

# **BVGer B-3083/2011 vom 3. November 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-11-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-3083\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3083_2011)

FR: TAF B-3083/2011 du 3 novembre 2011

IT: TAF B-3083/2011 del 3 novembre 2011

## **Regeste**

Arbeitsbeschaffung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 28. April 2011, mit dem die Revisionsverfügung AGK 2011-39 vom 21. März 2011 bestätigt wurde. Dieser Entscheid stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, 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 Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht vom 17. Juni 2005 [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32]). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin des angefochtenen Einspracheentscheids und der angefochtenen Revisionsverfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an ihrer 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]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 VwVG; vgl. auch Art. 60 Abs. 1 ATSG) und der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Auf die Beschwerde ist einzutreten.

### **E. 2**

Streitig und zu prüfen ist im Folgenden, ob die von der Vorinstanz verfügte Aberkennung und Pflicht zur Rückerstattung der Kurzarbeitsentschädigungen im Betrage von CHF 26'522.80 für die Monate von April bis Dezember 2010 rechtmässig ist und die Auszahlung des restlichen Betrags von CHF 4'707.15 für den Monat Dezember 2010 verweigert werden darf.

### **E. 3**

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin vorab, es sei verfassungswidrig, dass dieselben Personen, welche die Revisionsverfügung erlassen haben, alsdann auch ihre Beschwerde (recte: Einsprache) gegen diese Revisionsverfügung beurteilt hätten.

#### **E. 3.1**

Gemäss Art. 83 Abs. 3 AVIG führt die Vorinstanz die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung. Diese prüft die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen

stichprobenweise bei den Arbeitgebern (Art. 110 Abs. 4 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02]) und verfügt bei Arbeitgeberkontrollen (Art. 83a Abs. 3 AVIG). Gegen die Verfügungen kann innerhalb von 30 Tagen bei der verfügenden Stelle Einsprache erhoben werden (vgl. Art. 52 Abs. 1 ATSG; Ueli Kieser, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich/St.Gallen 2008, S. 473).

### **E. 3.2**

Im vorliegenden Fall wurde dieses Verfahren eingehalten. Weil mit der Einsprache eine nochmalige, einlässlichere Beurteilung durch die entscheidende Instanz verlangt wird, handelt es sich bei der Einspracheinstanz um die verfügende Instanz. Diejenige Instanz, die verfügt hat, überprüft somit den Entscheid im Einspracheverfahren. Diese Zuständigkeitsordnung ist an sich zwar untypisch, sie wurde aber vom Gesetzgeber als "nicht für unzumutbar gehalten" (vgl. Kieser, a.a.O., S. 473-474; ders., ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 52 N2-8). In der Lehre wird diese Form der Einsprache, vor allem wenn Verfügungen in grosser Zahl zu erlassen sind, als berechtigt erachtet. Sie bietet vor allem die Möglichkeit, einen Fall nochmals, eingehender zu prüfen (vgl. Kieser, Kommentar, a.a.O., Art. 52 N 4; Alfred Kölz / Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N 465). Bei komplexeren Einzelfallbeurteilungen mag dieses Verfahren weniger geeignet sein (vgl. Hansjörg Seiler, Rechtsfragen des Einspracheverfahrens in der Sozialversicherung [Art. 52 ATSG], in: René Schaffhauser / Franz Schlauri [Hrsg.], Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St.Gallen 2007, S. 65 ff.). Grundsätzlich entspricht es indessen gerade der Idee eines Einspracheverfahrens, dass der Einspracheentscheid von den bereits zuvor verfügenden Personen gefällt wird. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist dies daher nicht zu beanstanden (vgl. Bundesgerichtsurteil K 11/04 vom 27. August 2004 E.2).

