Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Abteilung II
B-7901/2007
{T 0/2}

Urteil vom 10. November 2008

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz), Richter Ronald Flury, Richter Philippe Weissenberger,
Gerichtsschreiberin Marion Spori.

Parteien

X._____,
vertreten durch Fürsprecher Dr. Guido Fischer, Frey-Herosé-Strasse 20, 5001 Aarau
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO),
Direktion für Arbeit, Effingerstrasse 31, 3003 Bern
Vorinstanz.

Gegenstand

Arbeitslosenversicherung; Rückerstattung von Schlechtwetterentschädigungen.

Sachverhalt:

A.
Die Beschwerdeführerin machte gegenüber der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Z. (Arbeitslosenkasse) für die Monate Januar und Februar 2005 sowie Januar, Februar und März 2006 Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung geltend. In der Folge zahlte ihr die Arbeitslosenkasse Schlechtwetterentschädigungen in der Höhe von Fr. 76'838.35 für das Jahr 2005 und in der Höhe von Fr. 87'516.30 für das Jahr 2006, insgesamt demnach Fr. 164'354.65, aus.

Am 15. November 2006 überprüfte das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) im Rahmen einer Betriebskontrolle, ob die von der Beschwerdeführerin beanspruchte Schlechtwetterentschädigung rechtmässig sei.

Mit Verfügung vom 13. Dezember 2006 entschied das SECO, die Beschwerdeführerin habe unrechtmässig geltend gemachte Versicherungsleistungen in der Höhe von Fr. 164'354.65 an die Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten. Zur Begründung führte es aus, anlässlich der Betriebskontrolle habe die Beschwerdeführerin keine Arbeitszeitkontrolle vorlegen können, da sich die Stundenblätter bei der Treuhandfirma Y. befunden hätten. Während der Kontrolle seien dennoch einzelne Stundenblätter bei den Lohnabrechnungen vorgefunden worden. Daraus und aus den Lohnabrechnungen sei ersichtlich, dass für Tage wetterbedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht worden seien, an denen die Arbeitnehmer gearbeitet hätten oder ferien- oder krankheitshalber abwesend gewesen seien. Teilweise hätten die Arbeitnehmer an geltend gemachten Ausfalltagen sogar Mehrstunden geleistet. Die zwei Tage nach der Kontrolle per Fax eingereichten Stundenblätter für die Jahre 2005 und 2006 wiesen erhebliche Widersprüche zu den bei der Kontrolle erhobenen Stundenblättern und Lohnabrechnungen auf. Es sei daher davon auszugehen, dass die nachgereichten Stundenkarten nachträglich abgeändert oder neu erstellt worden seien. Somit würden die geltend gemachten wetterbedingten Arbeitsausfälle für Tage, an denen die Arbeitnehmer gemäss den an der Kontrolle erhobenen Stundenblättern gearbeitet hätten oder aus nicht wetterbedingten Gründen wie Ferien oder Krankheit abwesend gewesen seien, aberkannt. Da die Arbeitsausfälle für die Arbeitnehmer, deren originale Stundenblätter anlässlich der Kontrolle nicht hätten erhoben werden können, aufgrund der nachgereichten manipulierten betrieblichen Zeit-

kontrollen nicht überprüfbar seien und die Plausibilisierung anhand von anderen betrieblichen Unterlagen nicht möglich gewesen sei, müsse die für diese Arbeitnehmer bezogene Schlechtwetterentschädigung vollumfänglich aberkannt werden.

