Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung II
B-5058/2011

Urteil vom 24. April 2012

Besetzung

Richter Frank Seethaler (Vorsitz),
Richter Ronald Flury, Richter Philippe Weissenberger,
Gerichtsschreiber Beat König.

Parteien

A._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Walter Locher,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft,
Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

Sachverhalt:

A.
Die A._____ AG (Beschwerdeführerin), eine Aktiengesellschaft mit Sitz in B._____, beanspruchte Kurzarbeitsentschädigungen für die Monate Januar bis Dezember 2009 im Umfang von Fr. 1'481'597.55. Nach einer Betriebskontrolle verpflichtete das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (Vorinstanz) die Beschwerdeführerin mit Revisionsverfügung vom 1. Juni 2011, unrechtmässig erlangte Versicherungsleistungen im Umfang von Fr. 92'956.85 an die Arbeitslosenkasse des Kantons Q._____ zurückzuerstatten. Zur Begründung führte die Vorinstanz aus, bei einigen der Kadermitarbeiter der Beschwerdeführerin sei aus seinerzeit freiwillig geführten Arbeitszeiterfassungen ersichtlich, dass sie während den letzten sechs Monaten vor dem ersten Kurzarbeitsmonat von den geltend gemachten Ausfallstunden zu Unrecht nicht abgezogene Mehrstunden geleistet hätten. Ab der Abrechnungsperiode März/April 2009 seien die von den Kaderangestellten geleisteten Arbeitsstunden zudem nur noch im Umfang der Sollarbeitszeit in die Kurzarbeitsabrechnungen übertragen worden. Weil von den tatsächlich geleisteten Stunden auszugehen sei, müssten die anrechenbaren Stunden der jeweiligen oder folgenden Abrechnungsperioden um die – auch im nicht abgerechneten Monat Juli 2009 – geleisteten, bislang unberücksichtigt gebliebenen Mehrstunden reduziert werden. In der Betriebsabteilung G._____ würden nach diesen Korrekturen im Oktober und November 2009 anrechenbare Ausfallstunden von weniger als 10 % der durch die Arbeitnehmer des Betriebs normalerweise insgesamt geleisteten Arbeitsstunden verbleiben, weshalb die Anspruchsberechtigung für diese Kontrollperioden vollumfänglich verneint werden müsse.

Die Beschwerdeführerin liess am 4. Juli 2011 gegen die Revisionsverfügung vom 1. Juni 2011 Einsprache erheben. Sie machte geltend, ihre Kadermitarbeitenden hätten keine von den Ausfallstunden abzuziehende Mehrstunden geleistet, da sie im Rahmen des jeweils "Erforderlichen" zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen seien und während der Kurzarbeitszeitphase eine grosse Anzahl von Stunden für die Weiterbildung der Mitarbeiter aufgewendet hätten.

Die Vorinstanz wies die Einsprache mit Entscheid vom 14. Juli 2011 ab. Sie führte zur Begründung an, ein anrechenbarer Arbeitsausfall könne nur soweit vorliegen, als die Arbeitszeit zusammen mit Mehrstunden die normale Arbeitszeit von (…) Stunden pro Woche nicht erreiche. Der Zeitauf-

wand für die Durchführung der bewilligten Weiterbildungen sei über die Kurzarbeit entschädigt worden.

B.
Gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz liess die Beschwerdeführerin am 13. September 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben. Sie beantragt, unter vollumfänglicher Aufhebung der Revisionsverfügung vom 1. Juni 2011 sowie Kosten- und Entschädigungsfolge sei auf eine Revision bzw. eine Aberkennung von Kurzarbeitsentschädigungen zu verzichten.

