Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-188/2010

Urteil vom 2. März 2011

Besetzung

Richterin Eva Schneeberger (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Frank Seethaler,
Gerichtsschreiber Michael Barnikol.

Parteien

A._____ AG,
vertreten durch lic. iur. Stefan Wehrenberg, Blum & Grob Rechtsanwälte AG, Neumühlequai 6, Postfach 3954, 8021 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung, Effingerstrasse 31, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung von Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung

Sachverhalt:

A.
Die A._____ AG (Beschwerdeführerin), eine Aktiengesellschaft mit Sitz in X._____, beanspruchte Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen für die Monate Januar 2008 bis Juli 2009.

Im Rahmen einer Arbeitgeberkontrolle überprüfte das Inspektorat Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO (Vorinstanz) am 4. September 2009 die Rechtmässigkeit der ausbezahlten Versicherungsleistungen. Mit Verfügung vom 18. September 2009 stellte es fest, die Beschwerdeführerin habe unrechtmässig Versicherungsleistungen im Umfang von Fr. 123'599.55 bezogen, und verfügte die Rückerstattung dieses Betrags an die B._____ Arbeitslosenkasse. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht hinreichend kontrollierbar sei, hätten keinen Anspruch auf Schlechtwetter- oder Kurzarbeitsentschädigung. Der Arbeitsausfall sei nur dann genügend kontrollierbar, wenn eine betriebliche Zeitkontrolle geführt werde. Der Arbeitgeber müsse diese Unterlagen während fünf Jahren aufbewahren. Im Betrieb der Beschwerdeführerin hielten die Arbeitnehmer die Arbeitszeit handschriftlich in täglich nachgeführten Wochenstundenrapporten fest, welche aber vernichtet worden seien. Nach Aussagen des verantwortlichen Mitarbeiters seien diese Rapporte zwar vorher in Excel-Tabellen übertragen worden, doch stimmten diese nicht mit den Regierapporten überein. Letztere belegten, dass Arbeitnehmer an Tagen, für die wetterbedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht wurden, gearbeitet hätten. Die erhaltenen Regierapporte seien ihrerseits als Arbeitszeitkontrolle untauglich, weil sie nur für eine Minderheit der Arbeitsaufträge geführt worden seien. Die geltend gemachten Arbeitsausfälle könnten lediglich für die im Stundenlohn entschädigten Arbeitnehmer plausibilisiert werden, da diese gekürzte Lohnzahlungen erhalten hätten. Bei den im Monatslohn entschädigten Arbeitnehmern sei dies aber nicht der Fall gewesen.

Die Beschwerdeführerin erhob am 13. Oktober 2009 gegen diese Verfügung Einsprache bei der Vorinstanz.

Die Vorinstanz wies die Einsprache mit Entscheid vom 24. November

2009 ab. Zur Begründung führte sie an, dass die von der Beschwerdeführerin verwendeten Excel-Tabellen als Arbeitszeitkontrolle wertlos seien, da sie nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprächen. Dies ergäbe sich aus Regierapporten, welche der Vorinstanz vorlägen. Es sei ersichtlich gewesen, dass Arbeitnehmer an Tagen, für die wetterbedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht wurden, gearbeitet hätten. Die erhaltenen Regierapporte seien zudem als Arbeitszeitkontrolle untauglich, weil sie nur für eine Minderheit der Arbeitsaufträge geführt worden seien. Zwar stellte die Vorinstanz die Tatsache nicht in Frage, dass der Betrieb Arbeitsausfälle erlitten habe. Die Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen seien jedoch nicht überprüfbar. Die vorgefundenen Regierapporte wiesen auf unrechtmässige Bezüge in unbekanntem Ausmass hin.

