

# **BVGer B-741/2020 vom 28. Juni 2022**

Bundesverwaltungsgericht, 2022-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-741\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-741_2020)

FR: TAF B-741/2020 du 28 juin 2022

IT: TAF B-741/2020 del 28 giugno 2022

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 9. Januar 2020. Der angefochtene Entscheid ist eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021). 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]). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist somit gegeben.

#### **E. 1.1**

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; vgl. 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 Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 VwVG; vgl. Art. 60 ATSG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist demzufolge grundsätzlich einzutreten.

#### **E. 1.2**

Nicht weiter einzugehen ist auf das Rechtsbegehren 1, es sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen oder nicht zu entziehen. Wie die Beschwerdeführerin dazu selbst ausführt und auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Zwischenverfügung vom 13. Februar 2020 festgehalten hat, kommt der Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 100 Abs. 4 AVIG e contrario i.V.m. Art. 55 Abs. 1 und 5 VwVG).

#### **E. 1.3**

Nicht einzutreten ist auf das Rechtsbegehren 4 (Aufhebung der Revisionsverfügung vom 18. November 2019), da die Revisionsverfügung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Sie wurde durch den angefochtenen Einspracheentscheid vom 9. Januar 2020 ersetzt und gilt im vorliegenden Verfahren als mitangefochten (vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4; 129 II 438 E. 1).

#### **E. 1.4**

Ebenso ist nicht einzutreten auf das im Rechtsbegehren 5 hauptsächlich gestellte Feststellungsbegehren, dass die Beschwerdeführerin keine Versicherungsleistungen unrechtmässig bezogen habe. Feststellungsbegehren sind zu Gestaltungs- und Leistungsbegehren subsidiär; solche Begehren stellt die Beschwerdeführerin mit Ziffer 3 ihrer Anträge und mit einem Teil ihrer Eventualbegehren. Für ein separates Feststellungsinteresse besteht kein Raum.

### **E. 1.5**

Schliesslich ist auch auf den ebenfalls im Rechtsbegehren 5 gestellten Antrag auf Erlass der Rückerstattung nicht einzutreten. Die Beurteilung des Erlassgesuchs fällt nicht in die Kompetenz des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 119 Abs. 3 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02]). Im Einspracheentscheid hat die Vorinstanz angekündigt, sie werde ab Rechtskraft ihres Entscheids das von der Beschwerdeführerin gestellte Erlassgesuch an die zuständige Arbeitslosenkasse weiterleiten. Es ist davon auszugehen, dass dies weiterhin geschehen wird. Ansonsten wäre es der Beschwerdeführerin unbenommen, ein Erlassgesuch an die Arbeitslosenkasse zu richten, welche dieses der kantonalen Amtsstelle zur Beurteilung unterbreitet (zu den Voraussetzungen und zum Verfahren vgl. Urteil des BVGer B-664/2017 vom 7. März 2019 E. 7).

### **E. 2**

Der Rückforderungsbetrag von Fr. 50'025.20 setzt sich aus verschiedenen von der Vorinstanz aberkannten Einzelstunden zusammen, die in den Beilagen zur Revisionsverfügung detailliert wiedergegeben werden. Darauf ist zu verweisen. Die aberkannten Stunden zerfallen in zwei Kategorien: Einerseits wurden für alle Mitarbeitenden sämtliche geltend gemachten Schlechtwetterstunden der Monate Januar bis März 2016 (insgesamt 1027.5 Stunden) und für B. \_\_\_\_\_ überdies die Schlechtwetterstunden für Februar 2018 und Januar 2019 (insgesamt 119.5 Stunden, wobei deren 53.5 auch aufgrund Unfalls abzuerkennen seien) aberkannt, weil dafür an der Arbeitgeberkontrolle (noch) keine Stundenrapporte vorlagen. Hierbei handelt es sich um die von der Beschwerdeführerin anlässlich der Einsprache eingereichten Unterlagen, die der Geschäftsführer (angeblich) im Keller seiner geschiedenen Ehefrau aufgefunden hat. Andererseits wurden diverse andere Stunden aufgrund verschiedener Mängel aberkannt (insgesamt 534.5 Stunden). Für diese Mängel räumt die Beschwerdeführerin jeweils ein, dass ihr ein Fehler bei der Abrechnung unterlaufen sei. Sie bestreitet die Aberkennung nicht (vgl. Rz. 56, 59, 64 f. und 76 f. der Einsprache; Rz. 45, 48 f. und 53 f. der Beschwerde), stellt sich aber auf den Standpunkt, dass die Rückforderung nicht erheblich sei.

