

# **BVGer B-4571/2011 vom 24. April 2012**

Bundesverwaltungsgericht, 2012-04-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-4571\\_2011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-4571_2011)

FR: TAF B-4571/2011 du 24 avril 2012

IT: TAF B-4571/2011 del 24 aprile 2012

## **Regeste**

Arbeitsbeschaffung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 17. Juni 2011, mit dem die Revisionsverfügung (...) vom 6. Mai 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 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. 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). 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). 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 AHV noch nicht erreicht haben. Der Arbeitsausfall muss anrechenbar und das Arbeitsverhältnis 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. 2.2**

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Die 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). Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Art. 46b Abs. 2 AVIV).

### **E. 2.3**

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche das SECO führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (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. 111 AVIV). 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 und C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 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 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG).

### **E. 2.4**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe anlässlich des Erlasses der Revisionsverfügung vom 6. Mai 2011 mit den Beilagen 1 und 2 zwei Aufstellungen verwendet, zu welchen sie zuvor nicht habe Stellung nehmen können. Sie macht eine Verletzung ihres verfassungsmässig garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend.

### **E. 2.5**

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 26 ff. VwVG) gewährleistet allen Personen, die vom Ausgang eines Verfahrens mehr als die Allgemeinheit betroffen werden könnten, das Recht auf Mitwirkung und Einflussnahme. Dazu gehören eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (BGE 135 II 286 E. 5.1, mit weiteren Hinweisen).

## **E. 2.6**

Gemäss Art. 42 ATSG, welcher im Arbeitslosenversicherungsbereich ebenfalls Anwendung findet (vgl. Art. 1 Abs. 1 AVIG, Art. 1 Bst. b und Art. 2 ATSG), haben die Parteien zwar Anspruch auf rechtliches Gehör, müssen indessen nicht bereits vor dem Erlass der Verfügung angehört werden, sofern die Verfügung durch Einsprache anfechtbar ist (vgl. Art. 42 Satz 2 ATSG). Das rechtliche Gehör wird dadurch in das Einspracheverfahren verschoben (vgl. Alfred Maurer/Gustavo Scartazzini/Marc Hürzeler, Bundessozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Basel 2008, § 21 N. 13).

## **E. 2.7**

Im vorliegenden Fall hatte die Beschwerdeführerin im Rahmen des Einspracheverfahrens Gelegenheit, sich zu den Berechnungen der Vorinstanz in den Beilagen 1 und 2 zur Revisionsverfügung zu äussern. Die Rüge, wonach ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt sei, erweist sich daher als offensichtlich unbegründet.

## **E. 3**

In materieller Hinsicht bestreitet die Beschwerdeführerin die Begründetheit der Rückforderung. Sie macht geltend, die Arbeitszeit in ihrem Betrieb sei ausreichend kontrollierbar. Mit Ausnahme der Kadermitarbeiter seien sämtliche ihrer Mitarbeiter verpflichtet, bei Arbeitsbeginn ein- und bei Arbeitsbeendigung auszustempeln. Die gestempelten Arbeitszeiten würden zeitgleich EDV-mässig erfasst und monatlich für das Erstellen der Lohnabrechnungen ausgedruckt. Diese EDV-Ausdrucke würden zu Dokumentationszwecken aufbewahrt, wohingegen die EDV-mässige Erfassung selbst gelöscht werde. Die Arbeitszeiten der von der Stempelpflicht befreiten Kadermitarbeiter seien während der Kurzarbeitsperiode ebenfalls zeitnah manuell im EDV-System eingegeben worden. Die Vorinstanz macht dagegen geltend, die ihr anlässlich der Revision vom 15. April 2011 vorgelegten EDV-Ausdrucke der Zeiterfassung würden zwar den gesetzlichen Anforderungen genügen, sofern sie denn korrekt wären. Die Revision habe aber gezeigt, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegten EDV-Ausdrucke nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprochen hätten. Der Revisor habe insbesondere für den Monat Dezember 2009 in den Lohnunterlagen Urlaubskarten und weitere Zeiterfassungsunterlagen gefunden, welche erhebliche Differenzen zu den vorgelegten Ausdrucken aufgewiesen hätten. Aufgrund dieser Differenzen müsse davon ausgegangen werden, dass sämtliche von der Beschwerdeführerin vorgelegten Ausdrucke nicht den effektiven Gegebenheiten entsprächen, weshalb darauf nicht abgestellt werden könne. Da die effektiven elektronischen Zeiterfassungen gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin gelöscht worden seien, seien die Arbeitszeit und der geltend gemachte Arbeitsausfall nicht ausreichend kontrollierbar.