### **E. 3.3**

Die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach eine objektive Beurteilung ihrer Einsprache unmöglich gewesen sei, weil dieselben Personen bereits beim Erlass der angefochtenen Verfügung involviert gewesen seien, erweist sich daher als offensichtlich unbegründet.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter einen Widerspruch zwischen den Verfügungen der kantonalen Arbeitsstelle und der angefochtenen Rückforderungsverfügung der Vorinstanz. Das kantonale Amt habe ihr Gesuch um Kurzarbeit zweimal gutgeheissen. Wenn gerechtfertigte Zweifel an der Rechtmässigkeit der Kurzarbeitsanmeldung angezeigt gewesen wären, hätte es das zweite Gesuch ablehnen müssen. Sie hätte anschliessend ihre Arbeitszeiterfassung sofort angepasst, um die Entschädigungen weiter zu erhalten. Dies sei aber nicht der Fall gewesen. Erst drei Monate später sei eine Revision durch die Vorinstanz durchgeführt worden, was fahrlässig sei. Zudem seien die unterschiedlichen Beurteilungen durch die Behörden befremdlich. Implizit beruft sich die Beschwerdeführerin somit auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Die Vorinstanz macht dagegen geltend, dass sie, und nicht die kantonale Arbeitsstelle, für die Durchführung der Arbeitgeberkontrollen zuständig sei.

### **E. 4.1**

Das Vertrauen in eine sich später als unrichtig erwiesene behördliche Auskunft oder Handlung wird nach der Lehre und Rechtsprechung geschützt, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind: Wenn die Auskunft oder Handlung geeignet war, Vertrauen zu begründen, wenn die Behörde dafür zuständig war oder der Bürger diese aus zureichenden Gründen als zuständig erachten durfte, wenn es keine Vorbehalte gab, wenn die Unrichtigkeit der Auskunft oder Handlung nicht erkennbar war, wenn basierend darauf nachteilige Dispositionen getroffen wurden, wenn der Sachverhalt und die Rechtslage seitdem keine Änderung erfahren haben und wenn das Interesse am Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft oder Handlung gegenüber dem Interesse an der richtigen Rechtsanwendung überwiegt (vgl. dazu unter anderen ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, Zürich/St.Gallen 2010, Rz. 668-696, vgl. auch BGE 131 V 472 E. 5).

#### **E. 4.2**

Eine der Voraussetzungen für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ist, dass der Arbeitgeber den bevorstehenden Arbeitsausfall mindestens zehn Tage vor Beginn der kantonalen Amtsstelle schriftlich voranmeldet (vgl. Art. 36 Abs. 1 AVIG). Er muss in der Voranmeldung die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und anhand von Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach den Artikeln 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 Bst. a AVIG erfüllt sind, dass insbesondere der Arbeitsausfall auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (vgl. Art. 32 Abs. 1 Bst. a AVIG). Erachtet die kantonale Amtsstelle es als glaubhaft, dass diese Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind, lautet ihre Verfügung dahingehend, dass sie keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erhebt, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (vgl. Art. 35 Abs. 4 AVIG). Die Verfügung der kantonalen Amtsstelle bezieht sich somit ausdrücklich nur auf einen Teil der Anspruchsvoraussetzungen. Die kantonale Amtsstelle äussert sich darin über ihre Prüfung von Unterlagen, welche vor Beginn des Arbeitsausfalls einzureichen sind. Die Frage, ob bzw. in welchem Umfang der Arbeitsausfall dann konkret stattgefunden hat, kann daher logischerweise gar nicht Gegenstand dieser Verfügung sein. Die Verfügung der kantonalen Amtsstelle erfolgt daher standardmässig mit einem ausdrücklichen Vorbehalt in Bezug auf die übrigen Anspruchsvoraussetzungen.

#### **E. 4.3**

Dies war auch vorliegend der Fall. Die angeführten Verfügungen des Amts für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Basel-Stadt enthalten genau diesen Vorbehalt sowie eine ausdrückliche Information in der Form von: "Wichtige Hinweise betreffend Kurzarbeitsentschädigung". Darin wird unter anderem ausdrücklich festgehalten, dass für von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt werden müsse, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden Auskunft gebe.