B.
Gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz erhob die Beschwerdeführerin am 11. Januar 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, den angefochtenen Entscheid aufzuheben und die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Bezifferung des Rückforderungsanspruchs für zu Unrecht bezogene Versicherungsleistungen im Juli 2009 sowie für die nicht angerechneten Mehrstunden.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Arbeitsausfall, den sie erlitten habe, sei entgegen der Ansicht der Vorinstanz bestimmbar und die Arbeitszeit der Arbeitnehmer ausreichend kontrollierbar. Anhand des Zeiterfassungssystems sei zudem feststellbar, ob die Abwesenheit der Arbeitnehmer wirtschaftlich oder meteorologisch bedingt gewesen sei. Die Ausfallstunden könnten konkret beziffert und ausreichend detailliert dokumentiert werden. Die Beschwerdeführerin räumt ein, dass bei der Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung Fehler geschehen seien. Insbesondere ergäben sich in Einzelfällen Differenzen zwischen den Regierapporten und den Auszügen aus dem Zeiterfassungssystem, welche für die Abrechnung der Kurzarbeitsentschädigung verwendet worden seien. Richtig sei auch, dass die vor Beginn des durch schlechtes Wetter bzw. wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfalls noch vorhandenen Mehrstunden nicht angerechnet worden seien, wie es die einschlägigen Vorschriften der Arbeitslosenversicherungsverordnung erforderten. Es sei davon auszugehen, dass sie Versicherungsleistungen in der Höhe von ungefähr Fr. 9'500.- zu Unrecht erhalten habe. Deshalb sei sie bereit, einen entsprechenden Betrag zurückzuerstatten. Es könne aber nicht

davon ausgegangen werden, dass die Arbeitszeitkontrollen wegen vereinzelt vorgekommener Fehler für die Erfassung bzw. Dokumentierung der betrieblichen Arbeitszeit vollständig ungeeignet und damit als Beweismittel untauglich seien.

C.

Mit Vernehmlassung vom 8. Februar 2010 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde abzuweisen. Sie bringt vor, die Einträge in das Zeiterfassungssystem seien als Beweismittel wertlos, weil die ursprüngliche Arbeitszeitkontrolle verwendeten Wochenstundenrapporte nach dem Übertrag in das Zeiterfassungssystem vernichtet worden seien. Ohne diese Quellbelege könnten die abgerechneten Ausfallstunden nicht überprüft werden. Auch die Regierapporte könnten als Arbeitszeitkontrolle nicht anerkannt werden, da diese nur für eine Minderheit der Arbeitsaufträge geführt worden seien. Eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung sei unter diesen Umständen nicht in der Lage, sich ein klares Bild über den Arbeitsausfall zu machen. Von vereinzelten Fehlern, welche immer vorkommen könnten, könne daher keine Rede sein.

D.

Mit Replik vom 9. April 2010 beantragt die Beschwerdeführerin, es sei "festzustellen, dass [sie] der Beschwerdegegnerin CHF 15'793.70 zurückzuerstatten" habe. Im Übrigen hält sie an ihren Rechtsbegehren fest. Sie bringt vor, es könne keine Rolle spielen, ob Quellbelege vorhanden seien oder nicht, damit ein Zeiterfassungssystem die gesetzlichen Anforderungen betreffend die Kontrollierbarkeit der an jedem einzelnen Tag geleisteten Arbeitsstunden erfülle. Relevant seien insofern vielmehr die Einträge im Zeiterfassungssystem, da basierend auf diesen Einträgen die Arbeitszeitkontrolle der Mitarbeiter, etwa im Hinblick auf geleistete Überstunden, vorgenommen werde. Das System arbeite zuverlässig und erlaube eine präzise betriebliche Arbeitszeitkontrolle. Die Arbeitszeitkontrolle sei sowohl vollständig als auch detailliert und erlaube es, für jeden Arbeitstag gesondert zu erfassen, wie lange ein bestimmter Mitarbeiter gearbeitet habe. Die Anfertigung von Quellbelegen sei für eine genügende Arbeitszeitkontrolle nicht erforderlich. Solche Belege hätten lediglich die Funktion, als Gedankenstütze zu dienen. Bei der Erfassung der Arbeitsstunden seien zwar Fehler gemacht worden. Es könne der Beschwerdeführerin aber nicht vorgeworfen werden, sie sei systematisch vorgegangen oder sie habe falsche schriftliche Abrechnungen eingereicht. Es sei davon auszugehen, dass sie einen Betrag von Fr.

15'793.70 zu Unrecht bezogen habe und sie sei bereit, diese Summe an die Vorinstanz zurückzuerstatten.

E.
Am 28. April 2010 teilte die Vorinstanz mit, dass sie an den in ihrer Vernehmlassung vom 8. Februar 2010 dargelegten Ausführungen vollumfänglich festhalte und auf das Einreichen weiterer Ausführungen verzichte.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 24. November 2009 ist eine Verfügung im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021; Art. 5 Abs. 2). Diese Verfügung kann nach Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 (AVIG, SR 837.0) im Rahmen der allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (Art. 44 ff. VwVG i. V. m. Art. 31, 33 Bst. d, 37 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]) mit Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden.