Die Beschwerdeführerin macht – wie schon vor der Vorinstanz – geltend, ihr Kader habe nach Einführung der Kurzarbeit im Jahr 2009 aus Solidarität mit den Mitarbeitern und dem Betrieb Weiterbildungsprogramme zugunsten der sich in Kurzarbeit befindlichen Mitarbeiter durchgeführt, weshalb die dafür aufgewendeten Arbeitsstunden nicht als Mehrstunden von den Ausfallstunden der folgenden Monate abzuziehen seien. Weil die geschuldete Arbeitszeit der betroffenen Kadermitarbeiter nach oben offen sei, liege keine Überschreitung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit vor und seien damit keine vom Arbeitsausfall abzuziehenden Mehrstunden aufgetreten.

C.
Mit Vernehmlassung vom 17. Oktober 2011 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde abzuweisen. Sie bringt vor, die Arbeitszeit der Kadermitarbeiter der Beschwerdeführerin sei nicht kontrollierbar, weshalb per se kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gegeben sei. Die Beschwerdeführerin habe ihre Kaderleute auf ausdrücklichen Wunsch der Normalarbeitszeit unterstellt, so dass allfällige Mehrstunden vorab zu kompensieren seien. In den Schlussberichten über die Weiterbildung während der "Kurzarbeit" sei überdies festgehalten worden, dass diese jeweils maximal acht Stunden pro Tag je Mitarbeiter betrage. Mehrstunden während der Kurzarbeit seien sinnwidrig.

D.
Mit Replik vom 5. Dezember 2011 hält die Beschwerdeführerin an ihrem Beschwerdeantrag fest. Sie macht im Wesentlichen geltend, die Arbeitszeit sei mit Blick auf die vorhandene betriebliche Arbeitszeitkontrolle während der Kurzarbeitsphase kontrollierbar. Die Weiterbildungstage seien entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht auf jeweils maximal acht Stunden pro Mitarbeiter beschränkt gewesen. Zudem hätten die Kader-

mitarbeiter nicht nur für die Leitung, sondern auch für die Organisation und die Durchführung der Weiterbildungsmodule zahlreiche Arbeitsstunden aufgewendet. Es sei deshalb nicht gerechtfertigt, über die für die übrigen Angestellten geltende Sollarbeitszeit von (…) Wochenstunden hinausgehende Arbeitsstunden als Mehrstunden vom Arbeitsausfall abzuziehen.

Die Vorinstanz hielt mit Duplik vom 4. Januar 2012 an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Vorinstanz im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht [Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32] und Art. 101 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0]). Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (vgl. Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]; vgl. auch Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Eingabefrist und -form sind gewahrt (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG, vgl. auch Art. 60 Abs. 1 ATSG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG), und der Vertreter hat sich rechtsgenüglich ausgewiesen (Art. 11 VwVG).

Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2.
2.1 Das Arbeitslosenversicherungsgesetz will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit, Kurzarbeit, schlechtem Wetter und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers garantieren (Art. 1a Abs. 1 AVIG). Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitrags-

pflicht in der AHV noch nicht erreicht haben (Bst. a), wenn der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Bst. b), wenn das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (Bst. c) und wenn der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (Bst. d).

Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben unter anderem Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (vgl. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Gemäss Art. 46b der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02) setzt die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Abs. 1) und hat der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Abs. 2). Der Arbeitgeber muss für jeden einzelnen Arbeitnehmer, für den er den Anspruch geltend macht (vgl. Art. 38 Abs. 1 AVIG), den Arbeitsausfall gesondert ausweisen können. Ein geltend gemachter Arbeitsausfall ist ferner nur dann genügend kontrollierbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag überprüfbar ist. Denn nur so ist gewährleistet, dass die an gewissen Tagen geleistete Überzeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist (vgl. dazu sogleich E. 2.2), bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalls berücksichtigt wird (statt vieler: Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] C 132/00 vom 5. Juni 2001 E. 1b, mit Hinweisen).

2.2 Ein Arbeitsausfall ist anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen sowie unvermeidbar ist und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, welche von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise geleistet werden (Art. 32 Abs. 1 AVIG).