#### **E. 4.4**

Die Behauptung der Beschwerdeführerin, es lägen unterschiedliche Beurteilungen durch die kantonale Amtsstelle und durch die Vorinstanz vor, ist somit unzutreffend. Die beiden Behörden sind für unterschiedliche Prüfungen in unterschiedlichen Verfahrensstadien zuständig. Dass die kantonale Amtsstelle weder zuständig noch in der Lage war, sich dazu zu äussern, ob rechtsgenügend nachgewiesen sei, dass ein Arbeitsausfall effektiv im geltend gemachten Umfang stattgefunden habe, musste auch für die Beschwerdeführerin

offensichtlich sein, da diese Behörde vor dem geltend gemachten Arbeitsausfall verfügt hat. Vor allem ist gar keine Differenz festzustellen zwischen den von der kantonalen Amtsstelle erteilten Auskünften und der Auffassung der Vorinstanz in Bezug auf die Frage, welche Belege in Bezug auf die Arbeitszeitkontrolle erforderlich seien.

#### **E. 4.5**

Die Voraussetzungen für die Geltendmachung des Vertrauensschutzes sind daher nicht erfüllt.

#### **E. 5**

In materieller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin weiter, es sei falsch zu behaupten, wie dies die Vorinstanz tue, dass für C.\_\_\_\_\_ keine Arbeitskontrolle habe vorgewiesen werden können. Dem Revisor seien Stundenabrechnungen vorgelegt worden, die den gesamten Arbeitsaufwand von C.\_\_\_\_\_ belegt hätten. Jeweils am Ende des Monats sei ein Stundenrapport ausgefüllt worden.

#### **E. 5.1**

Die Anspruchsvoraussetzungen auf Kurzarbeitsentschädigung werden in Art. 31 AVIG geregelt. Dieser Anspruch besteht für Arbeitnehmer, sofern die normale Arbeitszeit verkürzt oder ganz eingestellt wird (Abs. 1), wenn die Arbeitnehmer für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (Bst. a), wenn der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Bst. b), wenn das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Bst. c) und wenn der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch die Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Bst. d; vgl. Kieser, a.a.O., S. 286-287; Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Aufl. Bern 2003, S. 303-306). Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, haben keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Voraussetzung für die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls ist eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle. Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Art. 46b AVIV).

#### **E. 5.2**

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein geltend gemachter Arbeitsausfall erst dann genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Das Bundesgericht führte dazu aus, es genüge nicht, wenn der Arbeitgeber eine An- und Abwesenheitskontrolle führe, vielmehr bedürfe es Angaben über die täglich geleistete Arbeitszeit. Nur auf diese Weise sei Gewähr geboten, dass die an gewissen Tagen geleistete Überzeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen sei, bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalls Berücksichtigung finde (vgl. hierzu die Urteile des Bundesgerichts C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b und C 140/02 vom 8. Oktober 2002 E. 3.1 f). Die gearbeiteten Stunden müssten nicht zwingend mit einem elektronischen oder mechanischen System erfasst sein. Wesentlich seien jedoch der ausreichende Detaillierungsgrad und die zeitgleiche Dokumentierung (vgl. Urteile des Bundesgerichts C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4). Erst nachträglich erstellte Unterlagen (z. B. Wochenrapporte, Befragung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) seien kein taugliches Mittel, um die Arbeitszeit durch die Verwaltung ausreichend zu kontrollieren (statt vieler: Urteile des Bundesgerichts C 42/00 vom 17. Januar 2001 E. 2b, C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b, C 35/03 vom 25.

März 2004 E. 4 sowie 8C\_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2). Projektraporthe, die zwecks Fakturierung an Kunden erstellt wurden, können daher die tägliche Arbeitszeiterfassung nicht ersetzen (vgl. Erwin Murer / Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 181-182; siehe auch Gerhard Gerhards, Kommentar zum Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz/AVIG], Bern 1987, Bd. I, N 5 zu Art. 31).

### **E. 5.3**

Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die jeweils geleisteten Arbeitsstunden nicht täglich kontrollierte und dokumentierte. So bestätigte sie ausdrücklich anlässlich der Revision, dass keine derartige Arbeitszeitkontrolle vorhanden sei. Auch in ihrer Beschwerde gibt sie zu, dass auf eine tägliche Arbeitszeitkontrolle aufgrund des grossen Vertrauensverhältnisses zwischen ihr und C.\_\_\_\_\_ verzichtet worden sei. Erst am Ende des Monats sei jeweils ein Stundenrapport ausgefüllt worden.

