung, bei welcher dem Arbeitgeber erlaubt ist, den Arbeitnehmer einseitig abzurufen, für die Baubranche nicht ausdrücklich verboten sind (vgl. BGE 124 III 249 E. 2b).

#### **E. 4.2**

Vorliegend ist unbestritten, dass A. \_\_\_\_\_ seit 2004 und B. \_\_\_\_\_ seit 1995 bei der Beschwerdeführerin tätig sind. Es handelt sich demnach um langjährige Arbeitsverhältnisse. Aktenkundig ist, dass A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ in jedem Monat des Zeitraums Januar 2008 bis April 2012 - ausgenommen die Sommermonate 2008 und 2009 aufgrund von unbezahltem Urlaub (A. \_\_\_\_\_) resp. den Monat Oktober 2010 (A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_) und die Monate Januar bis März 2012 (B. \_\_\_\_\_) jeweils aufgrund von Kurzarbeit - eine regelmässige effektive Arbeitsleistung erbrachten, auch wenn diese Arbeitsleistung in zeitlicher Hinsicht variabel war (vgl. Revision Lohnkonto, Vorakten, Beilage 7). Aufgrund der über die Jahre hinweg konstant erbrachten Arbeitsleistungen ist eine Aushilfs- oder Gelegenheitsarbeit auszuschliessen. Den Akten lässt sich auch nicht entnehmen, dass die beiden Arbeitnehmer ihren Einsatz nur auf einseitiges Abrufen des Arbeitgebers und nach Massgabe der Bedürfnisse des Arbeitgebers und Betriebs geleistet

hätten. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin waren A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ aufgrund einer mündlichen Vereinbarung vielmehr berechtigt, wegen der im eigenen Hof anstehenden Arbeiten ihre Arbeitszeit inkl. den Bezug der Ferien (A. \_\_\_\_\_) bei der Beschwerdeführerin flexibel zu gestalten. Die beiden Mitarbeiter haben demnach ihre Arbeit gerade nicht jeweils nur auf Aufforderung der Beschwerdeführerin aufgenommen, sondern konnten ihrerseits auf Beginn und Ende des Arbeitseinsatzes Einfluss nehmen. Der vorliegend aufgrund der Akten festgestellte Sachverhalt spricht eher dagegen, die Arbeitsverhältnisse zwischen A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ in arbeitsvertraglicher Hinsicht als echte oder unechte Arbeit auf Abruf zu qualifizieren. Die konkreten Umstände - die ununterbrochenen, auf Dauer angelegten Arbeitsverhältnisse, die nicht periodisch erfolgten Einsätze der Arbeitnehmer bzw. das Fehlen eines festen Stundenplans, die Anstellung im Stundenlohn - deuten vielmehr darauf hin, dass A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ in uneigentlichen Teilzeitarbeitsverhältnissen bei der Beschwerdeführerin tätig sind.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz stützt den Vorwurf, die Arbeitnehmer A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ seien bei Auftragsmangel oder -unterbrüchen in der Firma als erste bereit, zu Hause zu bleiben, auf Aussagen von Mitarbeitern der Beschwerdeführerin (u.a. Herr K. \_\_\_\_\_) anlässlich der Kontrolle (vgl. Einspracheentscheid vom 27. März 2013 S. 2). Die Beschwerdeführerin bestreitet in diesem Zusammenhang, dass sie oder einer ihrer Mitarbeiter bestätigt hätten, die Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ seien als erste bereit, bei Auftragsmangel zu Hause zu bleiben. Sie rügt, die Vorinstanz habe dies lediglich behauptet, ohne dabei von der im Einspracheverfahren offerierten Zeugeneinvernahme der Herren A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ Gebrauch gemacht zu haben (vgl. Beschwerdeschrift, Rz. 6.4). Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Vorliegend kann nicht gesagt werden, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, sodass sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten könnte, ohne durch diese antizipierte Beweismwürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV zu verletzen. Die von der Beschwerdeführerin angebotene Befragung der Mitarbeiter A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ zur Frage, ob sie Arbeit auf Abruf leisten oder ob sie selbst Einfluss auf die Gestaltung ihrer Arbeitszeit nehmen können, wäre vielmehr von erheblicher Bedeutung gewesen, da die betroffenen Mitarbeiter am besten Auskunft darüber geben können, wie ihre Arbeitszeit gestaltet wird. Wenn die Vorinstanz daher zum Schluss gekommen ist, die beiden Mitarbeiter würden Arbeit auf Abruf leisten, ohne dass sie diesen Befund mittels einer konkreten Befragung dieser Mitarbeiter erhärtet hat, hat sie das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Damit ist der Fall bereits aus diesem Grund zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen, soweit die Qualifizierung als Arbeit auf Abruf relevant ist. Wird aus Gründen der Beweistauglichkeit auf die Befragung verzichtet, muss die Beweismwürdigung im Sinne der Verneinung von Arbeit auf Abruf erfolgen.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin kritisiert, es könne nicht strikte auf die Regel abgestellt werden, wonach eine Normalarbeitszeit bereits dann auszuschliessen sei, wenn die Beschäftigungsschwankungen innerhalb der letzten 12 Monate bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung von 20% übersteigen würden. Diesbezüglich treffe es