Als normale Arbeitszeit gilt nach Art. 46 Abs. 1 AVIV die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, aber höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig (Satz 1). In flexiblen Arbeitszeitsystemen gilt die vertraglich vereinbarte jahresdurchschnittliche Arbeitszeit als normale Arbeitszeit (Satz 2). Als verkürzt gilt die Arbeitszeit nur dann, wenn sie zusammen mit geleisteten Mehrstunden die normale Arbeitszeit nicht erreicht (Art. 46 Abs. 2 Satz 1 AVIV). Als Mehrstunden gelten dabei sämtliche ausbezahlten oder nicht ausbezahlten Stunden, welche die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit übersteigen, nicht jedoch Zeitsaldi bis zu

20 Arbeitsstunden aus betrieblichen Gleitzeitregelungen und betrieblich festgelegte Vor- oder Nachholstunden zum Überbrücken von Feiertagen (Art. 46 Abs. 2 Sätze 2 und 3 AVIV).

Gemäss Art. 46 Abs. 3 AVIV beginnt mit dem ersten Tag der ersten Abrechnungsperiode, für die Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet wird, eine zweijährige Rahmenfrist für den Leistungsbezug. Läuft im Zeitpunkt der Einführung von bewilligter Kurzarbeit für den Betrieb oder die Betriebsabteilung noch keine Rahmenfrist für den Leistungsbezug, sind gemäss Art. 46 Abs. 4 AVIV die von den einzelnen Arbeitnehmern in den sechs vorangegangenen Monaten geleisteten Mehrstunden von ihren Arbeitsausfällen abzuziehen. Während der Rahmenfrist für den Leistungsbezug sind alle von den einzelnen Arbeitnehmern bis zum Zeitpunkt eines erneuten Arbeitsausfalles geleisteten Mehrstunden von ihren Arbeitsausfällen abzuziehen, jedoch längstens aus den letzten zwölf Monaten (Art. 46 Abs. 5 AVIV).

2.3 Gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG sind Personen, welche in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten, vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ausgeschlossen.

2.4 Der Bundesrat bestimmt nach Art. 34 Abs. 3 AVIG die Bemessungsgrundlagen bei erheblich schwankendem Lohn. Auf der Grundlage dieser Ermächtigung sah alt Art. 57 AVIV (AS 1983 1205) vor, dass sich die Kurzarbeitsentschädigung aufgrund des Durchschnittslohnes der letzten drei Beitragsmonate bemisst, wenn dieser Durchschnittslohn vom Lohn im letzten Beitragsmonat um mindestens 10 % abweicht. Gemäss der seit 1. April 2011 in Kraft stehenden Fassung von Art. 57 AVIV (AS 2011 1179) bemisst sich die Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Lohn im letzten Beitragsmonat um mindestens 10 % vom Durchschnittslohn der letzten zwölf Monate abweicht, aufgrund dieses Durchschnittslohnes.

2.5 Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche das SECO führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen stichprobenweise (vgl. Art. 110 Abs. 4 AVIV). Stellt sie fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht oder nicht richtig angewendet wurden, so erteilt sie der Kasse oder der zuständigen Amtsstelle die erforderlichen Weisungen (Art. 83a Abs. 1 AVIG). Bei Arbeitgeberkontrollen verfügt die

Ausgleichsstelle, wobei das Inkasso der Kasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG, Art. 111 Abs. 2 AVIV).

Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Zusprache von Leistungen zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (vgl. Art. 53 Abs. 2 ATSG; Urteile des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2 und C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 1, je mit Hinweisen).