### **E. 5.4**

Da die vorgelegten Stundenrapporte jeweils erst am Ende eines Monats ausgefüllt wurden, sind sie somit nicht geeignet, die behaupteten Arbeitsausfälle rechtsgenügend nachzuweisen.

### **E. 5.5**

Hinzu kommt, dass aktenmässig erstellt und unbestritten ist, dass Arbeitsausfälle auch an Tagen geltend gemacht wurden, an denen C.\_\_\_\_\_ sich auf einer mehrtägigen Geschäftsreise im Ausland befand. Diesbezüglich scheint die Beschwerdeführerin zwar offensichtlich anzunehmen, dass es rechtlich möglich sei, dass C.\_\_\_\_\_ während einer Geschäftsreise einen anrechenbaren Arbeitsausfall erleide. Diese Auffassung ist indessen unzutreffend. Mehrtägige Geschäftsreisen - sofern sie nicht allenfalls teilweise Ferien oder andere, nicht anrechenbare Freizeit des Arbeitnehmers darstellen - gelten grundsätzlich in vollem Umfang als Arbeitszeit, da der Arbeitnehmer sich während dieser Zeit im Auftrag des Arbeitgebers an einem anderen Ort aufhält. Massgeblich für die Frage nach der Anrechenbarkeit eines Arbeitsausfalls ist nämlich nicht die effektiv im Interesse des Arbeitgebers erbrachte produktive Arbeitsleistung, sondern die vom Arbeitgeber verlangte Präsenzzeit des betreffenden Arbeitnehmers im Betrieb des Arbeitgebers oder an einem andern Ort, an den er durch den Arbeitgeber entsandt wurde. So hat beispielsweise auch das Bundesgericht in einem Entscheid festgehalten, dass die Tatsache, dass die zu verrichtende Arbeit geringer geworden sei, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gebe, wenn in einem Gastgewerbebetrieb die Präsenzzeit der Arbeitnehmer gleich bleibe. Untätigkeit am Arbeitsort sei mit Arbeit gleichzusetzen (Entscheid vom 20. Juni 1996 i. S. X., E. 2, veröffentlicht in ALV 1996 Nr. 78, S. 239). Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass die Unterlagen über diese Geschäftsreisen belegen, dass die Beschwerdeführerin Arbeitsausfälle für Tage geltend gemacht hat, an denen die betreffende Arbeitnehmerin keinen Arbeitsausfall erlitten haben konnte.

### **E. 5.6**

Im vorliegenden Fall kann der Nachweis, ob der geltend gemachte Arbeitsausfall tatsächlich stattgefunden hat, nicht erbracht werden, weil die Beschwerdeführerin keine geeignete Arbeitszeitkontrolle führte. Da die Beweislast hierfür grundsätzlich dem

Arbeitgeber obliegt (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteil des Bundesgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2 sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 3, B-8569/2007 vom 24. Juni 2008 E. 2.3 und B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 4.3.3, je mit weiteren Hinweisen), hat die Beschwerdeführerin die Folgen dieser Beweislosigkeit zu tragen. Wie gross die Differenzen zwischen den geltend gemachten Arbeitsausfällen und den effektiv erlittenen sind und ob die Beschwerdeführerin beispielsweise bezüglich der zu Unrecht geltend gemachten Arbeitsausfälle während der Geschäftsreisen nur fahrlässig gehandelt hat, ist rechtlich unerheblich.

#### **E. 5.7**

Insgesamt ergibt sich somit, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall nicht hinreichend kontrollierbar und daher auch nicht anrechenbar ist. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht die Rückerstattung der ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von CHF 26'522.80 verlangt.

#### **E. 6**

Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **E. 7**

Für Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes ist keine Kostenfreiheit vorgesehen. Insofern hat bei diesem Verfahrensausgang die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). 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]). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr bei einem Streitwert zwischen CHF 20'000. und 50'000. CHF 1'000. bis 5'000. (Art. 4 VGKE). Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert CHF 26'522.80, weshalb die Gerichtsgebühr auf CHF 1'700. festgelegt wird.

#### **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.