nicht zu, dass bei den Mitarbeitern A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ die Abweichungen von der Sollarbeitszeit in mehreren der den Abrechnungsperioden vorangehenden 12 Monaten mehr als 20% betragen würden. Die Beschwerdeführerin legt dar, dass bei A. \_\_\_\_\_ die grössten Abweichungen im Monat April 2008 mit einem Minus von 15,81% (entsprechend -31 Stunden), im April 2009 mit einem Minus von 11,2% (entsprechend -21 Stunden), im Monat April 2010 mit einem Minus von 8,78% (entsprechend -16,5 Stunden) und im Monat April 2011 mit einem Minus von 10% (entsprechend -18 Stunden) festzustellen seien. Bei B. \_\_\_\_\_ fänden sich die grössten Abweichungen zur Sollarbeitszeit im Juni 2008 mit einem Minus von 19,7% (entsprechend -37,25 Stunden), im August 2009 mit einem Minus von 15,34% (entsprechend -29 Stunden), im Juli 2010 mit einem Minus von 15,65% (entsprechend -31 Stunden) und im August 2011 mit einem Minus von 18,35% (entsprechend -38 Stunden). Die Vorinstanz führt ihrerseits aus, ob die beiden vorliegenden Arbeitszeitverhältnisse arbeitsvertragsrechtlich als Abrufverhältnisse, als uneigentliche Teilzeit oder als variable Teilzeit definiert würden, spiele grundsätzlich keine Rolle. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung beim Bezug von Arbeitslosenentschädigung zeige, dass die fehlende zuverlässige Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls nicht einfach über eine jeweilige Jahresdurchschnittsrechnung oder über die blosser Feststellung einer vorhandenen Zeiterfassung kompensiert werden. Ein solches Vorgehen sei nur zulässig, wenn die geleistete Arbeitszeit auf Abruf während längerer Zeit regelmässig und ohne erhebliche Schwankungen gewesen sei. Diesfalls sei für die Ermittlung der Normalarbeitszeit grundsätzlich auf einen Beobachtungszeitraum der letzten 12 Monate des Arbeitsverhältnisses abzustellen (wenn das Arbeitsverhältnis länger als 12 Monate gedauert habe). Damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden könne, dürften die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von 12 Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden indessen höchstens 20% nach unten oder oben ausmachen. Würden die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung von 20% übersteigen, könne nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden. Was für den Leistungsbereich der Arbeitslosenentschädigung gelte, müsse in diesem Kontext verstärkt auch für die Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung gelten. In Anwendung dieser in der AVIG-Praxis Arbeitslosenentschädigung (AVIG-Praxis ALE) verankerten Grundsätze stellt die Vorinstanz bei der Arbeitszeit von A. \_\_\_\_\_ eine Abweichung vom Monatsdurchschnitt von über 20% im Januar 2008 [-26,56%], im März 2009 [-21,11 %], im Mai 2009 [-36,64%] und im Oktober 2011 [-23,46%] vor, und bei B. \_\_\_\_\_ im April 2008 [-32,85%], im August 2008 [-66,54%], im September 2008 [-22,07%] und im November 2011 [-21,43%]. Die Vorinstanz kam zum Schluss, aufgrund dieser grossen Beschäftigungsschwankungen sowie der flexibel gehandhabten Ferienregelung lasse sich nicht bestimmen, ob die beiden Angestellten während der geltend gemachten Arbeitsausfälle überhaupt im entsprechenden Umfang effektiv beschäftigt worden wären. Die Arbeitsausfälle von A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ seien daher nicht im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG bestimmbar.