2.6 Das vom SECO zur Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmungen erlassene "Kreisschreiben über die Kurzarbeitsentschädigung" (Ausgabe Januar 2005 [im Folgenden: Kreisschreiben Kurzarbeitsentschädigung], publiziert auf www.treffpunkt-arbeit.ch > Downloads und Formulare > Kreisschreiben, besucht am 5. März 2012), stellt eine Verwaltungsverordnung dar, welche als Erlass einer Fachbehörde grundsätzlich geeignet ist, für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis zu sorgen. Es ist daher jedenfalls insoweit zu berücksichtigen, als es eine dem Einzelfall gerecht werdende Auslegung der massgebenden Bestimmungen des AVIG und der AVIV zulässt (vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsverordnungen allgemein BGE 132 V 200 E. 5.1.2, BGE 130 V 163 E. 4.3.1, BGE 115 V 4 E. 1b).

3.
Die Beschwerdeführerin verfügt nach eigenen Angaben über (…) Kadermitarbeiter (…).

Mit Bezug auf das Jahr 2008 aktenkundig sind freiwillig erstellte Arbeitszeiterfassungen von drei von den Korrekturen der Vorinstanz betroffenen Kadermitarbeitenden (C._____, D._____ und E._____) für die Monate Juni bis Dezember und einem weiteren Kaderangestellten (X._____) für die Monate September bis Dezember 2008. Diese Arbeitszeiterfassungen weisen – mit Ausnahme des Monats Juli 2008 bei E._____, wo Unterstunden verzeichnet sind – pro Monat und Angestellten jeweils zwischen 3,82 bis 39,62 über die wöchentliche Arbeitszeit von (…) Stunden hinaus geleistete Stunden aus. Dabei liegen die Höchstwerte der einzelnen Kadermitarbeiter fast durchgängig in den Monaten September bis November 2008 (…).

Für das Jahr 2009 kann den Akten entnommen werden, dass (…) Kurzarbeitsentschädigung beanspruchende Kaderangestellte über jeweils

mehrere Monate hinweg mehr als die wöchentliche Normalarbeitszeit von (…) Stunden gearbeitet haben. Dabei sind in der Abteilung F._____ in allen Monaten des Jahres entsprechende Mehrstunden angefallen. In der Abteilung G._____ sind erst ab April und in der Abteilung H._____ erst ab Juli 2009 solche Mehrstunden geleistet worden (…).

Aktenkundig ist sodann, dass die Beschwerdeführerin in den Monaten Februar bis Juni sowie August bis Oktober 2009 interne Weiterbildungsprogramme durchgeführt hat (…).

4.
Diejenigen Kadermitarbeiter der Beschwerdeführerin, bei welchen die Vorinstanz Mehrstunden in Abzug brachte, gehörten unbestrittenermassen zum mittleren Kader und bekleideten keine arbeitgeberähnliche Stellung. Der Ausschlusstatbestand von Art. 31 Abs. 3 Bst. c AVIG greift somit nicht. Uneinigkeit besteht hingegen mit Bezug auf die Frage, ob abzuziehende Mehrstunden angefallen sind.

4.1 Die vertragliche Arbeitszeit im Sinne von Art. 46 Abs. 1 AVIV ergibt sich entweder aus den jeweiligen Einzelarbeitsverträgen oder wird durch Normal- oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer einem solchen unterstellt sind (BGE 113 V 230 E. 4a).

Wenn die normale Arbeitszeit nicht gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung über die von den Arbeitnehmern zu leistende Arbeitszeit oder gestützt auf die im Beruf oder Erwerbszweig des Versicherten allgemein üblichen Arbeitszeit ermittelt werden kann und somit nicht verlässlich festzustellen ist, ob eine Änderung der effektiven Arbeitszeit tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstausfall bewirkt, ist der Arbeitsausfall nicht ausreichend bestimmbar. Letzteres kann namentlich bei Personen der Fall sein, welche eine Abrufer- oder Aushilfstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber je nach Arbeitsanfall sporadisch eingesetzt werden, so dass sie nicht mit einer regelmässigen, arbeitsvertraglich zugesicherten Zahl von Arbeitsstunden rechnen können (vgl. Kreisschreiben Kurzarbeitsentschädigung, Ziff. B30 f.; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. April 2009, Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2009, S. 474 ff. E. 3.2; GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz/AVIG], Bern 1987, Bd. I, N 31 zu Art. 31).

