

BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018

Bundesverwaltungsgericht, 2018-03-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6609_2016

FR: TAF B-6609/2016 du 7 mars 2018

IT: TAF B-6609/2016 del 7 marzo 2018

Regeste

Arbeitslosenversicherung

Erwägungen

E. 1.1

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 23. September 2016, mit welchem die Revisionsverfügung (...) vom (...) bestätigt wurde. Der angefochtene Entscheid stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 VwVG dar. Verfügungen der Vorinstanz unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 101 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 VwVG sowie Art. 31 und Art. 33 Bst. d VGG). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist somit gegeben.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin des angefochtenen Einspracheentscheids durch diesen besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG; Art. 59 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 [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; 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 sind erfüllt (Art. 47 ff. VwVG).

E. 1.4

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 2.1

Soweit das ATSG anwendbar ist, findet das VwVG in Sozialversicherungssachen keine Anwendung (Art. 3 Bst. dbis VwVG). Die Bestimmungen des ATSG sind auf die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung anwendbar, soweit das AVIG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht (Art. 1 Abs. 1 AVIG).

E. 2.2

Die Beschwerdeführenden können im Rahmen des Beschwerdeverfahrens die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids rügen (Art. 49 VwVG).

E. 3

Die Beschwerdeführerin macht vorab eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend. Namentlich sei die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nicht nachgekommen. Aus der Verfügung sei nicht ersichtlich, auf welche Fundstellen bzw. Unterlagen die Vorinstanz sich beziehe, und es seien keine Beilagen angefügt gewesen. Indem die Vorinstanz den Umfang der Arbeitgeberkontrolle nicht vorgängig angekündigt habe, habe sie ihr keine Gelegenheit gegeben, die erforderlichen Beweismittel rechtzeitig bei ihrem Treuhänder einzuholen. Die nachgereichten Unterlagen seien daher zu Unrecht nicht berücksichtigt worden.

E. 3.1

Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 ff. VwVG sowie Art. 42 ATSG). Dieses dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Die Betroffenen sollen sich vor Erlass des Entscheids zur Sache äussern, erhebliche Beweise beibringen, an der Erhebung von Beweisen mitwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern können, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1; 127 I 54 E. 2b). Die Behörde muss die Vorbringen der Parteien tatsächlich hören, prüfen und in der Entscheidungsfindung berücksichtigen (Art. 32 VwVG). Die Begründung muss deshalb zumindest kurz die wesentlichen Überlegungen nennen, von denen die entscheidende Behörde sich hat leiten lassen und auf die sie ihren Entscheid stützt (vgl. BGE 138 I 232 E. 5.1; Urteile des BVGer B-822/2016 vom 24. August 2017 E. 5.5.1 und B-2686/2008 vom 5. Mai 2011 E. 3.1). Dagegen wird nicht verlangt, dass sich die Begründung mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2; Michele Albertini, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, 2000, S. 402 ff. m.H.). Leichtere Verletzungen des rechtlichen Gehörs können unter bestimmten Voraussetzungen im Rechtsmittelverfahren geheilt werden (vgl. Gerold Steinmann, in: *Die schweizerische Bundesverfassung*, St.Galler Kommentar, 3. Aufl. 2014, Art. 29 N. 59).

E. 3.2

Im vorliegenden Fall ist eine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vorinstanz nicht ersichtlich. Sowohl in der Revisionsverfügung als auch im Einspracheentscheid werden die wesentlichen Überlegungen genannt, von denen die Behörde sich hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Zudem hat sich die Vorinstanz sowohl im Einspracheentscheid als auch in ihrer Vernehmlassung im vorliegenden Beschwerdeverfahren mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin sofern stichhaltig und rechtlich relevant hinreichend auseinandergesetzt. Soweit die Beschwerdeführerin behauptet, die von ihr nachgereichten Unterlagen seien nicht berücksichtigt worden, kann ihr daher nicht gefolgt werden. Die Vorinstanz hat diese sehr wohl zur Kenntnis genommen, jedoch als nicht beweistauglich erachtet. Ob diese Auffassung zutrifft, ist eine materielle Frage, keine Frage des rechtlichen Gehörs (vgl. hiernach E. 4.3). Inwiefern die

Beschwerdeführerin aus ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör eine Pflicht der Vorinstanz ableiten können sollte, die Arbeitgeberkontrolle bzw. deren genauen Prüfumfang vorgängig anzukünden, ist unerfindlich und wird von ihr auch nicht dargetan.

E. 3.3

Die Rüge der Beschwerdeführerin, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt, erweist sich demnach als offensichtlich unbegründet.

E. 4

Umstritten und zu prüfen ist vorliegend, ob die Rückforderung der für die Monate Januar und Februar (...) sowie Februar (...) ausbezahlten Schlechtwetterentschädigungen in der Höhe von insgesamt Fr. 359'295.50 rechtmässig erfolgte.