Am 16. Januar 2007 erhob die Beschwerdeführerin Einsprache gegen die Rückforderung des SECO und ersuchte um Neubeurteilung des Falles und Aufhebung der Verfügung. Zur Begründung brachte sie vor, der Besuch des zuständigen Mitarbeiters des SECO im Betrieb sei vollkommen überraschend und unvorbereitet erfolgt, denn sie sei davon ausgegangen, dass der Termin durch ihre Treuhandfirma verschoben worden sei und die Buchhaltungsstelle, welche die Finanz- und Lohnbuchhaltung führe, die Firma bei einem späteren Termin vertreten werde. Der Mitarbeiter des SECO habe indessen dafür kein Verständnis gezeigt und auf die Kontrolle beharrt, womit die Beschwerdeführerin jedoch nicht einverstanden gewesen sei. Eine eigentliche Kontrolle habe somit gar nicht stattgefunden. Sie wisse nicht, welche Blätter der Mitarbeiter des SECO schliesslich mitgenommen habe. Sie weise aber die Annahme zurück, dass er bei den Lohnabrechnungen "Originale" der Stundenabrechnungen gefunden habe. Bei den Lohnabrechnungen seien lediglich ab und zu Infoblätter abgelegt, die keinen definitiven Charakter hätten. Die Stundenblätter würden elektronisch gespeichert und aufbewahrt. Die Firma führe nur die Auftragskostenrechnung (AKORE) selber. Die von den Mitarbeitern geleisteten Stunden würden projektbezogen im AKORE erfasst. Anhand dieser Erfassung und der eingekauften Materialien würden Akonto- und Schlussrechnungen für ein Projekt erstellt. Die Stunden, welche auf dem Projekt eingegeben würden, seien provisorisch. Schlechtwettertage würden im AKORE nicht erfasst. In der Finanz- bzw. Lohnbuchhaltung würden nach Anerkennung und Auszahlung der Entschädigung die notwendigen Eintragungen, d. h. Schlechtwetter, vorgenommen. Die Firma habe nur Schlechtwetterentschädigungen für Tage beansprucht, die effektive wetterbedingte Ausfalltage gewesen seien. Falls sich einzelne Erfassungsfehler im Computer eingeschlichen hätten, sei sie bereit, diese nachzukontrollieren und bei Bedarf zu korrigieren.

Mit Einspracheentscheid vom 7. Februar 2007 wies das SECO die Einsprache der Beschwerdeführerin ab. Es hielt fest, die Ausführungen der Beschwerdeführerin enthielten keine neuen Elemente, welche die Beanstandung entkräften könnten. Der Einwand, wonach es sich bei den Einträgen in den anlässlich der Kontrolle erhobenen Stundenkar-

ten um provisorische, objektbezogene Vorerfassungen oder Infoblätter handle, sei nicht glaubwürdig. Es sei nicht nachvollziehbar, wie z. B. "Krank/Unfall" provisorisch vorerfasst werden und in der Folge zu einem Schlechtwetterausfall führen könne. Zudem werde der Eintrag "Krank/Unfall" auf der Lohnabrechnung aufgeführt, welche auch der Arbeitnehmer erhalte. Ebensowenig sei nachvollziehbar, wie eine provisorische Vorerfassung bereits eine bedeutende Anzahl Mehrstunden enthalten könne. Im Gegensatz zu den nachgereichten Stundenblättern wiesen die bei den Lohnabrechnungen angehefteten Stundenblätter fortlaufende Erfassungsnummern auf. Dies lasse ebenfalls darauf schliessen, dass es sich bei diesen Stundenblättern um Originale handle. Zur Veranschaulichung listete das SECO drei Beispiele von festgestellten Widersprüchen auf.

Am 23. Februar 2007 stellte die Beschwerdeführerin, nunmehr vertreten durch Fürsprecher Guido Fischer, beim SECO ein Gesuch um Akteneinsicht, welchem das SECO am 28. Februar 2007 stattgab.

B.
Gegen den Einspracheentscheid vom 7. Februar 2007 erhob die Beschwerdeführerin am 12. März 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer). Sie beantragt, der Entscheid sei aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. In der Begründung rügt sie eine Verletzung des Gebots des rechtlichen Gehörs, der Verhältnismässigkeit und des fairen Verhaltens nach EMRK sowie des Untersuchungsgrundsatzes. Der Revisor des SECO habe anlässlich des Besuches nicht dargelegt, dass zeitliche Eile geboten sei, und es sei auch nicht angedroht worden, dass die gesamten ausgerichteten Schlechtwetter-entschädigungen zurückgefordert würden, wenn nicht alle Unterlagen vollständig am 15. November 2005 bereit lägen. Die Vorinstanz habe zudem keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vorgenommen und die Beschwerdeführerin nicht zu den Ungereimtheiten Stellung nehmen lassen. Der angefochtene Entscheid sei auch ungenügend begründet. Das SECO verweise lediglich auf drei gemachte Feststellungen, welche die Tage des 20. und 21. Januar sowie des 1. Februar 2005 beträfen. Für Januar und Februar 2006 sei nicht eine einzige Stichprobe gemacht worden. Es widerspreche dem Verhältnismässigkeitsprinzip, gestützt auf drei festgestellte Fehler, welche eine Entschädigungssumme von ca. Fr. 510.00 ausmachten, eine Rückforderung von Fr. 164'354.65 anzuordnen. Die Beschwerdeführerin habe seit vielen Jahren Schlechtwetterentschädigungen bezogen und sich