4.2 Die von der Beschwerdeführerin mit den betroffenen Kadermitarbeitern abgeschlossenen Verträge verweisen mit Bezug auf die Arbeitszeit auf ein Reglement der Beschwerdeführerin, wonach die wöchentliche Sollarbeitszeit (…) Stunden beträgt (…). Die genannten Verträge enthalten ferner eine Klausel, nach welcher jegliche Mehrarbeit im Bruttogehalt abgegolten ist. Vorliegend ist folglich – wie bei leitenden Angestellten häufig – keine vertragliche Begrenzung der Arbeitszeit vorgesehen. Strenggenommen können deshalb weder Überstunden im Sinne von Art. 321c des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) auftreten (vgl. MANFRED REHBINDER/WOLFGANG PORTMANN, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 5. Aufl., Basel 2011, Art. 321c N. 1 und 10) noch lässt sich die normale Arbeitszeit gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung ermitteln. Vor diesem Hintergrund scheint sich der Umstand, dass die Vorinstanz die für die übrigen Angestellten der Beschwerdeführerin geltende wöchentliche Sollarbeitszeit von (…) Stunden als massgebende normale Arbeitszeit der in Frage stehenden Kaderangestellten betrachtet hat, jedenfalls nicht zu Unrecht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausgewirkt zu haben.

5.

Die Beschwerdeführerin bringt indes vor, die Vorinstanz habe verkannt, dass vorliegend keine über die vertraglich vereinbarte Arbeitszeit hinausgehenden Stunden geleistet worden seien. Ihrer Auffassung nach wurde damit Art. 46 Abs. 2 AVIV falsch angewendet (…). Mit ihrer Rüge, es sei zu Unrecht unberücksichtigt geblieben, dass keine nicht vertraglich vereinbarte Stunden geleistet worden seien, stellt die Beschwerdeführer freilich sinngemäss auch die von der Vorinstanz vorgenommene Bestimmung der normalen Arbeitszeit im Sinne von Art. 46 Abs. 1 AVIV in Frage. Zu klären ist deshalb, inwiefern es Art. 46 Abs. 1 AVIV in einem Fall wie dem vorliegenden erlaubt, bei der Feststellung der massgebenden normalen Arbeitszeit dem Umstand Rechnung zu tragen, dass Kaderangestellte in der Regel mehr als die übrigen Mitarbeitenden arbeiten. Art. 46 Abs. 1 AVIV ist somit auszulegen.

5.1 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der auszulegenden Bestimmung. Ist der Text nicht klar, ist unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite zu fragen. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte und den Zweck der Norm sowie auf die Bedeutung, die der Vorschrift im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen zukommt. Ein klarer Wortlaut ist massgeblich, sofern nicht triftige Gründe dafür sprechen, dass er nicht den wahren

Sinn der Bestimmung wiedergibt (vgl. BGE 134 II 249 E. 2.3, BGE 133 V 9 E. 3.1, BGE 125 III 57 E. 2b, BGE 124 II 372 E. 5; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 90 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 216 ff.).

5.2 Nach dem Wortlaut von Art. 46 Abs. 1 AVIV kann die normale Arbeitszeit die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig nicht übersteigen, wenn keine vertragliche Begrenzung der Arbeitszeit vorgesehen ist. Der Wortlaut lässt es also klarerweise nicht zu, bei Kaderangestellten, deren Arbeitsverträge eine nach oben hin offene Arbeitszeit vorsehen, eine im Vergleich zu anderen Angestellten desselben Wirtschaftszweiges höhere effektive Arbeitszeit bei der Bestimmung der normalen Arbeitszeit zu berücksichtigen.