E. 4.1

Das sozialversicherungsrechtliche Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Danach hat die Verwaltung und im Beschwerdeverfahren das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des erheblichen Sachverhalts zu sorgen und dazu, soweit nötig, Beweis zu erheben (Art. 12 VwVG; Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 Bst. c ATSG; vgl. BGE 136 V 376 E. 4.1.1; Patrick Krauskopf/Katrin Emmenegger/Fabio Babey, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 12 N. 16 ff.). Der Untersuchungsgrundsatz ändert hingegen nichts an der Beweislast, wonach grundsätzlich diejenige Partei die Folgen der Beweislosigkeit eines Sachumstands zu tragen hat, die daraus Vorteile ableiten will (Art. 8 ZGB; vgl. Christoph Auer, in: Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 12 Rz. 5 f., Art. 13 Rz. 1 ff., 10 ff.; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 1.49 ff. und 3.119 ff.). Folglich liegt im Sozialversicherungsverfahren die objektive Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen - vorliegend für die geltend gemachten Arbeitsausfälle - bei der Leistungsansprecherin (Art. 47 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 3 und Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sowie Art. 46b Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983, AVIV, SR 837.02]; vgl. BGE 121 V 204 E. 6a; Urteile des BGer 8C_334/2013 vom 15. November 2013 E. 2 und 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5; Urteile des BVGer B-3364/2011 vom 14. Juni 2012 E. 2; B-4571/2011 vom 24. April 2012 E. 5.2 und B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 3.6; Thomas Locher/Thomas Gächter, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl. 2014, § 70 Rz. 56). Zwar muss die Behörde bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Arbeitgeberin die Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften. Es liegt aber nicht an der Aufsichtsbehörde, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell nachzuweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten (vgl. Urteil des BGer C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-3778/2009 vom 23. August 2011 E. 3.6).

E. 4.2

Im Sozialversicherungsprozess hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu

folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (vgl. BGE 138 V 218 E. 6 m.H.). Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung sind Beweise frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, umfassend und pflichtgemäss zu würdigen (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]; vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2).

E. 4.3

Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, haben unter gesetzlich definierten Voraussetzungen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 65 AVIV). Keinen Anspruch auf Kurzarbeits- oder Schlechtwetterentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 42 Abs. 3 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus, die der Arbeitgeber während fünf Jahren aufzubewahren hat (Art. 46b AVIV; vgl. Urteil 8C_469/2011 E. 5). Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche vom SECO geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen werden durch die Ausgleichsstelle verfügt, während das Inkasso der Arbeitslosenkasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 Abs. 2 AVIV).

E. 4.3.1

Gemäss langjähriger und konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts wird dem Erfordernis der rechtsgenügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle - vorbehältlich ganz besonderer, hier nicht gegebener, Umstände (vgl. hierzu Urteil des EVG C 59/01 vom 5. November 2001) - ausschliesslich mit einer täglich fortlaufenden, zeitgleichen Arbeitszeiterfassung Genüge getan (vgl. Urteile des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4; Urteil 8C_469/2011 E. 6.2.1.2; Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 3.2.1 m.H.). Unter einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung versteht man ein System, bei welchem die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag und Arbeitnehmer in hinreichend verlässlichen Belegen wie Zeiterfassungskarten, Stunden-, Regie- oder Reiserapporten fortlaufend festgehalten werden (vgl. Urteil 8C_469/2011 E. 6.2.1.2; Urteile des BVGer B-3778/2009 E. 3.3 f. und B-4632/2011 vom 6. März 2012 E. 5; Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, 3. Aufl. 2016, S. 2404 Rz. 462 m.H.). Die gearbeiteten Stunden müssen keineswegs zwingend mit einem elektronischen System erfasst werden, weshalb auch nicht argumentiert werden könnte, die geforderte Zeiterfassung sei etwa Kleinbetrieben nicht zuzumuten. Wesentlich ist allein, dass die Dokumentierung ausreichend detailliert und zeitgleich erfolgt (vgl. Urteil 8C_469/2011 E. 6.2.1.2; Urteile C 269/03 E. 3.1 und C 35/03 E. 4; Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 5). Zeitgleich ist eine Arbeitszeiterfassung dann, wenn die Einträge nicht beliebig nachträglich abgeändert werden können, ohne dass dies im System vermerkt wird. Eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst nachträglich erstellt wurden (Urteile des BVGer B-1911/2014 vom 10. Juli 2015 E. 6.2.1 und B-2909/2012 vom 3. September 2013 E. 6.1 je m.H.). Entscheidend ist sodann die jederzeitige Kontrollierbarkeit: Eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der

Arbeitslosenversicherung muss sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten jedes Arbeitnehmenden und den schlechtwetterbedingten Arbeitsausfall machen können (vgl. Urteil C 66/04 E. 3.2; Urteile B-1911/2014 E. 6.2.1 sowie B-1946/2014 E. 5; Barbara Kupfer Bucher, in: Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl. 2013, Kap. 4. zu Art. 31 AVIG, S. 205 f.). Eine Arbeitszeitkontrolle kann im Zusammenhang mit der Prüfung eines wetterbedingten Arbeitsausfalls nur dann beweistauglich sein, wenn sie - abgesehen von vereinzelt Fehlern - keine Unstimmigkeiten aufweist (vgl. Urteil des BGer 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2).