### **E. 5.1**

Die AVIG-Praxis ALE wird vom SECO zur Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmungen erlassen und ersetzt die vormaligen Kreisschreiben über die Arbeitslosenentschädigung (vgl. [www.treffpunkt-arbeit.ch](http://www.treffpunkt-arbeit.ch) > Publikationen > Kreisschreiben/AVIG-Praxis, besucht am 6. November 2014). Die AVIG-Praxis stellt eine

Verwaltungsverordnung dar, welche als Erlass einer Fachbehörde grundsätzlich geeignet ist, für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis zu sorgen. Sie ist daher jedenfalls insoweit zu berücksichtigen, als sie eine dem Einzelfall gerecht werdende Auslegung der massgebenden Bestimmungen des AVIG und der AVIV zulassen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-543/2013 vom 11. Juli 2013 E. 3.3, mit Hinweis).

#### **E. 5.2**

Bei der Arbeitslosenentschädigung liegt hinsichtlich der Bestimmbarkeit der Arbeitszeit insofern eine vergleichbare Problematik wie bei der Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung vor, als Arbeitnehmende, die einen anrechenbaren Arbeitsausfall bzw. einen Ausfall an normaler Arbeitszeit nicht erlitten haben, keinen Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung haben (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 11 AVIG; Urteil des BVGer B-5058/2011 vom 24. April 2011 E. 5.4; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. April 2009, BVR 2009 E. 3.3). Es rechtfertigt sich daher grundsätzlich, die in der Rechtsprechung zum Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung entwickelten Grundsätze bei einer vergleichbaren Konstellation auch im Bereich der Kurzarbeit- und Schlechtwetterentschädigung anzuwenden.

#### **E. 5.3**

Die von der Vorinstanz im vorliegenden Fall herangezogene Weisung des SECO (vgl. Rz. B95 ff. der AVIG-Praxis ALE) bezieht sich auf "Arbeitsverhältnisse auf Abruf" und legt fest, dass, damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden könne, die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von 12 Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20% nach unten oder nach oben ausmachen dürften. Würden die Beschäftigungsschwankungen bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung übersteigen, könne nicht mehr von einer Normalarbeitszeit gesprochen werden, mit der Folge, dass der Arbeits- und Verdienstaufschlag nicht anrechenbar sei (AVIG-Praxis ALE, Rz. B97).

#### **E. 5.4**

Das Bundesgericht weist darauf hin, dass sich die in Rz. B95 ff. der AVIG-Praxis ALE verankerte Berechnungsweise, wonach die Beschäftigungsschwankungen in den einzelnen Monaten des Arbeitsverhältnisses im Beobachtungszeitraum von 12 Monaten im Verhältnis zu den im Monatsdurchschnitt geleisteten Arbeitsstunden höchstens 20% nach unten oder nach oben ausmachen dürften, damit von einer Normalarbeitszeit ausgegangen werden könne, praxismässig nur für kürzere Arbeitsverhältnisse rechtfertigte. In Bezug auf langjährige Arbeitsverhältnisse sei demgegenüber höchstrichterlich regelmässig erkannt worden, dass auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt abgestellt werden könne. Das Abstellen auf die Arbeitsstunden pro Jahr und die Abweichungen vom Jahresdurchschnitt rechtfertige sich umso mehr, als im Arbeitsvertragsrecht in jüngerer Zeit vermehrt von der Massgeblichkeit einer Jahresarbeitszeit ausgegangen werde, welche es den Arbeitgebern erlaube, flexibler auf saisonale oder anderweitige Beschäftigungsschwankungen zu reagieren (vgl. Urteil des BGer 8C\_417/2013 vom 30. Dezember 2013 E. 5.2.1 f., mit Hinweisen).

#### **E. 5.5**

Da aufgrund der Akten zwischen der Beschwerdeführerin und ihren Mitarbeitern A. \_\_\_\_\_ und B. \_\_\_\_\_ eher keine Arbeit auf Abruf vorliegt, ist die von der Vorinstanz

herangezogene Regel, wonach eine Normalarbeitszeit bereits auszuschliessen sei, wenn die Beschäftigungsschwankungen innerhalb der letzten 12 Monate bereits in einem Monat die höchstens zulässige Abweichung von 20% übersteige, wohl von vornherein nicht anwendbar. Zum gleichen Ergebnis gelangt man mit Blick darauf, dass zwischen der Beschwerdeführerin und A.\_\_\_\_\_ sowie B.\_\_\_\_\_ langjährige Arbeitsverhältnisse bestehen, indessen gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts die von der Vorinstanz angewendete Regel praxisgemäss nur für kürzere gerechtfertigt ist. Es kann daher offen bleiben, ob in Bezug auf A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ im Zeitraum von 2008-2012 mit Blick auf die effektive Arbeitszeit Abweichungen vom Monatsdurchschnitt von über 20% zu verzeichnen sind.