5.3 Art. 46 Abs. 1 und 2 AVIV haben namentlich den Zweck, zu verhindern, dass ein Arbeitgeber für einen Arbeitnehmer, der über längere Zeit Überstundenarbeit geleistet hat und bei welchem anschliessend die Überstundenarbeit auf die ursprünglich vertragliche oder ortsübliche Arbeitszeit reduziert wurde, einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung geltend machen kann (vgl. GERHARDS, a.a.O., N 5 zu Art. 31). Mit Art. 46 Abs. 1 AVIV soll also ausgeschlossen werden, dass mittels einer missbräuchlichen Verteilung der Arbeit auf verschiedene Abrechnungsperioden Vorteile bei der Kurzarbeitsentschädigung erlangt werden können (vgl. auch Art. 33 Abs. 2 AVIG, wonach der Bundesrat zur Verhinderung der missbräuchlichen Beanspruchung von Kurzarbeitsentschädigungen über die in Art. 33 Abs. 1 AVIG genannten, hier nicht interessierenden Fälle hinaus weitere Arbeitsausfälle als nicht anrechenbar erklären kann). In diesem Sinn dient Art. 46 Abs. 1 AVIV der Verhinderung von Missbräuchen.

Der genannte Zweck von Art. 46 Abs. 1 AVIV spricht dafür, dass eine im Vergleich zu anderen Angestellten desselben Wirtschaftszweiges höhere effektive Arbeitszeit von Kaderangestellten jedenfalls dann nicht zu berücksichtigen ist, wenn das Pensum dieser Kadermitarbeiter erheblich schwankt und damit die erhöhte Wahrscheinlichkeit eines Missbrauchs vorliegt.

5.4 Zwar hat man bei der Bestimmung der massgebenden normalen Arbeitszeit verschiedentlich auf eine durchschnittlich geleistete Arbeitszeit

abgestellt: So zog man bei sog. uneigentlichen Teilzeitarbeitsverhältnissen, also wenn die im Rahmen eines Teilzeitarbeitsverhältnisses zu erbringenden Arbeitseinsätze in zeitlicher Hinsicht variabel waren, zur Ermittlung der normalen Arbeitszeit in analoger Anwendung von Art. 57 AVIV in der bis 31. März 2011 gültigen Fassung (vgl. dazu vorne E. 2.4) die in den letzten drei Monaten vor Beginn der Kurzarbeit durchschnittlich effektiv geleistete Arbeitszeit heran (vgl. ANDREA HALBEISEN/ROGER RUDOLPH, Kurzarbeit und Kurzarbeitsentschädigung, Der Treuhandexperte [TREX] 2009, S. 290 ff., S. 291; HANS-ULRICH STAUFFER/BARBARA KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, Zürich/Basel/Genf 2008, 3. Aufl., S. 182 [je mit Hinweisen]). Ebenso war nach der früheren Praxis bei Arbeitnehmern, deren Entlohnung von der produzierten Menge sowie Art der Güter abhing und bei welchen diesbezüglich Schwankungen auftraten, auf die durchschnittlich geleistete Arbeitszeit der letzten drei Monate vor Beginn der Kurzarbeit abzustellen (vgl. STAUFFER/KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 181, mit Hinweisen. Nach dem Kreisschreiben Kurzarbeitsentschädigung [Ziff. B33] haben indes ausschliesslich erfolgsabhängig entschädigte Personen keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung). Sodann war nach der Rechtsprechung auch bei der Arbeitslosenentschädigung, wo hinsichtlich der Bestimmbarkeit der Arbeitszeit eine vergleichbare Problematik wie bei der Kurzarbeitsarbeitsentschädigung vorliegt (vgl. Art. 8 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 11 AVIG sowie Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. April 2009, BVR 2009, S. 474 ff. E. 3.3), im Fall von Schwankungen des Beschäftigungsgrades (innerhalb des letzten Arbeitsverhältnisses vor Eintritt der faktischen Arbeitslosigkeit) bei der Bestimmung des anrechenbaren Arbeitsausfalles von der durchschnittlichen zeitlichen Belastung, bezogen auf ein Normalarbeitspensum, auszugehen (BGE 125 V 51 E. 6c/aa; Urteil des EVG C 249/06 vom 16. April 2007 E. 3.3; vgl. ferner BGE 107 V 59 E. 1).