### **E. 3**

Im Wesentlichen ist nach dem vorstehend in Erwägung 2 Gesagten zweierlei umstritten und zu prüfen: Einerseits, für die Stunden der Kategorie 1, ob die Vorinstanz zur Beurteilung des Arbeitsausfalls bei der Beschwerdeführerin zu Recht nicht auf die von dieser nachträglich eingereichten Unterlagen abgestellt hat und andererseits, für die Stunden der Kategorie 2, ob die Vorinstanz die Fehlbeträge beim Arbeitsausfall zu Recht als erheblich beurteilt hat oder ob sie von einer Rückforderung hätte absehen sollen. Gegen die Nichtberücksichtigung der nachgereichten Unterlagen bringt die Beschwerdeführerin verschiedene Rügen vor, die aber zusammenhängen und demnach gemeinsam zu behandeln

sind: Zunächst ist die Praxis zu den nachgereichten Unterlagen darzulegen (E. 4.3), anschliessend ist zu beurteilen, ob die Vorinstanz die Praxis korrekt angewandt hat, ob sie dadurch das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt hat (E. 4.5) oder ob die übrigen von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten Argumente ein Abweichen von der Praxis rechtfertigen (E. 4.6 und 4.7). Abschliessend ist die zweite Frage zur Rückforderbarkeit (Erheblichkeit) eines allfälligen Fehlbetrags zu beantworten (E. 5).

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, die Vorinstanz hätte die nachgereichten Unterlagen berücksichtigen müssen. Sie erblickt zunächst eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts darin, dass die Vorinstanz auf die Unterlagen nicht abgestellt hat. Der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe den Überblick über die Administration aus den Augen verloren und sei durch die Kontrolle zusätzlich in Stress geraten. Nur deshalb habe er sich nicht an die gegenständlichen Unterlagen erinnert und unterschriftlich bestätigt, diese seien bereits weggeworfen oder (im Falle von B. \_\_\_\_\_) gar nie erstellt worden. Als er sich dann daran erinnert habe, dass die Unterlagen sich im Keller seiner ehemaligen Ehefrau befinden könnten, sei es bereits zu spät gewesen, dies der Vorinstanz zu melden, da die Revisionsverfügung bereits ergangen sei. Daher habe er dies im Rahmen der Einsprache vorgebracht und die entsprechenden Rapporte dann eingereicht. Die Erklärung des Geschäftsführers sei offensichtlich im Irrtum erfolgt und die nachgereichten Unterlagen seien zu berücksichtigen, womit sich die Arbeitsausfälle als kontrollierbar erwiesen. Sodann rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die sie in der Tatsache erblickt, dass die Vorinstanz einerseits sich nicht mit ihren Vorbringen zur Authentizität der nachgereichten Unterlagen auseinandergesetzt und andererseits auch entgegen ihrem Beweisantrag den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin nicht befragt habe. Schliesslich habe die Vorinstanz Recht verletzt, indem sie den angeblichen Irrtum des Geschäftsführers nicht erkannt, die Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle verneint sowie der Beschwerdeführerin keine angemessene Frist zur Entkräftung allfälliger Zweifel eingeräumt habe.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz merkt zu den Vorbringen der Beschwerdeführerin an, dass sie die Arbeitgeberkontrollen nicht überraschend durchführe, sondern der Termin zwei bis drei Wochen im Voraus telefonisch angekündigt werde und der betroffene Arbeitgeber aufgefordert werde, sämtliche betrieblichen Unterlagen bezüglich der zu prüfenden Schlechtwetterentschädigung bereit zu halten oder anzugeben, wo diese eingesehen werden könnten. Dies sei so auch bei der Beschwerdeführerin geschehen. Sodann führt die Vorinstanz aus, dass sich die anlässlich der Kontrolle gemachten Aussagen der Beschwerdeführerin mit den vorgefundenen Akten deckten; dagegen sei das nachträgliche Auftauchen der vormals fehlenden Akten, wie im Einspracheentscheid ausgeführt, unglaubwürdig. So sei nicht wahrscheinlich, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin sich nicht mehr an die Unterlagen erinnerte, die er selbst über Jahre hinweg konstant im Keller der entsprechenden Liegenschaft abgelegt haben wollte; der Widerspruch der Aussagen zu den vorgefundenen Akten, die unterschriftliche Bestätigung und die Tatsache, dass es sich bei den ursprünglich gemachten Aussagen um (typischerweise zuverlässigere) Angaben der ersten Stunde gehandelt habe, würden ebenfalls gegen die Authentizität der nachgereichten Unterlagen sprechen. Ihre Sachverhaltsfeststellung sei damit vollständig und korrekt gewesen. Auch seien die

Aussagen der Beschwerdeführerin zum Irrtum ihres Geschäftsführers widersprüchlich und unglauwürdig. Nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit habe sie zu Recht nicht von einem Irrtum ausgehen und sich entsprechend auf die Aussagen des Geschäftsführers abstützen können.

### **E. 4.3**

Zur hier von der Beschwerdeführerin aufgeworfenen Frage der (angeblich) nachträglich aufgefundenen Unterlagen besteht eine gefestigte Praxis des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts, die im Folgenden dargestellt wird.