bereits mehrmals einer Revision unterziehen müssen. Dabei habe es nie Beanstandungen gegeben. Die Beschwerdeführerin beantragt im Weiteren eine öffentliche Verhandlung, an welcher Mitarbeiter der Firma als Zeugen zu befragen seien, und reicht die Zusammenstellung "Frei/Ferien/Krank/Unfall/Schlechtwetter" für die Monate Januar und Februar 2005 nach.

C.

Mit Vernehmlassung vom 25. Juni 2007 beantragt das SECO, die Beschwerde sei vollumfänglich und unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen. Zur Begründung verweist es auf die Rückforderungsverfügung vom 13. Dezember 2006 und den Einspracheentscheid vom 7. Februar 2007. Es führt aus, die Behauptung der Beschwerdeführerin, sie habe regelmässig Revisionen über sich ergehen lassen, sei falsch. Das SECO habe noch nie eine Arbeitgeberkontrolle bei der Beschwerdeführerin durchgeführt. Das SECO habe die von der Beschwerdeführerin verursachten Zustände, die es anlässlich der Kontrolle antraf, nicht zu vertreten. Es habe auf das Gesuch um Akteneinsicht vom 23. Februar 2007 hin dem Anwalt der Beschwerdeführerin alle Unterlagen in Kopie zugestellt. Demnach habe die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, zu Ungereimtheiten und weiteren Vorwürfen Stellung zu nehmen. Bei Arbeitgeberkontrollen sei zeitliche Eile in dem Sinne geboten, als sich ein Inspektor gemäss der erhöhten Glaubwürdigkeit einer "Aussage der ersten Stunde" möglichst vor Ort informieren können müsse. Das SECO habe im Weiteren einige Beispiele von Buchungen bei einem Mitarbeiter aufgelistet, in welchen der Code für Arbeitstage oder "krank/Unfall" durch den Code für Schlechtwetter ersetzt worden sei, und habe zusammenfassend festgehalten, dass vorliegend jede nachträgliche Änderung zu einer Schlechtwetterentschädigung geführt habe. Derartige Fehler seien bei allen Stundenblättern anzutreffen, die anlässlich der Kontrolle vorgefunden worden seien. Daraus folge, dass die Beschwerdeführerin mit nachträglichen Änderungen der Stundenblätter einen ihr nicht zustehenden Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung geltend gemacht habe.

D.

Am 17. September 2007 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein. Sie führt aus, die genaue Durchsicht der Belege für das Jahr 2005 habe ergeben, dass tatsächlich verschiedene Falschbuchungen zu verzeichnen seien. Im Jahr 2005 habe sie erstmals die Firma A. mit den Abrechnungen mit der Arbeitslosenkasse betraut. Offenbar sei

diese Firma überfordert gewesen und habe die Buchungen nachträglich abgeändert. Dementsprechend anerkennt die Beschwerdeführerin, für den Monat Januar 2005 insgesamt 10 Tage und für den Monat Februar 2005 insgesamt 18.5 Tage zu Unrecht Schlechtwetterentschädigung beansprucht zu haben. Die Rückzahlungsverpflichtung sei somit im Umfang von Fr. 87'516.30 (Entschädigungen für Januar bis März 2006) zu korrigieren. Die Vorwürfe an die Beschwerdeführerin beträfen aber nur das Jahr 2005. Für das Jahr 2006 würden von der Vorinstanz keine Unstimmigkeiten geltend gemacht; die Verpflichtung zur Rückerstattung der für das Jahr 2006 bezogenen Schlechtwetterentschädigung entbehre daher jeglicher Grundlage. Das Gesetz sehe nicht vor, dass bei allfällig festgestellten Unstimmigkeiten die gesamten Entschädigungen, also auch jene, die zu Recht ausbezahlt worden waren, zurückzuerstatten seien. Im Weiteren hält die Beschwerdeführerin an ihrer Rüge betreffend Verletzung des rechtlichen Gehörs fest und betont, dass die Unterlagen, welche sie vorgelegt habe, es ohne Weiteres gestatteten, den geltend gemachten Arbeitsausfall zu kontrollieren. Daher dürfe die Vorinstanz nicht pauschal die gesamte ausgerichtete Entschädigung zurückverlangen.

