

BVGer B-3083/2012 vom 20. August 2013

Bundesverwaltungsgericht, 2013-08-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-3083_2012

FR: TAF B-3083/2012 du 20 août 2013

IT: TAF B-3083/2012 del 20 agosto 2013

Regeste

Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 4. Mai 2012, mit dem die Revisionsverfügung AGK (...) vom 15. März 2012 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 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]). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Als Adressatin des angefochtenen Einspracheentscheids ist sie durch diesen besonders berührt und hat daher 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. 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), die Vertreterin 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). Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin vorab, es sei verfassungswidrig, dass dieselben Personen, welche die Revisionsverfügung erlassen haben, alsdann auch ihre Einsprache gegen diese Revisionsverfügung beurteilt hätten. Die Vorinstanz führt die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung (Art. 83 Abs. 3 AVIG). Die Ausgleichsstelle prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen (vgl. Art. 110 Abs. 4 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 [AVIV, SR 837.02]). Stellt sie fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht oder nicht richtig angewendet wurden, so erteilt sie der Kasse oder der zuständigen Amtsstelle die erforderlichen Weisungen. Bei Arbeitgeberkontrollen verfügt die Ausgleichsstelle. Das Inkasso obliegt der Kasse (Art. 83a Abs. 1 und 3 AVIG, Art. 111 AVIV). Das Verfahren zum Erlass der Rückforderungsverfügungen richtet sich nach den Bestimmungen des ATSG (vgl. Art. 1 AVIG). In Bezug auf das Einspracheverfahren sehen diese ausdrücklich vor, dass die Einsprache bei der verfügenden Stelle einzureichen ist (vgl. Art. 52 Abs. 1 ATSG). Mit

dieser Bestimmung wurde die für das Einspracheverfahren schon vorher typische Zuständigkeitsordnung übernommen, wonach diejenige Instanz, die verfügt hat, den Entscheid im Einspracheverfahren nochmals und einlässlicher überprüft (vgl. UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Zürich/St.Gallen 2008, S. 473 f. ders., ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009, N. 28 zu Art. 52 ATSG; HANSJÖRG SEILER, Rechtsfragen des Einspracheverfahrens in der Sozialversicherung [Art. 52 ATSG], in: Schaffhauser/Schlauri [Hrsg.], Sozialversicherungsrechtstagung 2007, St.Gallen 2007, S. 65 ff.). Grundsätzlich entspricht es daher gerade der Idee eines Einspracheverfahrens, dass der Einspracheentscheid von den bereits zuvor verfügenden Personen gefällt wird. Gemäss ständiger Rechtsprechung ist dies daher nicht zu beanstanden (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts K 11/04 vom 27. August 2004 E.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-3083/2011 vom 3. November 2011 E. 3).