#### **E. 4.3.1**

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechten Wetters und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers garantieren (Art. 1a Abs. 1 AVIG).

#### **E. 4.3.2**

Arbeitnehmende in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, haben unter gesetzlich definierten Voraussetzungen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 1 AVIG). Da die Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, haben indes selbst bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen jene Arbeitnehmenden keinen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, 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). Durch den Verweis auf die Regelungen zur Kurzarbeitsentschädigung ist anerkannt, dass die dort entwickelten Grundsätze auch auf das Verfahren der Schlechtwetterentschädigung anwendbar sind (vgl. BGE 113 V 74 E. 3c). Die ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 AVIV).

#### **E. 4.3.3**

Nach ständiger Rechtsprechung kann dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle grundsätzlich nur mit einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von wetterbedingten Arbeitsausfällen betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan werden. Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllt, ist ein System zu verstehen, bei dem mindestens täglich durch die Mitarbeitenden selbst oder durch eine Vorgesetzte oder einen Vorgesetzten die gearbeitete Zeit eingegeben wird. Die gearbeiteten Stunden müssen nicht elektronisch erfasst werden. Wesentlich sind die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung (vgl. Urteile des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2; des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4; des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 5). Um der Anforderung der zeitgleichen Dokumentierung zu genügen, dürfen die Einträge nicht beliebig nachträglich abänderbar sein, ohne dass dies im System vermerkt wird. Eine rechtsgenügeliche Arbeitszeiterfassung kann daher generell nicht durch nachträglich erstellte Dokumente ersetzt werden (vgl. Urteil des BVGer B-1911/2014 vom 10. Juli 2015 E. 6.2.1).

#### **E. 4.3.4**

Massgebend ist sodann, dass die betriebliche Arbeitszeitkontrolle jederzeit kontrollierbar ist: Eine Fachperson der Ausgleichsstelle muss sich innert angemessener Frist ein

hinlänglich klares Bild über den Arbeitsausfall machen können (Urteile 8C\_469/2011 E. 5; B-664/2017 E. 2.3). Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen ermöglichen, möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes und jeder einzelnen Arbeitnehmenden feststellen zu können (vgl. Urteile des BVGer B-1911/2014 E. 6.2.1, B-1946/2014 E. 5 und B-3996/2013 vom 27. Mai 2014 E. 6.1.1 ff.). Eine Arbeitszeitkontrolle kann nach der Rechtsprechung weiter nur dann beweistauglich sein, wenn sie keine systematischen Unstimmigkeiten aufweist, wenn sie also - abgesehen von einzelnen Fehlern, welche immer vorkommen können - korrekt ist (vgl. Urteil des BGer 8C\_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2; des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.3). Die Ausgleichsstelle muss nicht die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell nachweisen. Hingegen muss die Ausgleichsstelle bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle den Arbeitgebern Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften (vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteile des BVGer B-6609/2016 E. 4.1; B-3778/2009 vom 23. August 2011 E. 3.6).

#### **E. 4.3.5**

Die Arbeitszeitkontrolle ist eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung (*condition de fond*; vgl. Urteile des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 3.2, B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2 und B-1911/2014 E. 3, je m.w.H.). Folglich obliegt der Arbeitgeberin, die den Anspruch ihrer Arbeitnehmenden geltend macht (Art. 47 Abs. 1 AVIG), die objektive Beweislast hinsichtlich der zur Beurteilung der Anspruchsberechtigung und Berechnung der Entschädigung erforderlichen Unterlagen, welche sie fünf Jahre aufzubewahren hat (Art. 47 Abs. 3 Bst. a AVIG i.V.m. Art. 42 Abs. 3 und Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG sowie Art. 46b Abs. 2 AVIV; vgl. Urteile des BGer 8C\_276/2019 vom 23. August 2019 E. 3.1; 8C\_26/2015 vom 5. Januar 2015 E. 2.3, je m.w.H.; des BVGer B-2310/2020 vom 27. Dezember 2021 E. 2.1; B-6609/2016 E. 4.1, B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.3).