1.1. Als Adressatin ist die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat insofern ein schutzwürdiges Interesse an seiner Aufhebung oder Änderung. Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG), der Vertreter hat sich rechtsgenüglich 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).

1.2. In ihrer Replik vom 9. April 2010 anerkennt die Beschwerdeführerin die Rückforderung der Vorinstanz in der Höhe von Fr. 15'793.70. In diesem Umfang gilt die Beschwerde demnach als zurückgezogen. Bezüglich der Verpflichtung zur Rückerstattung von Fr. 107'805.85 hält die Beschwerdeführerin hingegen an ihrer Beschwerde fest.

2.

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 (Art. 31 Abs. 1 AVIG). 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. 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).

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- oder Schlechtwetterentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG bzw. Art. 31 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 3 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). Bei wetterbedingten Arbeitsausfällen wird keine Stempelkontrolle durchgeführt, soweit die kantonale Amtsstelle nichts anderes anordnet (Art. 72 AVIV).

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche das SECO führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigungen (vgl. Art. 110 Abs. 4 AVIV). Stellt die Ausgleichsstelle 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). Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i. V. m. Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). 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).

3.
Umstritten ist im vorliegenden Fall, ob das Zeiterfassungssystem der Beschwerdeführerin geeignet ist, eine hinreichende Kontrollierbarkeit der Arbeitszeiten ihrer Arbeitnehmer zu gewährleisten.

3.1. Die Beschwerdeführerin macht diesbezüglich geltend, der Arbeitsausfall, den sie erlitten habe, sei mit Hilfe ihres Zeiterfassungssystems bestimmbar und die Arbeitszeit der Arbeitnehmer ausreichend kontrollierbar. Das Zeiterfassungssystem ermögliche eine fortlaufende Aufzeichnung der täglichen Arbeitszeiten. Die geleisteten Stunden würden von den einzelnen auf Montage arbeitenden Mitarbeitern in den Wochenstunden- oder Regierapporten aufgezeichnet. Die so täglich festgehaltenen Arbeitsstunden würden durch den Betriebsleiter bis zum Stichtag, dem 25. des Monats, in das Arbeitszeiterfassungssystem übertragen und visiert. Die Regierapporte stellten auch die Basis dar für

die Rechnungsstellung gegenüber den Kunden und würden daher aufbewahrt, nicht aber die Wochenstundenrapporte, auf denen die im Rahmen eines Pauschalpreises gearbeiteten Arbeitsstunden eingetragen worden seien. Diese Wochenstundenrapporte stellten lediglich eine Gedankenstütze für die elektronische Eintragung dar und würden daher vernichtet, sobald ihr Inhalt in elektronischer Form erfasst sei. Nicht diese Rapporte, sondern die im System erfassten Stunden stellten somit die eigentliche Arbeitszeitkontrolle dar. Die Unterlagen bezüglich dieses elektronischen Zeiterfassungssystems bewahre die Beschwerdeführerin während mindestens zehn Jahren auf. Es erfolge somit eine zeitgleiche und ausreichend detaillierte Dokumentierung der Arbeitszeiten. Es hätten sich zwar unbestritten für den Juli 2009 Differenzen zwischen den nach der Ausführung der Arbeiten erstellten Regierapporten und den gemeldeten Ausfallstunden ergeben. Dies sei indessen versehentlich erfolgt, weil der Leiter der Administration vor seinen Ferien die zu erwarteten Kurzarbeitsstunden für den Monat Juli provisorisch ins System eingetragen und nach seiner Rückkehr die Abrechnung gestützt darauf erstellt habe, ohne die Eintragung der effektiven Arbeitszeiten durch den Betriebsleiter abzuwarten. Abgesehen von diesem Fehler im Juli 2009 habe die Vorinstanz indessen lediglich zwei kleinere Fehler bei der Übertragung der Regierapporte konkret aufzeigen können. Der Vorinstanz könne daher nicht gefolgt werden, wenn sie unterstelle, dass die Beschwerdeführerin systematisch falsche Eintragungen vorgenommen habe oder dass ihre Arbeitszeitkontrolle für die Kontrolle der betrieblichen Arbeitszeit vollständig untauglich sei.