Mit Duplik vom 4. Oktober 2007 hält die Vorinstanz vollumfänglich an den in der Vernehmlassung vom 25. Juni 2007 gemachten Ausführungen fest. Sie führt aus, den Fehler, eine überforderte Treuhandfirma beauftragt zu haben, müsse sich die Beschwerdeführerin anrechnen lassen. Der sich hieraus allenfalls für die Beschwerdeführerin ergebende Schaden könne nicht auf die Arbeitslosenkasse abgewälzt werden. Den Akten sei im Übrigen nicht zu entnehmen, dass für das Jahr 2006 eine andere Treuhandfirma beauftragt worden wäre. Es könne demnach davon ausgegangen werden, dass sich die Zahlen und Angaben für das Jahr 2006 qualitativ nicht verbessert hätten.

E.

Mit Zwischenverfügung vom 5. Dezember 2007 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien mit, dass das vorliegende Beschwerdeverfahren im Rahmen interner Entlastungsmassnahmen von der Abteilung III auf die Abteilung II übertragen worden sei.

F.

Mit Schreiben vom 6. Dezember 2007 ersuchte das Bundesverwaltungsgericht die Vorinstanz, zu einigen Fragen Stellung zu nehmen,

und forderte sie auf, die gesamten Vorakten einzureichen. Dieser Aufforderung kam die Vorinstanz mit Eingabe vom 19. Dezember 2007 nach.

Am 28. Januar 2008 forderte das Bundesverwaltungsgericht auch die Beschwerdeführerin zur ergänzenden Stellungnahme bezüglich einzelner Punkte auf. Die Beschwerdeführerin äusserte sich hierzu mit Eingabe vom 2. April 2008.

Am 23. Oktober 2008 wurde am Sitz des Bundesverwaltungsgerichts in Zollikofen auf Ersuchen der Beschwerdeführerin eine öffentliche Verhandlung durchgeführt, bei welcher die Parteien die Gelegenheit hatten, ihren Standpunkt nochmals darzulegen.

Am 28. Oktober 2008 reichte die Beschwerdeführerin ein Schreiben ein, in welchem sie die Abkürzungen auf den Stundenblättern erklärte.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Der Einspracheentscheid des SECO vom 7. Februar 2007 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 AVIG (zitiert in E. 2) 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 i.V.m. Art. 37 VGG). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG), der Vertreter hat sich rechtsgenüglich durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 47 ff. VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

1.2 In ihrer Replik vom 17. September 2007 und in ihrer Stellungnahme vom 2. April 2008 anerkennt die Beschwerdeführerin die Rückforderung des SECO insoweit, als sie die Schlechtwetterentschädigungen für insgesamt 28.5 Tage im Monat Januar 2005 und Februar 2005 betrifft, das heisst im Betrag von Fr. 76'838.35. Auch an der öffentlichen Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht bestätigte die Beschwerdeführerin diese Anerkennung nochmals ausdrücklich. Im genannten Umfang ist die Beschwerde demnach gegenstandslos geworden.

1.3 Bezüglich der Verpflichtung zur Rückerstattung der für das Jahr 2006 bezogenen Schlechtwetterentschädigung in der Höhe von Fr. 87'516.30 hält die Beschwerdeführerin an ihrer Beschwerde fest (vgl. S. 3 ihrer Eingabe vom 17. September 2007). Insoweit ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.
Das Arbeitslosenversicherungsgesetz vom 25. Juni 1982 (AVIG, SR 837.0) will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechtem Wetter und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers garantieren (Art. 1a Abs. 1 AVIG).

Nach Art. 42 AVIG haben Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wenn: a. sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht erreicht haben und b. sie einen anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 43) erleiden. Der Bundesrat bestimmt die Erwerbszweige, in denen die Schlechtwetterentschädigung ausgerichtet werden kann. Keinen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung haben Personen nach Artikel 31 Absatz 3 AVIG.

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 Schlechtwetterentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit

nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 42 Abs. 3 AVIG).

Der Bundesrat erlässt die Kontrollvorschriften für die von wetterbedingtem Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer (Art. 49 AVIG).

Nach der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 (AVIV, SR 837.02) setzt die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus. Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Art. 46b Abs. 1 und 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 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.

Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, des Untersuchungsgrundsatzes und des Gebots des fairen Verhaltens nach Art. 6 Abs. 3 (recte Abs. 1) EMRK. Die Vorinstanz habe anlässlich der Betriebskontrolle nicht dargelegt, dass zeitliche Eile geboten sei, und es sei auch nicht angedroht worden, dass die gesamten ausgerichteten Schlechtwetterent-

schädigungen zurückgefordert würden, wenn nicht alle Unterlagen vollständig am 15. November 2005 bereit lägen. Die Rückerstattung der gesamten Summe sei ohne jede Vorwarnung verfügt worden. Die Vorinstanz habe zudem keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vorgenommen und die Beschwerdeführerin nicht zu den Ungereimtheiten Stellung nehmen lassen. Der angefochtene Entscheid sei auch ungenügend begründet.

Das SECO hält demgegenüber fest, es habe auf das Gesuch um Akteneinsicht vom 23. Februar 2007 hin dem Anwalt der Beschwerdeführerin alle Unterlagen in Kopie zugestellt. Demnach habe die Beschwerdeführerin die Möglichkeit gehabt, zu Ungereimtheiten und weiteren Vorwürfen Stellung zu nehmen. Bei Arbeitgeberkontrollen sei zeitliche Eile in dem Sinne geboten, als sich ein Inspektor gemäss der erhöhten Glaubwürdigkeit einer "Aussage der ersten Stunde" möglichst vor Ort informieren können müsse.

3.1 Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; Art. 29 VwVG) dient einerseits der Sachverhaltsabklärung, andererseits stellt er ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht der Parteien dar. Er beinhaltet eine ganze Reihe von Verfahrensgarantien, die in Art. 26 ff. VwVG konkretisiert worden sind. So umfasst der Anspruch auf rechtliches Gehör die Rechte der Parteien auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Prozess der Entscheidfindung (BGE 126 V 130 E. 2b, BGE 120 IB 379 E. 3b mit Hinweisen). Nach Art. 30 Abs. 1 VwVG hört die Behörde die Parteien an, bevor sie verfügt. Betreffend Verfügungen, die – wie vorliegend – durch Einsprache anfechtbar sind, braucht sie die Parteien indessen nicht vorgängig anzuhören (Art. 30 Abs. 2 Bst. b VwVG).

Aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs leitet das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung auch die Pflicht der Behörden ab, ihre Verfügungen und Entscheide zu begründen. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Be-

hörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 129 I 232 E. 3.2 mit Hinweisen).

3.2 Vorliegend hat sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des Einspracheverfahrens zum Sachverhalt sowie den rechtlichen Würdigungen der Vorinstanz und den sich daraus ergebenden Konsequenzen eingehend äussern können. Sie nahm auch Einsicht in sämtliche relevante Akten. Im Weitern findet sich bereits in der Verfügung vom 13. Dezember 2006 eine Begründung dafür, warum die Schlechtwetterentschädigungen für die Jahre 2005 und 2006 vollumfänglich zurückverlangt würden. Das SECO führte aus, die nachgereichten Stundenblätter seien abgeändert worden und daher als Zeitkontrolle nicht brauchbar. Die Plausibilisierung der wetterbedingten Ausfallstunden sei anhand von anderen betrieblichen Unterlagen ebenfalls nicht möglich gewesen. Auch im Einspracheentscheid sowie in den späteren Eingaben begründete die Vorinstanz die Rückforderung, verwies auf die anwendbaren rechtlichen Grundlagen und nahm Stellung zu den einzelnen Rügen der Beschwerdeführerin. Insofern erscheint es als offensichtlich, dass das SECO seiner Prüfungs- und Begründungspflicht in genügendem Masse nachgekommen ist.

3.3 Das SECO war auch nicht verpflichtet, eine allfällige Rückforderung anlässlich der Arbeitgeberkontrolle ausdrücklich anzudrohen. Die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen ergibt sich bereits aus dem Gesetz (Art. 95 Abs. 1 AVIG i. V. m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin hat die Vorinstanz im Übrigen nie verlangt, dass alle Unterlagen vollständig am 15. November 2005 bereit liegen müssten, bzw. für den Unterlassungsfall angedroht, die gesamte erhaltene Schlechtwetterentschädigung zurückzufordern. Die Rückforderung erfolgte klarerweise aus anderen, in E. 4 zu erörternden Gründen. Der Einwand der Beschwerdeführerin ist unbehelflich.