#### **E. 4.3.6**

Insbesondere besteht eine etablierte und bestätigte Praxis zur Beurteilung nachgereichter Unterlagen mit Blick auf die in solchen Konstellationen erhöhte Missbrauchsgefahr. Solche sind nur zu berücksichtigen, wenn ihre Authentizität offensichtlich gegeben ist (Urteil B-4689/2018 E. 2.5.3). Ansonsten gelten sie als untauglich zum Nachweis der Arbeitsausfälle. Aus kontrolltechnischer Sicht kann bei nachträglich eingereichten Dokumenten in der Regel nicht mehr von hinreichender Authentizität ausgegangen werden, da sie nicht oder kaum von nachträglich erstellten Dokumenten unterschieden werden können und insofern objektiv keine Gewissheit erlangt werden kann, dass solche Aufzeichnungen das Kriterium der Zeitgleichheit erfüllen (vorstehend E. 4.3.3). Demnach kommt ihnen kein ausreichender Beweiswert zu (vgl. BVGE 2021 V/2 E. 3.5.3 m.w.H.). Ebenso sind nachträgliche Befragungen von Mitarbeitenden ausgeschlossen, da auch bei ihnen nicht zu erwarten ist, dass sie sich ausreichend präzise an die genauen Arbeitszeiten erinnern (vgl. Urteil des EVG C 299/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b; des BVGer B-4226/2019 vom 25. Mai 2021 E. 6.2). Als formelle Beweisvorschrift kommt diesem Erfordernis ein hohes Gewicht zu und es ist praxisgemäss nur dort davon abzuweichen, wo ein Festhalten daran überspitzt formalistisch wäre (vgl. Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1).

## **E. 4.4**

Diese Praxis hat die Vorinstanz korrekt auf den vorliegenden Fall angewandt.

### **E. 4.4.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Unterlagen anlässlich der Arbeitgeberkontrolle nicht vorgewiesen wurden, sondern sie diese erst in der Einsprache, mithin nachträglich, einreichte. Es ist demnach grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz praxismässig die Unterlagen, die der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin im Keller seiner geschiedenen Ehefrau gefunden haben will, als nicht ausreichend beweistauglich erachtete, gestützt darauf zum Schluss kam, die Arbeitsausfälle seien nicht nachgewiesen (vorstehend E. 4.3.2) und damit einen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung verneinte.

### **E. 4.4.2**

Es kann zudem keine Rede davon sein, dass die nachgereichten Unterlagen offensichtlich authentisch sind. Die diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz überzeugen (vorstehend E. 4.2; nachstehend E. 4.5.5 ff. und 4.6.2).

### **E. 4.4.3**

Ein Abweichen von der Praxis wäre nach dem Gesagten nur dann geboten, wenn das Vorgehen der Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzte oder die Anwendung der Praxis im Einzelfall als überspitzt formalistisch erschiene.

## **E. 4.5**

Zunächst ist die formelle Rüge der Gehörsverletzung zu prüfen (BGE 141 V 557 E. 3). Die Beschwerdeführerin erblickt die Gehörsverletzung, wie ausgeführt, darin, dass die Vorinstanz festgestellt habe, es könne nicht beurteilt werden, ob die nachgereichten Stundenrapporte authentisch, nacherstellt oder manipuliert seien. Sie, die Beschwerdeführerin, habe nämlich in ihrer Einsprache dargelegt, dass die Rapporte echt seien und ihr Geschäftsführer diese nachträglich aufgefunden habe. Mit diesen Vorbringen habe die Vorinstanz sich nicht auseinandergesetzt und trotz eines entsprechenden Beweisantrags ihren Geschäftsführer nicht befragt.

### **E. 4.5.1**

Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Rechtsunterworfenen Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieses dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Es vermittelt insbesondere einen Anspruch auf Äusserung zur Sache vor Fällung des Entscheids, auf Abnahme der erheblichen, rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweise und auf Mitwirkung an der Erhebung von Beweisen oder zumindest auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (vgl. BGE 140 I 99 E. 3.4; 135 II 286 E. 5.1, je m.w.H.), mithin das Recht der Betroffenen, an der Erhebung wesentlicher Beweise mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (vgl. BGE 142 I 86 E. 2.2; 135 I 187 E. 2.2, je m.w.H.). Dem Mitwirkungsrecht entsprechend sind die Behörden grundsätzlich verpflichtet, die ihnen angebotenen Beweismittel abzunehmen, wenn sie zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen. Sie müssen die Vorbringen der Parteien tatsächlich hören, prüfen und in der Entscheidungsfindung berücksichtigen (vgl. BGE 143 V 71 E. 4.1; 138 V 125 E. 2.1; 137 II 266 E. 3.2; 127 I 54 E. 2b; 126 I 97 E. 2b; 124 V 180 E. 1a, je m.w.H.).

#### **E. 4.5.2**

Wesentlicher Bestandteil des verfassungsrechtlichen Gehörsanspruchs ist daher auch die Begründungspflicht. Diese soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheides ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen oder jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2; 124 V 180 E. 1a; Urteil des BVGer B-2909/2012 vom 3. September 2013 E. 3.1, je m.w.H.).