### **E. 3.1**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein geltend gemachter Arbeitsausfall dann genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllen würde, ist ein System zu verstehen, bei dem - sei es auf Papier 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. Eine

rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst Wochen später erstellt werden (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; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 3.4). Die gearbeiteten Stunden müssen nicht zwingend mit einem elektronischen oder mechanischen System erfasst sein. Wesentlich sind jedoch der ausreichende Detaillierungsgrad und die zeitgleiche Dokumentierung (Urteile des Bundesgerichts C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4). Die Voraussetzung der Kontrollierbarkeit erfordert mithin, 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. 3.2**

Die Beschwerdeführerin hat dem Revisor der Vorinstanz anlässlich der Arbeitgeberkontrolle EDV-Ausdrucke der elektronischen Zeiterfassung für die Monate Dezember 2008 bis November 2010 vorgelegt. Diese Ausdrucke listen jeweils für jeden Mitarbeiter die Stempelungen, die tägliche Sollzeit, die Istzeit gerundet (IstGer) und die Istzeit effektiv (IstEff), die Differenz zwischen anrechenbarer Zeit und Sollzeit, die Absenz- bzw. Anspruchsbuchungen sowie der Veränderungen der Saldi auf. Es ist unbestritten, dass der Inspektor der Vorinstanz in den Personalakten der Beschwerdeführerin Zeiterfassungen für den Monat Dezember 2009 gefunden hat, die zeitnah, d.h. Ende Dezember 2009 oder Anfang Januar 2010 ausgedruckt worden waren, während die von der Beschwerdeführerin offiziell vorgelegten Ausdrucke ein wesentlich späteres Druckdatum (10. März 2010) tragen. Die beiden Versionen weisen jeweils erhebliche Unterschiede auf. Insbesondere enthalten die früheren Ausdrucke an zahlreichen Tagen automatische Stempelungen, die in den späteren Ausdrucken ganz fehlen - das System der Beschwerdeführerin lässt offensichtlich nachträgliche manuelle Löschungen von Stempelungen zu, ohne dies kenntlich zu machen - oder durch andere Einträge ersetzt sind, die mit einem Sternchen (\*) für eine manuelle Abänderung bzw. einen manuellen Neueintrag gekennzeichnet sind. Die Ausdrucke der Kadermitarbeitenden X. \_\_\_\_\_ (CEO), Y. \_\_\_\_\_ (Produktionsleiter), Z. \_\_\_\_\_ (Leiter Personal und Finanzen) und V. \_\_\_\_\_ (Geschäftsleitungssekretärin), welche an sich nicht der Stempelpflicht unterlagen und gemäss Angaben der Beschwerdeführerin während der Kurzarbeitsperiode ihre Arbeitszeit manuell im EDV-System eingetragen hätten, weisen in der ersten Version der Zeiterfassungen mit Druckdatum vom 28. Dezember 2009 noch überhaupt keine Einträge auf. Die Unterschiede in Bezug auf die effektive Arbeitszeit zwischen den beiden Versionen der EDV-Ausdrucke der Zeiterfassung für den Monat Dezember 2009 sind bei allen betroffenen Mitarbeitern erheblich. Hinzu kommen für jeden Mitarbeiter zwischen vier und acht Ferientage, welche - mit einer Ausnahme - auch in den Ausdrucken von Ende Dezember 2009 nicht enthalten waren, sich aber aus den in den Personalakten vorgefundenen Urlaubskarten ergaben.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass diese Diskrepanzen darauf zurückzuführen sind, dass der Leiter Personal und Finanzen die Zeiterfassungen für den Monat Dezember 2009

nachträglich manuell abgeändert hat. Sie anerkennt auch ausdrücklich, dass diese "Ungenauigkeiten" betragsmässig zu denjenigen Korrekturen bezüglich der Höhe der Kurzarbeitsentschädigung führen müssten, wie sie sich aus der Beilage 1 zur Revisionsverfügung ergeben. In sachverhaltlicher Hinsicht ist somit unbestritten, dass die vorgelegten Zeiterfassungsausdrucke für den Monat Dezember 2009 mit Druckdatum 10. März 2010 in sehr erheblichem Ausmass nachträglich abgeändert wurden und nicht den effektiven Arbeits- und Ferienzeiten entsprechen.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, im Herbst 2009 sei das gesamte EDV-System ersetzt worden. Die Umstellung sei mit erheblichen Problemen verbunden gewesen, weshalb diese Korrekturen durch den Leiter Personal und Finanzen erforderlich gewesen seien. Die schriftliche Bestätigung des Leiters Personal und Finanzen, dass die Stundenrapporte den geltend gemachten Arbeitsausfällen angepasst worden seien, habe sich ausschliesslich auf den Monat Dezember 2009 bezogen. Die Unterstellung der Vorinstanz, dass sie für die ganze Dauer des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung Arbeitsausfälle im Ausmass von 80% geltend gemacht habe, obwohl dies nicht immer den effektiven Tatsachen entsprochen habe, treffe nicht dazu. Die Vorinstanz führt dagegen aus, der Inspektor habe anlässlich der Revision Arzzeugnisse, Unfallscheine und Urlaubskarten gefunden, die belegen, dass für Tage Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht worden sei, an welchen die Arbeitnehmer krankheits- bzw. unfallbedingt abwesend gewesen seien. Es könne zudem davon ausgegangen werden, dass neben den vielen Fällen, in welchen mit den anlässlich der Revision aufgefundenen Unterlagen belegt werden konnte, dass unrechtmässig Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht worden ist, noch weitere Ungereimtheiten bestünden, welche nicht mit gefundenen Unterlagen nachgewiesen werden konnten. Weil die effektiven Zeiterfassungen jährlich gelöscht würden und deshalb für die Vorjahre nicht mehr existierten, habe auch keine Möglichkeit bestanden, die tatsächlichen Arbeitsausfälle nachzuvollziehen. Im Ergebnis müsse davon ausgegangen werden, dass sämtliche von der Beschwerdeführerin vorgelegten Zeiterfassungen nicht den effektiven Gegebenheiten entsprächen, weshalb sie für die Überprüfung der Arbeitsausfälle insgesamt nicht tauglich seien.