Auch unter der namentlich im Rahmen einer systematischen Auslegung gebotenen Berücksichtigung dieser Rechtsprechung zu vergleichbaren Konstellationen ist es mit Blick auf die mit Art. 46 Abs. 1 AVIV verfolgte Missbrauchsbekämpfung (vorne E. 5.3) nur dann zulässig, in einem Fall wie dem vorliegenden auf ein durchschnittliches Arbeitspensum der Kaderangestellten abzustellen, wenn dieses Pensum keinen starken Schwankungen unterliegt. Dies gilt umso mehr, als das EVG mit Bezug auf die Arbeitslosenentschädigung festhielt, dass sich bei starken Schwankungen der Arbeitsdauer während der einzelnen Einsätze von

Monat zu Monat auch aus dem Durchschnitt einer sehr langen Periode keine normale Arbeitszeit ermitteln lasse (BGE 107 V 59 E. 1).

Als Zwischenergebnis ergibt sich somit, dass eine im Vergleich zum Arbeitspensum der übrigen Angestellten höhere effektive Arbeitszeit der Kadermitarbeitenden jedenfalls dann nicht berücksichtigt werden kann, wenn deren Pensum starken Schwankungen unterliegt. Nichts daran ändern kann der Umstand, dass Kaderangestellte gerichtsnotorisch mehr Arbeitsstunden leisten als die übrigen Mitarbeiter.

6.

Bei den vorliegend betroffenen Kaderangestellten verteilen sich die über die wöchentliche Normalarbeitszeit von (…) Stunden geleisteten Stunden insgesamt sehr unregelmässig über die einzelnen Monate (…). Beispielsweise sind für den Mitarbeiter I._____ mit Bezug auf die abgerechneten Monate des Jahres 2009 folgende Stundensaldi aktenkundig: 116,57 (Januar), 198,73 (Februar), 227,08 (März), 168,62 (April), 157,23 (Mai), 228,82 (Juni), 226,52 (August), 171,42 (September), 182,73 (Oktober), 169,78 (November) und 176,43 (Dezember) (…). Ähnlich verhält es sich beim Angestellten C._____, bei welchem für die entsprechenden Monate folgende Stundensaldi aktenkundig sind: 105,9 (Januar), 128,43 (Februar), 141,78 (März), 133,22 (April), 141,8 (Mai), 200,58 (Juni), 196,17 (August), 177 (September), 245,82 (Oktober), 198,77 (November) sowie 117,60 (Dezember) (…). Aber auch bei den übrigen der hier interessierenden Mitarbeiter sind die Schwankungen von Monat zu Monat erheblich, so dass insgesamt gesagt werden kann, dass das Arbeitspensum der vom angefochtenen Entscheid betroffenen Kaderangestellten starken Schwankungen unterlag. Folglich ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz bei der Anwendung von Art. 46 Abs. 1 und 2 AVIV die für die übrigen Mitarbeiter geltende wöchentliche Normalarbeitszeit von (…) Stunden als normale Arbeitszeit der Kaderangestellten betrachtet und davon ausgehend die Zahl der vom Arbeitsausfall abzuziehenden Mehrstunden bestimmt hat. Ein im Vergleich zu den übrigen Angestellten höheres durchschnittliches Arbeitspensum der Kaderangestellten lässt sich vorliegend nicht berücksichtigen. Die seitens der Vorinstanz vorgenommene Berechnung der Ausfallstunden ist somit mit Art. 46 Abs. 1 und 2 AVIV vereinbar.