E. 3

In der angefochtenen Verfügung beziffert die Vorinstanz die von der Beschwerdeführerin unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen auf Fr. 349'825.20. Die Beschwerdeführerin ihrerseits anerkennt diesbezüglich lediglich - aber immerhin - eine Rückerstattungspflicht in Bezug auf die erhaltenen Versicherungsleistungen für 1'167 zu Unrecht geltend gemachte Ausfallstunden. In Bezug auf die restlichen 7'758 geltend gemachten Ausfallstunden ist umstritten, ob diese genügend bestimmbar bzw. die Arbeitszeit der betroffenen Mitarbeiter ausreichend kontrollierbar sei. Die Vorinstanz macht diesbezüglich geltend, die Beschwerdeführerin habe für keinen ihrer Mitarbeiter und für keine der betroffenen Abrechnungsperioden Arbeitszeitkontrollen vorgewiesen, welche täglich über die geleisteten Arbeits- und allfälligen Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sonstige Absenzen wie Ferien, Krankheit, Unfall etc. Auskunft geben würden. Die Arbeitsausfälle für die im Monatslohn entschädigten Mitarbeiter seien daher aufgrund der fehlenden betrieblichen Zeitkontrolle nicht überprüfbar und liessen sich auch anhand anderer betrieblicher Unterlagen nicht plausibilisieren. Für die nach Ausmass entschädigten Mitarbeiter seien die Ausfallstunden anhand der Lohnabrechnung teilweise nachvollziehbar. Aberkannt würden diesbezüglich lediglich die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Ausfalltage, an welchen aus Abrechnungen über geleistete Regiestunden oder aus Ausmassabrechnungen oder aus zwei Arzteugnissen ersichtlich sei, dass die Arbeitnehmer gearbeitet hätten bzw. krankheits- oder unfallbedingt abwesend gewesen seien. Die Beschwerdeführerin rügt, die Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter könne ohne Weiteres den "Stundenkontrollen" entnommen werden. Die geltend gemachten Ausfallstunden seien damit plausibel und nachvollziehbar dokumentiert. Sie habe diese Stundenkontrollen zwar erst am 8. Februar 2012, d.h. nach der Arbeitgeberkontrolle vom 1. Februar 2012 eingereicht. Es gehe aber nicht an, dass dem zu revidierenden Unternehmen ohne eine entsprechende vorgängige Androhung erst nach der Revision bekannt gegeben werde, dass allfällig später eingereichte Unterlagen nicht mehr berücksichtigt würden. Die Arbeitszeitkontrollblätter hätten sich zum Revisionszeitpunkt deshalb nicht in ihrem Büro befunden, weil die Z._____ AG sie für anderweitige Verwaltungsarbeiten benötigt habe. Dieser Umstand werde durch ein entsprechendes Bestätigungsschreiben der Z._____ AG belegt. Die Arbeitszeitkontrollblätter seien auch keineswegs nachträglich verändert worden, wie ihr die Vorinstanz unterstelle.

E. 3.1

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). Nach Art. 42 AVIG haben Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben und sie einen anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 43 AVIG) erleiden. Der Bundesrat bestimmt die Erwerbszweige, in denen die Schlechtwetterentschädigung ausgerichtet werden kann. Der Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er ausschliesslich durch das Wetter verursacht wird, die Fortführung der Arbeiten trotz genügender Schutzvorkehrungen technisch unmöglich oder wirtschaftlich unvertretbar ist oder den Arbeitnehmern nicht zugemutet werden kann, und er vom Arbeitgeber ordnungsgemäss gemeldet wird. Es werden nur ganze oder halbe Tage angerechnet (Art. 43 Abs. 1 und Abs. 2 AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeits- bzw. Schlechtwetterentschädigung haben indessen Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 3 AVIG). Eine genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 AVIV i.V.m. Art. 109 AVIG). Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Art. 46b Abs. 2 AVIV). Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i. V. m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2 und C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je mit Hinweisen).

E. 3.2

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts ist ein geltend gemachter Arbeitsausfall erst dann genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Es genügt nicht, wenn der Arbeitgeber eine An- und Abwesenheitskontrolle führt, vielmehr bedarf es der Angaben über die täglich geleistete Arbeitszeit. Nur auf diese Weise ist Gewähr geboten, dass die an gewissen Tagen geleistete Überzeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist, bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalls Berücksichtigung findet. Die gearbeiteten Stunden müssen nicht zwingend mit einem elektronischen oder mechanischen System erfasst sein. Wesentlich sind jedoch der ausreichende Detaillierungsgrad und die zeitgleiche Dokumentierung. Erst nachträglich erstellte Unterlagen (z. B. Wochenrapporte, Befragung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) sind kein taugliches Mittel, um die Arbeitszeit durch die Verwaltung ausreichend zu kontrollieren. Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllt, ist daher ein System zu verstehen, bei dem - sei es auf Papier, mechanisch oder elektronisch - mindestens täglich durch den Mitarbeiter selbst oder durch seinen Vorgesetzten die gearbeitete Zeit eingegeben wird. Um der Anforderung der zeitgleichen Dokumentierung der geleisteten Arbeitszeit zu genügen, dürfen die Einträge nicht beliebig nachträglich abänderbar sein, ohne dass dies im System vermerkt wird (vgl. 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; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-188/2010 vom 2. März 2011 E.

3.4, B-3778/2009 vom 23. August 2011 E. 3.3, B-4632/2011 vom 6. März 2012 E. 5.1 und B-4571/2011 vom 24. April 2012 E. 3.1). Die Voraussetzung der Kontrollierbarkeit erfordert weiter, 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 Bundesverwaltungsgerichts B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 2.3).