#### **E. 4.5.3**

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin mehrere der Begründungselemente, auf die sie die Authentizität der nachgereichten Unterlagen stützt, erstmals in der Beschwerde vor dem Bundesverwaltungsgericht vorgebracht hat. So war etwa in der Einsprache noch keine Rede vom durch den schlechten Gang der Geschäfte und der Ehe hervorgerufenen Stress; einen Irrtum (im Rechtssinne) machte die Beschwerdeführerin in der Einsprache ebenfalls nicht geltend, sondern verwies bloss darauf, dass sich der Geschäftsführer nicht an die Rapporte erinnert habe. Auch dass die Kontrolle selbst den Geschäftsführer in eine Stresssituation versetzt habe, wird als Grund für die angeblich falsche Erinnerung des Geschäftsführers über den Verbleib der fehlenden Unterlagen nicht in der Einsprache erwähnt. Für die Vorinstanz bestand daher kein Anlass zu einer ausführlichen Auseinandersetzung mit solchen Überlegungen im Einspracheentscheid. Es ist nicht zu beanstanden, wenn sich die Vorinstanz in ihren Ausführungen auf die sich offensichtlich stellenden Rechtsfragen und darüber hinaus bloss auf das in der Einsprache explizit Gerügte bezog. Das rechtliche Gehör verlangt nicht, dass sich die Behörde mit jedem vorgebrachten Argument weitläufig auseinandersetzen müsste (vorstehend E. 4.5.2). Daher versteht sich von selbst, dass es die Behörde a maiore ad minus noch viel weniger dazu verpflichtet, im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ohne entsprechendes Vorbringen Exkurse anzustellen zu vergleichsweise weit hergeholten Rechtsgrundlagen wie die Anwendung der (privatrechtlichen) Irrtumsregeln auf die vorliegenden Erklärungen.

#### **E. 4.5.4**

Die der Vorinstanz vorgeworfene mangelhafte Auseinandersetzung (vorstehend E. 4.5) kann sich demnach nur auf Vorbringen beziehen, welche die Beschwerdeführerin auch tatsächlich in der Einsprache vorgebracht hat. Dort hat sich die Beschwerdeführerin lediglich in Rz. 14 f. mit den Stundenrapporten auseinandergesetzt und dabei gerügt, die Arbeitgeberkontrolle habe ihrem Geschäftsführer nicht die Möglichkeit gelassen, die "nicht sofort gefundenen Stundenrapporte zu suchen oder zu überlegen, wo diese sein könnten" und es sei ihm erst "nach der Kontrolle ... wieder eingefallen, dass die älteren Stundenrapporte sich im Keller seiner geschiedenen Ehefrau befinden müssen, wo diese schliesslich auch aufgefunden werden konnten". Die Vorinstanz gibt diese Ausführungen in ihrem Einspracheentscheid wieder und äussert sich dann auf S. 2 in mehreren Absätzen dazu. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin schreibt sie dabei nicht nur, dass

die Authentizität der nachgereichten Unterlagen nicht beurteilt werden könne. Die Vorinstanz setzt ihre Begründung nach dieser Feststellung nämlich noch fort; sie führt nachvollziehbare Bedenken auf, die an der Authentizität der Unterlagen zweifeln lassen und äussert sich dabei sowohl zu den Unterlagen (sauberere, regelmässige Darstellung der Einträge als in den an der Kontrolle vorgefundenen Rapporten der anderen Perioden), zu den Ausführungen des Geschäftsführers (vorbehaltlose unterschriebene Bestätigung, dass B.\_\_\_\_\_ keine Stundenrapporte für Februar 2018 und Januar 2019 ausgefüllt habe) als auch zu Widersprüchen, die sich daraus ergeben (anlässlich der Kontrolle wurden für B.\_\_\_\_\_ leere Rapporte für diese Perioden vorgewiesen, die nun nachträglich ausgefüllt aufgefunden worden sein sollten). Diese Überlegungen der Vorinstanz sind schon für sich genommen nachvollziehbar. Bereits sie wären eine taugliche Begründung für den Entscheid der Vorinstanz gewesen. Die Vorinstanz legt indes anschliessend dar, dass sie die Frage nach der Authentizität für nicht entscheidend halte, da praxisgemäss ohnehin keine nachgereichten Unterlagen berücksichtigt würden. Auch diese Ausführungen - die damit die eigentliche Hauptbegründung für den gefällten Einspracheentscheid sind - belegt die Vorinstanz ausführlich. Demnach trifft es offensichtlich nicht zu, dass die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin durch eine mangelnde Begründung verletzt hat. Die Tatsache, dass die Behauptungen der Beschwerdeführerin die Vorinstanz nicht zu überzeugen vermochten, begründet für sich allein noch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Der angefochtene Einspracheentscheid gibt der Beschwerdeführerin Auskunft über die Gründe des Entscheids der Vorinstanz und äussert sich nachvollziehbar zur Beweiswürdigung und zum anwendbaren Recht. Er versetzt die Beschwerdeführerin ohne Weiteres in die Lage, ihn sachgerecht anzufechten.