### **E. 6.1**

Das Eidgenössische Versicherungsgericht zog in einem Entscheid betreffend ein sog. uneigentliches Teilzeitarbeitsverhältnis, also wenn die im Rahmen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses zu erbringenden Arbeitseinsätze in zeitlicher Hinsicht variabel waren, zur Ermittlung der normalen Arbeitszeit in analoger Anwendung von Art. 57 AVIV in der bis 31. März 2011 gültigen Fassung die in den letzten drei Monaten vor Beginn der Kurzarbeit durchschnittlich effektiv geleistete Arbeitszeit heran (vgl. ARV 1992 S. 149 E. 2b). Wörtlich führte das Eidgenössische Versicherungsgericht sodann aus: "Die Bestimmbarkeit des Arbeitszeitausfalls bei Teilzeitarbeitsverhältnissen hängt (...) in keiner Weise von der arbeitsvertraglichen Vereinbarung einer minimalen Arbeitszeit und deren Einhaltung ab, sondern einzig davon, ob sich im Einzelfall eine normale Arbeitszeit und im Vergleich dazu eine Arbeitszeitverkürzung ermitteln lassen. Es ist demgemäss unerheblich, ob die vom Beschwerdeführer behauptete Mindestarbeitszeit von 12 Stunden wöchentlich tatsächlich vereinbart und von den einzelnen Näherinnen durchwegs eingehalten wurde. Ist die im Rahmen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses geleistete Arbeitszeit (...) Schwankungen unterworfen, muss für die Ermittlung der normalen Arbeitszeit (...) auf die in den letzten drei Monaten vor der ersten Abrechnungsperiode durchschnittlich effektiv geleistete Arbeitszeit abgestellt werden. Auf diese Weise lässt sich vorliegend den entschädigungsbegründenden Arbeitsausfall ohne weiteres bestimmen. Denn in den von der Vorinstanz eingeholten Rapporten der Atelierleiterin sind die in den Monaten September bis November 1991 geleisteten Arbeitsstunden der einzelnen Näherinnen genau erfasst worden." (vgl. ARV 1992 S. 150 E. 3).

### **E. 6.2**

aArt. 57 AVIV (AS 1983 1205) lautet: "Weicht der Lohn im letzten Beitragsmonat und mindestens 10% vom Durchschnittslohn der letzten drei Monate ab, so bemisst sich die Kurzarbeitsentschädigung aufgrund dieses Durchschnittslohnes." Gemäss der seit 1. April 2011 in Kraft stehenden Fassung (AS 2011 1179) lautet Art. 57 AVIV: "Weicht der Lohn im letzten Beitragsmonat und mindestens 10% vom Durchschnittslohn der letzten zwölf Monate ab, so bemisst sich die Kurzarbeitsentschädigung aufgrund dieses Durchschnittslohnes." Mit Blick auf die aktuelle Fassung von Art. 57 AVIV ist demnach bei Vorliegen einer uneigentlichen Teilzeitarbeit in analoger Anwendung dieser Bestimmung auf die in den letzten zwölf Monaten vor Beginn der Kurzarbeit durchschnittlich effektiv geleistete Arbeitszeit abzustellen.