#### **E. 4.1**

Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die manuellen Änderungen der Zeiterfassung für den Monat Dezember 2009 seien wegen technischer Probleme erforderlich gewesen, ist durch nichts belegt und angesichts von Art und Umfang der vorgenommenen Änderungen offensichtlich unglaubwürdig. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin gar nicht bestreitet, dass die ursprünglichen Stempelungen gemäss den Ausdrucken vom 28. Dezember 2009 die effektive Arbeitszeit wiedergeben und die manuellen Änderungen somit massiv unrichtig sind.

#### **E. 4.2**

Was die übrigen Monate betrifft, so fanden sich in den Personalakten - mit einer Ausnahme - keine der ursprünglichen Zeiterfassungsausdrucke. Die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Ausdrucke bieten indessen ein auffällig ähnliches Bild wie die manipulierten Ausdrucke für den Monat Dezember 2009. Dieser äussere Eindruck wird bestätigt durch den einzigen in den Personalakten gefundenen Zeiterfassungsausdruck, denjenigen von E. \_\_\_\_\_ für die Monate Mai und Juni 2009. Der Vergleich dieses Ausdrucks mit den von

der Beschwerdeführerin vorgelegten späteren Versionen zeigt das gleiche Manipulationsmuster wie die Zeiterfassungsausdrucke für den Monat Dezember 2009: Der Ausdruck mit Druckdatum vom 13. Juli 2009 weist rund 250 Stunden mehr effektive Arbeitszeit und bezogene Gleitzeit auf als die von der Beschwerdeführerin für diese Monate vorgelegten Ausdrucke, die wenige Stunden bzw. einen Tag später ausgedruckt wurden. Letztere basieren, wie die noch erhaltenen originalen Stempelungen zeigen, auf der früheren Version. Die Behauptung der Beschwerdeführerin, die zwischenzeitlich gelöschten weiteren Stempelungen seien darauf zurückzuführen, dass eine andere Mitarbeiterin die Stempelkarte von E. \_\_\_\_\_ benützt habe, ist durch nichts belegt und, wie die Vorinstanz zu Recht geltend macht, völlig unglaubwürdig. Weiter fand der Inspektor der Vorinstanz in den Personalakten zahlreiche andere Belege, welche die Unrichtigkeit der vorgelegten Ausdrucke zumindest punktuell beweisen, wie Urlaubskarten, Arztzeugnisse, Unfallscheine sowie Dokumente, die an einem Tag unterschrieben wurden, an dem die betreffende Führungskraft gemäss Zeiterfassungsausdruck überhaupt nicht gearbeitet, sondern einen ganztägigen Arbeitsausfall erlitten haben soll. Dass diese Diskrepanzen nicht nur auf versehentlich unterlassene Eingaben von Einträgen, welche auch bei korrektem Vorgehen manuell ins System einzugeben waren, zurückzuführen sind, ergibt sich beispielsweise daraus, dass in der Zeiterfassung von N. \_\_\_\_\_ für den Monat September 2009 an Tagen, an denen sie gemäss Arztzeugnis zu 100% arbeitsunfähig war, verschiedene Stempelungen manuell eingegeben wurden.