7.

7.1 Die Beschwerdeführerin bringt ferner vor, die Vorgehensweise der Vorinstanz verstosse gegen Art. 47 Abs. 1 AVIV. Aus dieser Vorschrift und

aus den aktenkundigen kantonalen Verfügungen über die Bewilligung von Weiterbildungen gehe hervor, dass Tage, an welchen bewilligte Weiterbildungen durchgeführt worden seien, von den übrigen Arbeitstagen klar getrennt werden müssten. Demzufolge sei es entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht zulässig, angeblich im Zusammenhang mit bewilligten Weiterbildungstagen von Kadermitarbeitenden geleistete Mehrstunden von den Ausfallstunden der folgenden normalen Arbeitstage abzuziehen. Ein solcher Abzug sei auch deshalb nicht gerechtfertigt, weil die Kadermitarbeitenden der Beschwerdeführerin aus Solidarität mit den Mitarbeitern und dem Betrieb unter Erbringung ausserordentlicher Arbeitseinsätze Weiterbildungsprogramme zugunsten der Mitarbeiter organisiert und durchgeführt hätten (…).

7.2 Nach Art. 47 Abs. 1 AVIV bleibt der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehen, wenn der Arbeitgeber die ausfallende Arbeitszeit mit Einwilligung der kantonalen Amtsstelle ganz oder teilweise zur Weiterbildung der betroffenen Arbeitnehmer verwendet. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift kann lediglich die beim betreffenden Arbeitnehmer *ausfallende* Arbeitszeit zur Weiterbildung verwendet werden. Folglich bildet diese Bestimmung keine Grundlage, um einen Abzug der während Weiterbildungstagen geleisteten, über die normale Arbeitszeit hinausgehenden Mehrstunden bei der Bestimmung des Arbeitsausfalls auszuschliessen. Ebenso wenig ist ersichtlich, weshalb zur Durchführung von Weiterbildungsprogrammen in deren Vorfeld oder im Nachgang geleistete Mehrstunden den Arbeitsausfall grundsätzlich nicht vermindern sollten (vgl. auch das in Art. 47 Abs. 2 Bst. c AVIV für die Einwilligung der kantonalen Amtsstelle statuierte Erfordernis, dass die Weiterbildung von der üblichen Tätigkeit im Betrieb klar getrennt ist).

Die Argumentation der Beschwerdeführerin vermag in diesem Punkt auch deshalb nicht zu überzeugen, weil die im Streit liegenden Stunden – nach eigenem Bekunden der Beschwerdeführerin – für die Durchführung von Weiterbildungsprogrammen zugunsten *anderer* Mitarbeiter geleistet wurden. Aus dem Wortlaut von Art. 47 Abs. 1 AVIV ergibt sich, dass die Ausfallstunden zur Weiterbildung des *jeweils* von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmers verwendet werden müssen. Demzufolge hätte sich die Beschwerdeführerin nur dann mit Erfolg auf diese Vorschrift berufen können, wenn die betreffenden Stunden der *eigenen* Fortbildung der betroffenen Kaderangestellten gedient hätten (vgl. auch Art. 47 Abs. 2 Bst. a AVIV, wonach die Weiterbildung Fertigkeiten oder Kenntnisse vermitteln muss, welche dem Arbeitnehmer bei einem Stellenwechsel nützlich sein

können oder für die Erhaltung seines gegenwärtigen Arbeitsplatzes unerlässlich sind [s. dazu auch Kreisschreiben Kurzarbeitsentschädigung, B17]).

8.
Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen.

Entsprechend dem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Diese werden auf Fr. 3'000.− festgelegt und nach Eintritt der Rechtskraft mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 3'000.− werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'000.− verrechnet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr.; Gerichtsurkunde)
– das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (Gerichtsurkunde).

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Frank Seethaler Beat König

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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 24. April 2012