### **E. 6.3**

Wie dargelegt ist vorliegend davon auszugehen, dass die beiden Mitarbeiter der Beschwerdeführerin wohl eher in einem uneigentlichen Teilzeitarbeitsverhältnis angestellt sind, weshalb die vom Bundesgericht diesbezüglich festgelegten Grundsätze zur Anwendung kommen. Für die Ermittlung der normalen Arbeitszeit ist in analoger Anwendung von Art. 57 AVIV auf die in den letzten 12 Monaten vor Beginn der Kurzarbeit bzw. des Schlechtwetters durchschnittlich effektiv geleistete Arbeitszeit abzustellen (vgl. Art. 57 AVIV). Wurden die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten in hinreichend verlässlichen Belegen erfasst, sind die normale Arbeitszeit und der durch eine Arbeitszeitverkürzung entstandene Arbeitsausfall auch bei unregelmässigen Arbeitseinsätzen der teilzeitbeschäftigten Versicherten zuverlässig bestimmbar (vgl. BRV 2009 E. 3.2; ARV 1992 S. 149 E. 2b; ARV 1989 S. 120; Urteil des BVGer B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 3.3; Kupfer Bucher, a.a.O., S. 182). Vorliegend hält die Vorinstanz explizit fest, dass die Arbeitszeit der Mitarbeiter A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ lückenlos dokumentiert und damit ausreichend kontrollierbar ist. Massgebend für die Ermittlung der normalen Arbeitszeit und damit die Bestimmung des Arbeitsausfalls ist demnach die von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ vor Beginn der Kurzarbeit resp. des schlechtwetterbedingten Arbeitsausfalls durchschnittlich effektiv geleistete Arbeitszeit. Angesichts der Tatsache, dass zwischen den einzelnen Perioden, in denen die Beschwerdeführerin Kurzarbeits- bzw. Schlechtwetterentschädigung bezogen hat, weniger als 12 Monate liegen, kann es im vorliegenden Fall angezeigt sein, nicht strikt 12 Monate als Berechnungsgrundlage zu wählen. Möglich erscheint daher etwa, jene Monate für die Ermittlung der normalen Arbeitszeit zu berücksichtigen, in denen A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ gearbeitet haben, wobei die Monate, in welchen die Beschwerdeführerin Kurzarbeits- bzw. Schlechtwetterentschädigung bezogen hat, wohl zu überspringen sind. Voraussetzung für ein derartiges Vorgehen ist aber, dass die Gesamtarbeitszeit für den gleichen Arbeitgeber - wie hier - über 12 Monaten liegt. Die Beschwerdeführerin bezog für A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ Kurzarbeits- bzw. Schlechtwetterentschädigungen für die Monate Januar und Februar 2009 (SWE), Januar und Februar 2010 (SWE), September bis Dezember 2010 (KAE), Januar 2011 (SWE) sowie Januar bis April 2012 (KAE). Abzustellen ist demnach auf die von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ vor Beginn der Kurzarbeit bzw. des Schlechtwetters durchschnittlich effektiv geleistete Arbeitszeit.

#### **E. 7**

Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, und der angefochtene Einspracheentscheid sowie die Verfügung der Vorinstanz sind aufzuheben. Die Sache ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit sie den Arbeitsausfall anhand von A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ durchschnittlich effektiv geleisteten Arbeitszeit berechne und erneut über die Frage verfüge. Will die Vorinstanz dabei von Arbeit auf Abruf ausgehen, sind die betroffenen Mitarbeiter zu befragen (E. 4.3). Es steht der Vorinstanz frei, anstelle einer Neuberechnung gänzlich auf die von ihr angeordnete Rückerstattung der von der Beschwerdeführerin für schlechtwetterbedingte und wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden der Mitarbeiter A.\_\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_\_ in den Monaten Januar und Februar 2009 (SWE), Januar und Februar 2010 (SWE), September bis Dezember 2010 (KAE), Januar 2011 (SWE) und Januar bis April 2012 (KAE) bezogenen Entschädigungen zu verzichten.

#### **E. 8**

Praxisgemäss gilt eine derartige Rückweisung in Bezug auf die Kostenfrage als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der

Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG).  
Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG).

#### **E. 9**

Eine obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten (Art. 7 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere notwendige Auslagen der Partei (Art. 8 VGKE). Die Beschwerdeführerin war im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anwaltlich vertreten. Die ihr zusprechende Parteientschädigung (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) ist gemäss der eingereichten Kostennote vom 3. November 2014 festzusetzen (Art. 14 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE). Das geltend gemachte Honorar von Fr. 4'333.35 erscheint angesichts des Stundensatzes von Fr. 250.- sowie dem der Komplexität des Falles entsprechenden Zeitaufwands (17 Stunden 20 Minuten) als angemessen. Zusammen mit den Auslagen von Fr. 108.40 und der Mehrwertsteuer in der Höhe von Fr. 355.35 ist der Beschwerdeführerin damit zulasten der Vorinstanz eine Parteientschädigung von Fr. 4'797.10 zuzuerkennen.

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