E. 4.4

Bei den von der Beschwerdeführerin nachträglich ins Recht gelegten Tages- und Monatsrapporte in Excel-Format handelt es sich offensichtlich nicht um Arbeitszeiterfassungsbelege im Sinne der dargelegten Rechtsprechung. Die Excel-Listen führen zwar für jeden Arbeitnehmer und Kalendermonat u.a. die Anzahl gearbeiteter Stunden, Überstunden, Stunden an Samstagen, ferien-, unfall- oder krankheitsbedingte Abwesenheiten sowie Schlechtwetterausfälle auf. Nicht ersichtlich ist hingegen, wer diese Listen, zu welchem Zeitpunkt und gestützt auf welche Grundlagen erstellt hat, sowie, ob bzw. welche Änderungen an den Zeiterfassungen vorgenommen wurden. Es fehlt den Unterlagen insbesondere am Erfordernis der täglich fortlaufenden Aufzeichnung. Anhaltspunkte für eine zeitgleiche Erfassung sind nicht ersichtlich. Die Vorinstanz hat diese Excel-Listen dementsprechend zu Recht als beweisuntauglich erachtet. Andere betriebliche Unterlagen, anhand welcher eine Kontrolle oder zumindest eine Plausibilisierung der geltend gemachten wetterbedingten Ausfallstunden möglich wäre, liegen nicht vor. Die Frage, ob die anlässlich der Arbeitgeberkontrolle eingesehenen handschriftlichen Rapporte die eigentlichen Quelldaten und somit eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung darstellen würden, kann hier offen gelassen werden, weil sich die Beschwerdeführerin ausdrücklich und ohne sachlich nachvollziehbaren Grund geweigert hat, diese der Vorinstanz zwecks einer eingehenderen Kontrolle herauszugeben.

E. 4.5

Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, dass der Nachweis der wegen Schlechtwetter ausgefallenen Arbeitsstunden anhand der vorliegenden Unterlagen nicht in rechtsgenügelicher Weise erbracht worden ist. Die Folgen dieser Beweislosigkeit hat die Beschwerdeführerin zu tragen. Die Vorinstanz hat die Schlechtwetterentschädigungen für die hier in Frage stehenden Monate somit zu Recht aberkannt.

E. 5.1

Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i. V. m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Der Rückforderungsanspruch erlischt mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung (Art. 25 Abs. 2 Satz 1 ATSG). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig, ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist sowie der Versicherungsträger eine Wiedererwägung erlässt (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. Urteil 8C_469/2011 E. 2.1; Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006

E. 1.2). Zweifellos unrichtig ist eine Leistungszusprechung, wenn sie erwiesenermassen gesetzeswidrig ist. Nicht die Grobheit des Fehlers ist entscheidend. Massgebend muss vielmehr das Ausmass der Überzeugung sein, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Es darf kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass eine Unrichtigkeit vorliegt (vgl. BGE 126 V 399 E. 2b/bb). Zu Unrecht ausbezahlte Schlechtwetterentschädigungen fordert die Kasse vom Arbeitgeber zurück. Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmenden ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 AVIG).

E. 5.2

Im vorliegenden Fall erweist sich die Zusprechung von Schlechtwetterentschädigung für die im Zeitraum von Januar und Februar (...) sowie Februar (...) geltend gemachten Arbeitsausfälle im Umfang von Fr. 359'295.50 als zweifellos unrichtig. Da die Rückforderungssumme unbestrittenermassen erheblich ist, war das wiedererwägungsweise Zurückkommen der Vorinstanz auf die Leistungszusprechung im Rahmen der Revision der Auszahlungen rechtens.

E. 6

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde betreffend die Rückforderung der Schlechtwetterentschädigungen als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 7

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 BVGer B-3996/2013 vom 27. Mai 2014 E. 11.1 m.H.). Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Stehen - wie vorliegend - Vermögensinteressen auf dem Spiel, bemisst sich die Gerichtsgebühr grundsätzlich nach dem Streitwert sowie nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 2 i.V.m. Art. 4 VGKE). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren Verfahrenskosten von Fr. 7'000.- aufzuerlegen.

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.