#### **E. 4.5.5**

Eine weitere Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt die Beschwerdeführerin in der Tatsache, dass die Vorinstanz die Unrichtigkeit der nachgereichten Unterlagen angenommen habe, ohne den Geschäftsführer dazu zu befragen (Rz. 65 der Beschwerde). Das rechtliche Gehör und die Untersuchungsmaxime, welche die formelle Beweislast bei der Vorinstanz ansiedelt, verlangen eine Aufklärung des Sachverhalts nur insoweit, als dies entscheidungswesentlich ist (vorstehend E. 4.5.1). Sofern die Vorinstanz eine Tatsache als nicht wesentlich oder aber als bereits hinreichend (gemessen am erforderlichen Beweismass) be- oder widerlegt betrachtet, ist es ihr unbenommen, in antizipierter Beweiswürdigung auf weitere Erhebungen zu verzichten (vgl. BGE 144 II 427 E. 3.1.3). Gleiches gilt im Übrigen im vorliegenden Verfahren auch für das Bundesverwaltungsgericht. Da vorliegend nach dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. BGE 141 V 37 E. 2.2) zu entscheiden war, bedeutet dies, dass die Vorinstanz dann vom Fehlschlagen des Beweises ausgehen durfte, wenn sie die entsprechende Sachverhaltsdarstellung der Beschwerdeführerin nicht für die unter allen möglichen Geschehensabläufen wahrscheinlichste hält (vgl. BGE 144 V 427 E. 3.2). Die Vorinstanz hat nach dem soeben Gesagten ihren Einspracheentscheid hauptsächlich darauf gestützt, dass praxisgemäss nachgereichte Unterlagen überhaupt nicht zu berücksichtigen sind; demnach ist deren Authentizität, welche die Beschwerdeführerin durch die Befragung ihres Geschäftsführers belegen wollte, nach Auffassung der Vorinstanz gar nicht entscheidungswesentlich. Der Verzicht auf weitere Beweismassnahmen, wie eben die beantragte Befragung, erweist sich daher als nachvollziehbar. Darüber hinaus wäre aber selbst dann, wenn es beim Abstützen auf die zweifelhafte Authentizität der nachgereichten Unterlagen geblieben wäre, keine Verletzung des Rechts auf Beweis erkennbar. Die Vorinstanz hat im

Einspracheentscheid darauf hingewiesen, dass und weshalb sie es für sehr unwahrscheinlich halte, dass die Unterlagen echt seien, und worauf sie diese Einschätzung stütze. Damit ist die Beweislage nach dem anwendbaren Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit klar. Weitere Erhebungen erübrigen sich. Insbesondere weil diese Einschätzung der Vorinstanz sich auch schon auf die unmittelbar gemachten und daher grundsätzlich glaubwürdigeren Aussagen des Geschäftsführers stütze, wären von einer (weiteren) Befragung keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten gewesen. Auch die der Eventualbegründung zugrundeliegende Beweiswürdigung der Vorinstanz ist demnach nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.5.6**

Auch vor Bundesverwaltungsgericht gilt das Gesagte unverändert. Der (beweisbelasteten) Beschwerdeführerin ist es durch ihre Vorbringen nicht gelungen, Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung oder der Beweiswürdigung der Vorinstanz aufkommen zu lassen. Entsprechend erübrigen sich auch im gerichtlichen Verfahren die von der Beschwerdeführerin beantragten Partei- und Zeugenbefragungen.

#### **E. 4.5.7**

Die Ansicht der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt, ist demnach unzutreffend. Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren ist der Einspracheentscheid der Vorinstanz. Dieser Entscheid ist ohne jegliche Verletzung eines Teilgehalts des rechtlichen Gehörs zustande gekommen.

#### **E. 4.6**

Es bleibt zu prüfen, ob die Vorinstanz in Anwendung der gefestigten Praxis überspitzt formalistisch die Authentizität der nachgereichten Unterlagen verneint hat.

##### **E. 4.6.1**

Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV) liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt. Wohl sind im Rechtsgang prozessuale Formen unerlässlich, um die ordnungsgemässe und rechtsgleiche Abwicklung des Verfahrens sowie die Durchsetzung des materiellen Rechts zu gewährleisten. Nicht jede prozessuale Formstrenge steht demnach mit Art. 29 Abs. 1 BV im Widerspruch.

Überspitzter Formalismus ist nur gegeben, wenn die strikte Anwendung der Formvorschriften durch keine schutzwürdigen Interessen gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder verhindert (BGE 132 I 249 E. 5; 130 V 177 E. 5.4.1; 116 V 353 E. 3b, je m.w.H.).