E. 3.3

Im vorliegenden Fall geht aus dem anlässlich der Arbeitgeberkontrolle ausgefüllten und durch den Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin unterzeichneten Formular unzweideutig hervor, dass die Beschwerdeführerin für ihre Arbeitnehmer keine Arbeitszeiterfassung führte, welche diese Voraussetzungen erfüllen würde. Die Beschwerdeführerin macht zwar geltend, ihr Organ habe dieses Formular nach einer "hitziigen Diskussion" ungelesen unterzeichnet, weshalb die darin enthaltene Bestätigung nicht gegen die Beschwerdeführerin verwendet werden dürfe. Dieser Einwand ist offensichtlich unbehelflich. Darüber hinaus aber ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerin die in der Bestätigung enthaltene wesentliche Aussage gar nicht wirklich bestreitet. Jedenfalls hat sie auch in ihren Rechtsschriften nie konkret erklärt, dass bzw. auf welche Weise sie die Arbeitszeit ihrer Mitarbeiter täglich fortlaufend und detailliert dokumentiert hat. Bei den von ihr angeführten "Stundenrapporten" oder "Stundenkontrollen" handelt es sich offensichtlich nicht um Arbeitszeiterfassungsbelege im Sinn der dargelegten Rechtsprechung. Dem Aussehen nach handelt es sich dabei um elektronisch erstellte Formulare, in die für jeden Mitarbeiter und Kalendermonat die Zahl der vom jeweiligen Arbeitnehmer pro Tag gearbeiteten Stunden, die Zahl der Stunden, an welchen er gefehlt hat, sowie die Zahl der Ausfallstunden eingetragen wurden. Durch wen, gestützt auf welche Unterlagen und zu welchem Zeitpunkt diese Formulare erstellt wurden, ist nicht bekannt und wurde von der Beschwerdeführerin auch nicht erklärt. Ob diese Formulare bereits im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle existierten und sich lediglich nicht in den Personalordnern befanden oder ob sie durch die Beschwerdeführerin erst nachträglich erstellt und der Vorinstanz eingereicht wurden, ist daher irrelevant, da ihnen ohnehin kein Beweiswert im Hinblick auf die hier strittigen Fragen zukommt. Die geleistete Arbeitszeit kann sodann auch nicht den aktenkundigen Arbeitszeitkalendern entnommen werden, weil sie jeweils vorab erstellt wurden und damit lediglich die Sollarbeitsstunden enthalten.

E. 3.4

Im vorliegenden Fall kann der Nachweis der effektiv gearbeiteten oder anderweitig nicht als Ausfallstunden geltenden Arbeitszeit einerseits und der wegen Schlechtwetter ausgefallenen Arbeitsstunden andererseits somit nicht mehr in rechtsgenügender Weise erbracht werden. Die Folgen dieser Beweislosigkeit hat die Beschwerdeführerin zu tragen, da sie die Beweislast für die von ihr gegenüber der Arbeitslosenkasse geltend gemachten Arbeitsausfälle trägt (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-4571/2011 vom 24. April 2012 E. 5.2, B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 3.6 f., B-3083/2011 vom 3. November 2011 E. 5.6 und B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 2.3).

E. 4

In ihrer Vernehmlassung beantragte die Vorinstanz, es sei eine reformatio in peius vorzunehmen, und die gesamte der Beschwerdeführerin für den genannten Zeitraum bezahlte Schlechtwetterentschädigung sei zurückzufordern. Mit Stellungnahme vom 12. April 2013 zog sie diesen Antrag sinngemäss zurück, weshalb es sich erübrigt, die Beschwerdeführerin diesbezüglich zu einer Stellungnahme aufzufordern oder auf diese Frage einzugehen.

E. 5

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde daher als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 6

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor dem Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich um Streitigkeiten betreffend die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-409/2007 vom 23. November 2007 E. 5.1 sowie B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 10). Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Stehen - wie vorliegend - Vermögensinteressen auf dem Spiel, bemisst sich die Gerichtsgebühr grundsätzlich nach dem Streitwert sowie nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 i.V.m. Art. 4 VGKE). In Anwendung von Art. 4 VGKE sind die Verfahrenskosten auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

E. 7

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.