3.4 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist nicht ersichtlich, welche zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen das SECO hätte vornehmen sollen, nachdem es die relevanten Unterlagen von der Beschwerdeführerin erhalten hatte, und es gemäss konstanter höchstrichterlicher Praxis nicht zulässig ist, einen fehlenden oder widersprüchlichen Arbeitszeitnachweis durch eine nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmer zu ersetzen (vgl. ARV 1999 Nr. 34 E. 2a

sowie Urteile des EVG C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b und C 140/02 vom 8. Oktober 2002 E. 3.1 f.). Auch insofern vermag die Beschwerdeführerin nicht durchzudringen. Im Weiteren ist auch nicht erkennbar, inwiefern die Vorinstanz das Gebot der Fairness nach EMRK verletzt haben sollte.

3.5 Die Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bzw. des Gebots der Fairness ist nach dem Gesagten unbegründet, und die Beschwerde ist insofern abzuweisen.

4.
Streitig ist im vorliegenden Verfahren der Rückforderungsbetrag für das Jahr 2006 in der Höhe von Fr. 87'516.30 (vgl. vorne E. 1.3).

4.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, für das Jahr 2006 habe das SECO keine Unstimmigkeiten geltend gemacht. Die Rückerstattungsforderung entbehre der gesetzlichen Grundlage, denn das Gesetz sehe nicht vor, dass bei allfällig festgestellten Unstimmigkeiten die gesamten Entschädigungen, also auch jene, die zu Recht ausbezahlt worden seien, zurückzuerstatten seien.

Die Vorinstanz stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, aus den gesamten Umständen müsse geschlossen werde, dass die nach der Kontrolle eingereichten Stundenblätter nachträglich geändert oder neu erstellt worden seien. Somit liessen sich die Arbeitsausfälle derjenigen Mitarbeiter, deren originale Stundenblätter anlässlich der Kontrolle nicht hätten erhoben werden können, nicht überprüfen. Die Stundenblätter könnten daher nicht als Zeitkontrolle anerkannt werden.

4.2 Nach der Rechtsprechung des EVG ist ein geltend gemachter Arbeitsausfall erst dann genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Das EVG 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 in E. 3.4 zitierten Urteile des EVG sowie Urteile des BVGer B-7898/2007 vom 13. Mai 2008 E. 3 und B-7902/2007 vom 24. Juni 2008 E. 6.2.2).

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 EVG 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 EVG C 42/00 vom 17. Januar 2001 E. 2b, C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1b sowie C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4).

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 EVG 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 EVG C 59/01 vom 5. November 2001 E. 2b).

4.3 Unbestritten ist, dass Stundenblätter, wie sie von der Beschwerdeführerin vorgelegt wurden, gemäss der Rechtsprechung grundsätzlich ein taugliches und rechtsgenügliches Instrument darstellen, um die geleistete Arbeitszeit und die wetterbedingten Ausfallstunden zu kontrollieren.

Im Falle der Beschwerdeführerin geht das SECO indessen aufgrund der bei den Abrechnungen für das Jahr 2005 festgestellten Unregelmässigkeiten davon aus, dass auch die per Fax zugesandten Stundenblätter für das Jahr 2006 erst nachträglich verfasst wurden und daher kein geeignetes Mittel zur Kontrolle der Arbeitszeit darstellen.

4.3.1 Aus den Akten ergibt sich, dass die anlässlich der Kontrolle vom 15. November 2006 aus dem Lohnordner kopierten Stundenblätter für 9 Mitarbeiter in den Monaten Januar und/oder Februar 2005 nicht den zwei Tage später per Fax nachgereichten Stundenblättern für dieselben Mitarbeiter in derselben Zeitperiode entsprechen.

Die am 17. November 2006 nachgereichten Stundenblätter des Jahres 2005, welche sich direkt mit entsprechenden bei der Kontrolle vorgefundenen Stundenblättern für die gleichen Mitarbeiter und die gleiche Zeitperiode vergleichen lassen, weisen an insgesamt über 170 Tagen wetterbedingte Arbeitsausfälle bei verschiedenen Mitarbeitern auf. Für diese Tage wurde indessen in den bei der Kontrolle vorgefundenen Stundenblättern kein einziges Mal ein wetterbedingter Ausfall (Code 969) verzeichnet, sondern die betroffenen Mitarbeiter arbeiteten (Code 003 oder 923) oder waren wegen Krankheit, Unfall oder Ferien abwesend (Code 966 und 967).