##### **E. 4.6.2**

Die Vorinstanz bringt nachvollziehbar vor, dass die von der Beschwerdeführerin nachgereichten Unterlagen inhaltlich auch sauberer und regelmässiger erstellt worden seien. Ebenso seien für den Mitarbeiter B. \_\_\_\_\_ anlässlich der Kontrolle nicht etwa gar keine Unterlagen vorgefunden worden, sondern leere Stundenblätter. Wenn nachträglich Stundenblätter auftauchen, die für den gleichen Mitarbeiter und den gleichen Zeitraum Einträge enthalten, lässt dies erhebliche Zweifel an der Darstellung der Beschwerdeführerin

aufkommen, die Stundenblätter nachträglich erst aufgefunden zu haben. Gerade Fälle wie der vorliegende belegen, dass die relativ strengen formellen Anforderungen an die Arbeitszeitkontrollen kein reiner Selbstzweck sind, sondern einem legitimen öffentlichen Interesse an der Missbrauchsverhinderung dienen. Das Vorgehen der Vorinstanz erweist sich damit nicht als überspitzt formalistisch.

#### **E. 4.7**

Ebenso wirft die Beschwerdeführerin der Vorinstanz vor, die Vorschriften des Arbeitslosenversicherungsgesetzes falsch angewandt zu haben. Diese habe die Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle verneint, ohne der Beschwerdeführerin eine angemessene Frist zu setzen, und habe ihr zudem keine Gelegenheit gegeben, die Zweifel an der Richtigkeit der Abrechnung zu entkräften.

##### **E. 4.7.1**

Die Beschwerdeführerin entnimmt der Praxis die Aussage, dass die Arbeitszeitkontrolle "innert angemessener Frist ein hinlänglich klares Bild über den Arbeitsausfall" (Urteil B-664/2017 E. 2.3 m.w.H.; vgl. ferner Urteil C 66/04 E. 3.2) zeichnen müsse. Sie erblickt eine Rechtsverletzung darin, dass ihr keine angemessene Frist gewährt worden sei. Mit diesem Einwand verkennt die Beschwerdeführerin den Gehalt der von ihr zitierten Praxis. Zwar spricht die Rechtsprechung tatsächlich von einer angemessenen Frist; es handelt sich aber um eine Frist, innert derer sich eine Fachperson der Ausgleichsstelle ein Bild vom Arbeitsausfall machen können muss (vgl. Urteile C 66/04 E. 3.2; B-664/2017 E. 2.3; B-3996/2013 E. 2.2), was die Beschwerdeführerin im Übrigen durch eine entsprechende Auslassung in der von ihr wörtlich zitierten Passage zu verschleiern versucht. Dies zeigt auf, dass die Auffassung der Beschwerdeführerin in zweierlei Hinsicht an der Praxis vorbeigeht: Erstens dient dieses Erfordernis nicht dazu, eine Frist aufzustellen, sondern die notwendige Klarheit der Zeiterfassung zu definieren: Diese muss in einer Art und Weise erfolgen, dass die (behördliche) Fachperson die Überprüfung speditiv vornehmen kann. Zweitens ist nicht ersichtlich, inwieweit die Beschwerdeführerin aus der Praxis etwas zu ihren Gunsten ableiten könnte, nachdem diese die effiziente Überprüfung durch die Behörden sicherstellen soll. Dass im Falle fehlender Erfassungen die Fachperson sehr schnell feststellen kann, dass die Dokumentation ungenügend ist (weil sie ja eben gar nicht vorhanden ist), liegt in der Natur der Sache. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Revisionsverfügung noch am gleichen Tag erlassen hat.

##### **E. 4.7.2**

Auch die Möglichkeit, allfällig bestehende Zweifel zu entkräften, wurde von der Vorinstanz nicht vereitelt. Wie diese zutreffend ausführt, würde dies voraussetzen, dass überhaupt Zweifel bestehen. Wenn, wie vorliegend, die Arbeitszeiterfassungen völlig fehlen und eine unterschriftliche und vorbehaltlose Bestätigung vorliegt, dass diese gar nicht existierten, gibt es keine Zweifel, die auszuräumen wären. Auch hier ist es nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz keine weiteren Abklärungen vorgenommen hat. Im Übrigen verkennt auch hier die Beschwerdeführerin die von ihr zitierte Praxis: Diese bezieht sich auf Fälle von "begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten (elektronischen) Arbeitszeitkontrolle" (Urteil C 66/04 E. 3.2) und nicht darauf, dass die Vorinstanz zu jeder aberkannten Ausfallstunde oder jeder Beweiswürdigung eine Stellungnahme der Arbeitgeberin einzuholen hätte.

##### **E. 4.7.3**

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin selbst schon mehrere Fehler in nicht vernachlässigbarem Umfang in der Zeiterfassung einräumt. Unter Umständen wären diese bereits für sich genommen geeignet, das Vertrauen in die Richtigkeit der beschwerdeführerischen Zeiterfassung insgesamt zu erschüttern, was zur Aberkennung des Anspruchs auf Schlechtwetterentschädigung führen könnte. Ob diese Grenze überschritten ist, ist vorliegend aber nicht zu entscheiden und kann offenbleiben.