#### **E. 4.3**

Aufgrund dieser Indizienlage muss davon ausgegangen werden, dass nicht nur die Zeiterfassungsausdrucke für den Monat Dezember 2009, sondern auch die für die Zeiterfassung der übrigen Monate vorgelegten EDV-Ausdrucke nachträglich manipuliert wurden und damit nicht beweistauglich im Sinne der dargelegten Rechtsprechung sind. Da die Beschwerdeführerin die EDV-mässige effektive Zeiterfassung von Dezember 2008 bis November 2010 bereits gelöscht hat, besteht auch keine anderweitige Möglichkeit mehr, die effektive Arbeitszeit und damit die effektiven Arbeitsausfälle in rechtsgenügender Weise zu ermitteln.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Rückforderung der gesamten ihr ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung sei unverhältnismässig. Die Zahl der effektiv gearbeiteten Stunden lasse sich ohne Weiteres anhand der vorhandenen Unterlagen - der EDV-Ausdrucke der Zeiterfassung, der von den Mitarbeitern unterzeichneten Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie der in den einzelnen Personaldossiers vorhandenen Arztzeugnisse und Unfallmeldungen - bestimmen. Damit seien die Arbeitszeit und die geltend gemachten Arbeitsausfälle rechtsgenügend dokumentiert und ausreichend überprüfbar. Die Vorinstanz sei denn auch in der Lage gewesen, aufgrund der eingereichten und vorgelegten Belege die Abrechnungen lückenlos und detailliert zu prüfen und die Unzulänglichkeiten in Beilagen 1 und 2 der Revisionsverfügung zu bezeichnen. Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang auch, dass sie selbstverständlich die notwendigen Korrekturen selbst vorgenommen hätte, wenn die Vorinstanz sie aufgefordert hätte, Klarheit zu schaffen, wozu sie von der Vorinstanz aber keine Gelegenheit erhalten habe. Die Rückforderung der gesamten ihr ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung sei auch deshalb unverhältnismässig, weil berücksichtigt werden müsse, dass sie im Zusammenhang mit der Abrechnung der

Kurzarbeitsentschädigung Neuland betreten habe. Der für die Abrechnung der Kurzarbeit zuständige Leiter Personal und Finanzen habe bis zum Dezember 2008 über keine praktischen Erfahrungen oder speziellen Kenntnisse im Zusammenhang mit der Abrechnung von Kurzarbeit verfügt, sondern sich sämtliches Know-how in diesem Zusammenhang erst erarbeiten müssen. Er habe die monatlichen Abrechnungen entsprechend seinem Kenntnisstand vorgenommen und der zuständigen Stelle eingereicht. Die Beschwerdeführerin sei somit nach bestem Wissen und Gewissen vorgegangen und habe nie etwas verheimlichen oder ihr nicht zustehende Leistungen beanspruchen wollen.

### **E. 5.1**

Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, jederzeit zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes einzelnen Arbeitnehmers festzustellen. Dies entbindet die Verwaltung nicht davon, bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Firma Gelegenheit zu geben, diese Zweifel zu entkräften. Indessen obliegt es nicht der Vorinstanz, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede zur Kurzarbeit angemeldete Person und für jeden Tag individuell zu beweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten. Die Beweislast liegt indessen eindeutig beim Arbeitgeber (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-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). 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. die prozessuale Formstrenge exzessiv und durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1, mit Verweis auf BGE 130 V 183 E. 5.4.1).

### **E. 5.2**

Im vorliegenden Fall kann der Nachweis der effektiv gearbeiteten oder anderweitig nicht als Ausfallstunden geltenden Arbeitszeit einerseits und der Kurzarbeit andererseits nicht mehr erbracht werden, weil die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Belege keine beweistaugliche Arbeitszeitkontrolle darstellen. Die Folgen dieser Beweislosigkeit hat die Beschwerdeführerin zu tragen, da sie die Beweislast für die von ihr gegenüber der Arbeitslosenkasse geltend gemachten Arbeitsausfälle trägt.

### **E. 5.3**

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

### **E. 6**

Im Ergebnis ist demnach davon auszugehen, dass die von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen im Zeitraum von Dezember 2008 bis November 2010 mangels eines bestimmbaren Arbeitsausfalls und einer ausreichend kontrollierbaren Arbeitszeit

insgesamt nicht tauglich sind. Damit erweisen sich die der Beschwerdeführerin ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigungen als unrechtmässig erbrachte Leistungen, die von der Vorinstanz zu Recht vollumfänglich zurückgefordert wurden. Insgesamt erweist sich die Beschwerde daher als unbegründet, weshalb sowohl das Haupt- wie auch das Eventualbegehren der Beschwerdeführerin abzuweisen sind.

#### **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 beläuft sich die Gerichtsgebühr bei einem Streitwert von Fr. 1 Mio. bis Fr. 5 Mio. auf Fr. 7'000.- bis Fr. 40'000.- (Art. 4 VGKE). Die Gerichtsgebühr ist daher auf Fr. 9'000. festzusetzen. Die Verfahrenskosten sind mit dem von der Beschwerdeführerin am 19. September 2011 geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen.

#### **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.