Bei diesen Unstimmigkeiten handelt es sich demnach nicht um einzelne Fehlbuchungen, die man einem Versehen oder, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, der Überforderung der mit der Buchhaltung und den Abrechnungen beauftragten Firma, zurechnen könnte. Die Unterschiede zwischen den anlässlich der Kontrolle eingesehenen und den nachgereichten Stundenblättern sind erheblich und erwecken aus objektiver Sicht den Eindruck, dass systematisch Änderungen vorgenommen wurden, um einen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung zu erwirken.

Ausgehend davon ist die Würdigung des SECO, wonach es sich bei den nachgereichten Stundenblättern des Jahres 2005 nicht um Originale, sondern um nachträglich erstellte Dokumente handle, nicht zu beanstanden.

4.3.2 Betreffend die Monate Januar bis März 2006 wurden am Tag der Betriebskontrolle keine Stundenblätter vorgefunden. Die Beschwerdeführerin stellte diese dem SECO gesamthaft nachträglich mit Fax vom 17. November 2006 zu.

Da diese nachgereichten Stundenblätter somit nicht mit entsprechenden, an der Betriebskontrolle gesichteten Dokumenten verglichen werden können, ist weder der volle Beweis dafür erbringbar, dass sie die wetterbedingten Ausfallzeiten korrekt und wahrheitsgemäss wiedergeben, noch dass sie – wie die Stundenblätter der Monate Januar und Februar 2005 – nachträglich abgeändert wurden.

4.3.3 Das AVIG bestimmt, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, keinen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung haben (Art. 42 Abs. 3 i. V. m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG).

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 (GERHARD GERHARDS, AVIG-Kommentar, Art. 31 N. 34).

Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen das Kontrollorgan in die Lage versetzen, jederzeit möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes einzelnen Arbeitnehmers feststellen zu können. 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 eindeutig dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 lit. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2 sowie Urteil des BVGer B-8569/2007 vom 24. Juni 2008 E. 2.3).

4.3.4 Im Sozialversicherungsrecht hat der Richter 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. Der Richter hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die er von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 119 V 7 E. 3c/aa, mit Hinweisen).

4.3.5 Nach dem eingangs Gesagten hat die Vorinstanz die nachträglich für das Jahr 2005 eingereichten Stundenblätter zu Recht als nicht beweistauglich erachtet, weil sie nachweislich in erheblichem Umfang abgeändert worden waren bzw. den anlässlich der Betriebskontrolle eingesehenen Originalaufzeichnungen widersprachen (vgl. E. 4.3.1). Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist auch den ebenfalls nachgereichten Stundenblättern des Jahres 2006 die Beweistauglichkeit abzusprechen. Zwar wurden anlässlich der Arbeitgeberkontrolle keine Originalabrechnungen des Jahres 2006 vorgefunden, weshalb insofern formell keine Widersprüche zwischen verschiedenen, den gleichen Lebensvorgang betreffenden Dokumenten verzeichnet werden können, doch wirken sich die gesamten Umstände auch hier zum Nachteil der Beschwerdeführerin aus. Im Einzelnen ergibt sich Folgendes:

Die Stundenblätter 2006 wurden im Nachgang zur Betriebskontrolle vom 15. November 2006 per Fax eingereicht. Wie auch die nachgereichten Stundenblätter für das Jahr 2005 weisen sie – im Unterschied zu den anlässlich der Kontrolle im Betrieb vorgefundenen Stundenblättern – keine fortlaufenden Erfassungsnummern auf, sondern solche, die insbesondere während den Tagen, für welche wetterbedingte Ausfälle geltend gemacht werden, gleich bleiben. Dieser Umstand deutet, wie auch das SECO geltend macht, auf eine nachträgliche Erstellung bzw. Abänderung der Stundenblätter hin. Der Hinweis auf dem am 28. Oktober 2008 durch die Beschwerdeführerin eingereichten Blatt, wonach der Computer die Erfassungsnummern automatisch eingibt, vermag die Sachlage diesbezüglich nicht zu klären. In einigen Stundenblättern wechseln sich ausserdem Ausfälle wegen Schlechtwetter mit Ausfällen wegen Krankheit bzw. Unfall (Code 967) fast täglich ab (z.B. Stundenblätter für Mitarbeiter B. in den Monaten Januar, Februar und März 2006), was eine Konstellation darstellt, welche als unwahrscheinlich angesehen werden muss.