#### **E. 4.8**

Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass die Vorinstanz den Sachverhalt insgesamt vollständig und richtig erstellt und gewürdigt hat, mithin ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs der Beschwerdeführerin und in korrekter Würdigung der Beweismittel. Sie hat die Regeln zur Kontrollierbarkeit des Arbeitslosenversicherungsgesetzes gesetzeskonform und praxisgemäss angewandt.

#### **E. 5.1**

Schliesslich führt die Beschwerdeführerin aus, nach Art. 53 Abs. 2 ATSG könne auf rechtskräftige Verfügungen nur dann zurückgekommen werden, wenn diese zweifellos unrichtig seien und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung sei. Die Leistungszusprache sei nicht unrichtig gewesen, da sie die bemängelten Arbeitsausfälle anhand der nachgereichten Unterlagen habe belegen können. Ausserdem sei die Berichtigung nicht von erheblicher Bedeutung, sondern ihr seien bloss kleine Fehler unterlaufen.

#### **E. 5.2**

Demgegenüber bringt die Vorinstanz vor, die Leistungszusprache sei zweifellos unrichtig und angesichts der grossen Summe sei auch die Erheblichkeit im vorliegenden Fall gegeben.

#### **E. 5.3**

Unrechtmässig bezogene Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG; vgl. Urteile B-664/2017 E. 2.5; B-3996/2013 E. 2.4) und werden durch die Kasse vom Arbeitgeber zurückgefordert (Art. 95 Abs. 2 AVIG). Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmern ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 Satz 2 AVIG; vgl. Urteil B-6609/2016 E. 5.1).

#### **E. 5.4**

Voraussetzung für die Rückforderung ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. Urteile 8C\_469/2011 E. 2.1; C 115/06 E. 1.2). Zweifellos unrichtig ist eine Leistungszusprechung, wenn sie erwiesenermassen gesetzeswidrig ist. Wie die Vorinstanz zutreffend vorbringt, ist nicht die Grobheit des Fehlers entscheidend, sondern das Ausmass der Überzeugung, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Es darf kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass eine Unrichtigkeit vorliegt (vgl. BGE 126 V 399 E. 2b/bb).

#### **E. 5.5**

Die Bestimmbarkeit beziehungsweise ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts eine materiell-rechtliche

Anspruchsvoraussetzung (sog. condition de fond; vorstehend E. 4.3.5; vgl. BVGE 2021 V/2 E. 6; Urteil B-2601/2017 E. 3.1.2 m.w.H.), deren Nichterfüllung, wie vorliegend, die Unrichtigkeit der Leistungszusprache begründet (vgl. Urteil B-1832/2016 E. 4.3.1).

#### **E. 5.6**

Die Reduktion der Rückforderung, welche die Beschwerdeführerin gestützt auf die nachgereichten Unterlagen erzielen möchte, erweist sich demnach als nicht gerechtfertigt. Die Vorinstanz hat diese Unterlagen zu Recht als nicht ausreichend beweistauglich beurteilt, womit der entsprechende Arbeitsausfall als nicht bestimmbar gilt. Die Fehlbeträge, die nicht im Zusammenhang mit den nachgereichten Unterlagen stehen, wurden von der Vorinstanz rechtsgenügend aufgezeigt und werden in der Einsprache (Rz. 56, 59, 68 der Einsprache) und in der Beschwerde (Rz. 45, 48 der Beschwerde) anerkannt.

#### **E. 5.7**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist die Leistungszusprache demnach unrichtig. Auch ist der Umfang der Rückforderung von über Fr. 50'000.- erheblich (vgl. für einen vergleichbaren Betrag BGE 122 V 270 E. 4). Demnach ist die Revisionsverfügung der Vorinstanz zu schützen.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vorinstanz den Sachverhalt korrekt ermittelt hat und dabei weder das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin missachtet noch andere Rechtsverletzungen begangen hat. Sie hat gestützt darauf den Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung der Beschwerdeführerin im umstrittenen Umfang zu Recht verneint und die Rückforderung in der Höhe von Fr. 50'025.20 erweist sich als rechtlich geboten. Die Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin sind demnach gesamthaft abzuweisen, soweit darauf einzutreten war. Der vorinstanzliche Einspracheentscheid wird bestätigt und die vom Bundesverwaltungsgericht festgestellte aufschiebende Wirkung entfällt mit dem vorliegenden Entscheid.

#### **E. 7.1**

Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich dabei um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Urteile des BVGer B-551/2021 vom 29. Dezember 2021 E. 6; B-6609/2016 E. 7). Entsprechend dem Verfahrensausgang hat die unterliegende 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]). Ausgehend vom Streitwert (Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 4 VGKE) und unter Berücksichtigung des Umfangs und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Beteiligten (Art. 63 Abs. 4bis VwVG und Art. 2 Abs. 1 VGKE) werden die Verfahrenskosten auf Fr. 2'000.- festgesetzt.

#### **E. 7.2**

Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario).

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