3.2. Die Vorinstanz führt demgegenüber an, bei einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle verhalte es sich ähnlich wie mit der kaufmännischen Buchführung. Wer buchführungspflichtig sei, habe die Bücher ordnungsgemäss zu führen und aufzubewahren, um namentlich die Ergebnisse der einzelnen Geschäftsjahre festzustellen. Die Buchhaltung müsse zudem genau und vollständig sein, da sie ansonsten ihren Zweck, der in der Vermittlung der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft bestehe, nicht erfüllen könne. Im übertragenen Sinne könne auch eine Arbeitszeitkontrolle im Zusammenhang mit der Prüfung eines wetterbedingten oder kurzarbeitsbedingten Arbeitsausfalls nur beweistauglich sein, wenn sie – abgesehen von einzelnen Fehlern – keine Unstimmigkeiten aufweise. Vorliegend könne indessen vom Vorliegen einzelner Fehler nicht die Rede sein. Die auf den vorgefundenen Regierapporten als Arbeitszeit vermerkten Stunden seien im Zeiterfassungssystem als Schlechtwetter- bzw. Kurzarbeitstage

vermerkt. Die ursprünglich für die Arbeitszeitkontrolle verwendeten Wochenstundenrapporte, d.h. die Quellbelege, seien nach der Übertragung in das Zeiterfassungssystem vernichtet worden. Die Einträge im Zeiterfassungssystem seien wertlos, wenn die dazugehörigen Quellbelege fehlten, und könnten somit nicht als adäquates Beweismittel für die Arbeitszeitkontrolle angesehen werden. Die Regierapporte könnten als Arbeitszeitkontrolle ebenfalls nicht anerkannt werden, da diese nur für eine Minderheit der Arbeitsaufträge geführt worden seien. Insgesamt sei es daher nicht möglich, sich ein einigermassen klares Bild über den Arbeitsausfall zu machen.

3.3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein geltend gemachter Arbeitsausfall erst dann genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Das Bundesgericht führte dazu aus, es genüge nicht, wenn der Arbeitgeber eine An- und Abwesenheitskontrolle führe, vielmehr bedürfe es Angaben über die täglich geleistete Arbeitszeit. Nur auf diese Weise sei Gewähr geboten, dass die an gewissen Tagen geleistete Überzeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen sei, bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalls Berücksichtigung finde (vgl. hierzu die Urteile des Bundesgerichts C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b und C 140/02 vom 8. Oktober 2002 E. 3.1 f. sowie das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 4.2, mit weiteren Hinweisen). Die gearbeiteten Stunden müssten nicht zwingend mit einem elektronischen oder mechanischen System erfasst sein. Wesentlich seien 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). Erst nachträglich erstellte Unterlagen (z. B. Wochenrapporte, Befragung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) seien kein taugliches Mittel, um die Arbeitszeit durch die Verwaltung ausreichend zu kontrollieren (statt vieler: Urteile des Bundesgerichts C 42/00 vom 17. Januar 2001 E. 2b, C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b, C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4 sowie 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2).

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 (Urteil des Bundesgerichts C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.1, mit Verweis auf BGE 130 V 183 E. 5.4.1). Massgebend ist, ob das Führen einer Arbeitszeitkontrolle im konkreten Einzelfall unerlässlich gewesen ist, um den Durchführungsorganen die Möglichkeit zu geben, den geltend gemachten Arbeitsausfall innert nützlicher Frist zuverlässig zu überprüfen (Urteil des Bundesgerichts C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2b). Das Erfordernis der Kontrollierbarkeit verlangt, 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.

3.4. Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllen würde, ist somit 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 auch nicht beliebig nachträglich abänderbar sein, ohne dass dies im System vermerkt wird. Eine rechtsgenügliche Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst Wochen später erstellt wurden.

3.5. Im vorliegenden Fall ist unbestritten, dass die auf Montage arbeitenden Mitarbeiter der Beschwerdeführerin die gearbeiteten Stunden täglich auf den sogenannten "Wochenstunden- und Regierapporten", notierten, welche sie jeweils am Ende der Woche ihrem Vorgesetzten abgaben. Der Vorgesetzte der Monteure kontrollierte die Rapporte und trug die gearbeiteten Stunden danach, spätestens aber am 25. des jeweiligen Monats, in das System ein, womit er gleichzeitig sein Visum erteilte. Die Regierapporte wurden von der Beschwerdeführerin aufbewahrt, während die Wochenstundenrapporte vernichtet wurden.