Demgegenüber bringt die Beschwerdeführerin keine Argumente vor, die zugunsten der Annahme sprechen würden, es handle sich bei den Stundenblättern für die Monate Januar bis März 2006 um "Originale", auf welchen die Ausfallstunden fortlaufend und korrekt vermerkt worden wären. Ihre diesbezüglichen Ausführungen beschränken sich auf die Behauptung, dass diese Stundenblätter nicht nachträglich erstellt oder abgeändert worden seien. Dies genügt indessen bei den Gegebenheiten, wie sie sich vorliegend präsentieren, nicht.

Insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Stundenblätter des Jahres 2005 nach der Betriebskontrolle nachweislich abgeändert oder neu erstellt wurden, ist nach dem vorstehend Gesagten zu folgern, dass es sich auch bei den Stundenblättern des Jahres 2006 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um nachträglich erstellte Dokumente handelt.

4.4 Da, wie dargelegt (E. 4.2), nachträglich erstellte Unterlagen kein taugliches Mittel darstellen, um die Arbeitszeit und die Ausfallstunden zu überprüfen, können die Stundenblätter des Jahres 2006 als Arbeitszeitkontrolle nicht anerkannt werden.

Die Beschwerdeführerin reichte keine anderen betrieblichen Unterlagen ein, anhand deren eine Plausibilierung der wetterbedingten Ausfallstunden möglich wäre. Insbesondere vermögen die "Rapporte über die wetterbedingten Ausfallstunden", entgegen der Anmerkung des

Anwalts der Beschwerdeführerin in seinen anlässlich der öffentlichen Verhandlung eingereichten Plädoyernotizen, nach der Rechtsprechung des EVG nicht als Arbeitszeitnachweis zu genügen (Urteil des EVG C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2b).

Die Ausfall- und die Arbeitszeiten der Mitarbeiter der Beschwerdeführerin sind somit auch für die Monate Januar bis März 2006 nicht bestimmbar bzw. kontrollierbar, weshalb aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage von Art. 42 Abs. 3 i. V. m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG kein Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung besteht.

Somit war die Auszahlung von Schlechtwetterentschädigung für die Monate Januar bis März 2006 an die Beschwerdeführerin zweifellos unrichtig. Die zugesprochenen Beträge in der Höhe von insgesamt Fr. 87'516.30 sind sodann als erheblich zu werten, weshalb die Voraussetzungen für eine Rückforderung (vgl. E. 2) grundsätzlich erfüllt sind (vgl. Urteil des BVGer B-7898/2007 vom 13. Mai 2008 E. 3.4).

5.
Das Bundesverwaltungsgericht kommt somit zum Schluss, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall vom Januar bis März 2006 nicht kontrollierbar ist, und dass weder die von der Beschwerdeführerin eingereichten Unterlagen noch die von ihr geltend gemachten Umstände die durch Schlechtwetter bedingten Ausfallstunden hinreichend glaubhaft zu belegen vermögen.

Die Vorinstanz hat demnach zu Recht die Rückerstattung von Fr. 164'354.65 verlangt. Im Umfang von Fr. 76'838.35 hat die Beschwerdeführerin die Forderung des SECO bereits anerkannt (vgl. vorne, E. 1). Soweit weitergehend ist ihre Beschwerde als unbegründet abzuweisen, womit die Beschwerdeführerin insgesamt unterliegt.

6.
Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor dem Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich um Streitigkeiten betreffend die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. 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 Beschwerde teilweise gegenstandslos geworden ist (vgl. E. 1), sind die Verfahrenskosten auf Fr. 2000.- festzusetzen. Sie werden mit dem am 27. April 2007 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2000.- ist der Beschwerdeführerin zurückzuerstatten. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgeschrieben, soweit die Beschwerdeführerin eine Teilforderung im Betrag von Fr. 76'838.35 anerkannt hat. Soweit weitergehend, d. h. die Rückforderung von Fr. 87'516.30 betreffend, wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 2000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4000.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 2000.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. AGK-2006-97; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (A-Post)

und wird mitgeteilt:

- der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Z. (A-Post)

Der vorsitzende Richter: Die Gerichtsschreiberin:

Frank Seethaler Marion Spori

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 13. November 2008