Das von der Beschwerdeführerin geführte Zeiterfassungssystem könnte somit allenfalls dann die Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle im Sinn des Arbeitslosenversicherungsgesetzes

erfüllen, wenn auch die von den Mitarbeitern selbst täglich ausgefüllten Regie- und Wochenstundenrapporte vorliegen würden. Die jeweils erst Tage oder gar Wochen später vorgenommenen Einträge in das elektronische System sind dagegen als nachträglich erstellte Dokumente einzustufen, denen für sich allein die entsprechende Beweiskraft abgeht (vgl. Urteil des Bundesgerichts C 229/00 vom 30. Juli 2001 E.2).

3.6. Zwar muss die Verwaltung bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle der Firma die Gelegenheit geben, die Zweifel zu entkräften. Es liegt aber nicht an ihr, die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell nachzuweisen. Dies würde letztlich eine Umkehr der Beweislast bedeuten. Die Beweislast obliegt vielmehr dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteil des Bundesgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2 sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-8569/2007 vom 24. Juni 2008 E. 2.3 und B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 4.3.3, mit weiteren Hinweisen).

Im vorliegenden Fall kann der Nachweis der effektiv gearbeiteten oder anderweitig nicht als Ausfallstunden geltenden Arbeitszeit nicht mehr erbracht werden, weil die Beschwerdeführerin nur mehr Regierapporte für die von ihr in Regie abgerechneten Aufträge, nicht aber die Wochenstundenrapporte vorweisen kann, welche die Stunden belegen würden, die ihre Monteure für die Pauschalaufträge gearbeitet hatten. Die Regierapporte betreffen nur den kleineren Teil der geleisteten Arbeitszeit, denn es ist unbestritten, dass die Mehrheit der Aufträge der Beschwerdeführerin Pauschalaufträge darstellten. Allein aufgrund der Regierapporte ist eine umfassende Kontrolle im Sinne einer vollständigen Dokumentation der Arbeitszeit daher nicht möglich, wie die Vorinstanz zutreffend ausführt.

Die Folgen dieser Beweislosigkeit hat die Beschwerdeführerin zu tragen, da sie die Beweislast für die von ihr gegenüber der Arbeitslosenkasse geltend gemachten Arbeitsausfälle trägt.

3.7. Wie gross die Differenzen zwischen den geltend gemachten Arbeitsausfällen und den Regierapporten sind und ob daraus irgendwelche Schlüsse auf ein systematisches Vorgehen oder nur auf eine geringe Fahrlässigkeit zu ziehen sind, ist daher rechtlich unerheblich. Es ist daher nur ergänzend darauf hinzuweisen, dass die

Vorinstanz – neben der massiven Falschdeklaration im Monat Juli 2009 – nicht lediglich zwei geringfügige Fehler festgestellt hat, sondern dass sie Kopien von mehr als 20 Regierapporten ins Recht gelegt hat, welche erhebliche und teils mehrfache Diskrepanzen zum "Zeiterfassungssystem" der Beschwerdeführerin und den von ihr geltend gemachten Arbeitsausfällen belegen.

4.
Insgesamt ergibt sich somit, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall nicht hinreichend kontrollierbar ist. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht die Rückerstattung der ausgerichteten Kurzarbeits- und Schlechtwetterentschädigung im Betrag von Fr. 123'599.55 verlangt. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

5.
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. 37 VGG; vgl. Urteile des BVGer C-409/2007 vom 23. November 2007 E. 5.1 sowie vom 24. Juni 2008 B-7902/2007 E. 10, mit Hinweisen). 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 [VKGE, SR 173.320.2]). Stehen wie hier 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 und in Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beschwerdeführerin ihre Beschwerde in der Replik teilweise zurückgezogen hat, sind die Verfahrenskosten auf Fr. 3'200.- festzusetzen. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'400.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 200.- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten.

6.
Eine Parteientschädigung ist bei diesem Verfahrensausgang nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit sie nicht durch Rückzug gegenstandslos geworden ist.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'200.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'400.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 200.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; Gerichtsurkunde)
– das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (A-Post)

und wird auszugsweise mitgeteilt:

– der B._____ Arbeitslosenkasse (A-Post).

Die vorsitzende Richterin: Der Gerichtsschreiber:

Eva Schneeberger Michael Barnikol

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6005 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 16. März 2011