**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

Abteilung II
B-8569/2007

**{T 0/2}**

# Urteil vom 24. Juni 2008

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz), Philippe Weissenberger, Frank Seethaler;
Gerichtsschreiber Jürg Studer.

Parteien

**A.**_____,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

## Sachverhalt:

**A.**
Die A._____, (Beschwerdeführerin), eine am 15. Oktober 1958 im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragene Aktiengesellschaft, ist spezialisiert in der technischen Beratung und dem Vertrieb von Armaturen, Rohrleitungen und Industrie-Spezialitäten.

Für den Zeitraum vom 1. April 2005 bis 31. März 2006 richtete die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich der Beschwerdeführerin eine Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 26'797.15 aus.

Am 13. August 2007 liess die Vorinstanz die Rechtmässigkeit der Kurzarbeitsentschädigung durch die PricewaterhouseCoopers AG überprüfen. Mit Verfügung der Vorinstanz vom 16. Oktober 2007 wurde die Rückzahlung von Fr. 26'797.15 angeordnet, mit der Begründung, die geltend gemachten Arbeitsausfälle seien wegen der fehlenden betrieblichen Zeitkontrollen nicht überprüfbar.

Hiergegen erhob die Beschwerdeführerin am 8. November 2007 Einsprache, welche durch die Vorinstanz mit Entscheid vom 22. November 2007 abgewiesen wurde.

**B.**
Gegen diesen Entscheid erhebt die Beschwerdeführerin am 18. Dezember 2007 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit dem sinngemässen Antrag, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben und es sei von jeglicher Rückforderung abzusehen. Sie rügt, die der Vorinstanz nachträglich eingereichten Rapporte zum Arbeitszeitnachweis seien von dieser nicht akzeptiert worden.

**C.**
Mit Vernehmlassung vom 21. Januar 2008 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde und nimmt detailliert Stellung zu den Vorwürfen der Beschwerdeführerin.

**D.**
Auf die dargelegten und weitere Vorbringen wird, soweit sie rechtserheblich sind, in den Erwägungen eingegangen.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**
Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und auf eine Beschwerde einzutreten ist, hat das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition zu prüfen (vgl. BGVE 2007/6 E. 1 S. 45)

**1.1**
Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 172.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht unter Vorbehalt der in Art. 32 VGG genannten Ausnahmen Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Beim angefochtenen Einspracheentscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG. Zulässig sind Beschwerden gegen Verfügungen von Vorinstanzen, zu denen gestützt auf Art. 33 Bst. d VGG auch das SECO zählt. Nach Art. 101 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG, SR 837.0) sind Verfügungen des SECO beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbar. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.2**
Durch den angefochtenen Entscheid ist die Beschwerdeführerin besonders berührt, und sie hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Bst. b und c VwVG, vgl. auch Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Die dagegen erhobene Beschwerde wurde frist- und formgerecht eingereicht (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG, vgl. auch Art. 60 Abs. 1 ATSG).

**1.3**
Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

**2.**
Aufgrund der Beschwerdebegehren streitig und damit zu prüfen ist im Folgenden, ob die Vorinstanz zu Recht die Kurzarbeitsentschädigung von Fr. 26'797.15 für die Zeit vom 1. April 2005 bis 31. März 2006 von der Beschwerdeführerin zurückgefordert hat.

**2.1**
Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG für Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht 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). Gemäss Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Art. 46b der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung (Arbeitslosenversicherungsverordnung, AVIV, SR 837.02) präzisiert dazu, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetzt und dass der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat.

**2.2**
Die Vorinstanz hat die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls verneint und gestützt auf Art. 83a Abs. 3 und Art. 95 AVIG, Art. 111 AVIV sowie Art. 25 ATSG verfügt, die ausbezahlten Beträge seien innert 30 Tagen an die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich zurückzuerstatten. Sie begründet ihren Entscheid damit, dass die Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der Kontrolle durch die PricewaterhouseCoopers AG keine der im Rahmen von Art. 46b Abs. 1 AVIV erforderlichen Arbeitszeitkontrolle vorweisen konnte. Die im Einspracheverfahren nachgereichten Rapporte könnten nicht berücksichtigt werden und seien, aufgrund durchgehend gleicher Zeiten, nicht authentisch. Sodann würden sie mangels Erfassung der Mittagszeiten den Anforderungen einer Arbeitszeitkontrolle nicht genügen.

In der dagegen erhobenen Beschwerde wird die Rückforderung der Leistung bestritten. Die Beschwerdeführerin macht geltend, anlässlich der Revision durch die PricewaterhouseCoopers AG habe sie darauf hingewiesen, entsprechende Stundenrapporte zu besitzen, diese jedoch nicht gefunden. Es sei nicht verständlich, dass die nachgereichten Rapporte nicht akzeptiert würden, zumal das Ausfüllen der Formulare für die Arbeitslosenkasse ohne Rapporte nicht möglich gewesen

wäre.

Streitig ist demnach, ob die im Einspracheverfahren vor der Vorinstanz nachgereichten Stundenrapporte anerkennt werden können und falls ja, ob sie den Anforderungen einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle im Sinne von Art. 46b Abs. 1 AVIV genügen.

**2.3**

Gemäss konstanter Rechtsprechung des Bundesgerichts ist dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nur mit einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeitkontrolle über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan. Fehlen geeignete Unterlagen zum Arbeitszeitnachweis, können diese weder durch die nachträgliche Befragung der betroffenen Arbeitnehmer noch andere Personen ersetzt werden (Urteil des Bundesgerichts C 229/00 vom 30. Juli 2001 E. 1B, C 260/00 vom 22. August 2001 E. 2). Das Gesagte gilt auch für nachträglich eingereichte Dokumente, da das Moment der Kontrollierbarkeit erfordert, dass ein Fachmann aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung sich anlässlich der Kontrolle ein einigermassen klares Bild über den Arbeitsausfall machen kann. Bei nachträglich eingereichten Rapporten obliegt die Beweislast – dass die Stundenrapporte täglich fortlaufend erstellt wurden – der Beschwerdeführerin. Diesen Beweis hat sie nicht erbracht, weshalb sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV, Urteil des Bundesgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E.3.2).

Des Weiteren hat der Vertreter der Beschwerdeführerin gemäss Bericht der PricewaterhouseCoopers AG vom 13. August 2007 die Frage nach einer Arbeitszeitkontrolle und das Bestehen von Aufzeichnungen anlässlich der Arbeitgeberkontrolle zuerst verneint und seine Meinung erst nach Bekanntwerden möglicher Sanktionen geändert. Im dazugehörigen Schreiben vom 13. August 2007 nahm der Vertreter der Beschwerdeführerin zudem unterschriftlich zur Kenntnis, dass nachträglich eingereichte Unterlagen eine, im Zeitpunkt der Arbeitgeberkontrolle, fehlende betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht ersetzen können.

Somit ist festzuhalten, dass nachträglich eingereichte Stundenrapporte grundsätzlich keinen Ersatz für fehlende Unterlagen anlässlich der Arbeitgeberkontrolle darstellen können und die Beschwerdeführerin den Beweis der Authentizität der nachgereichten Unterlagen nicht erbrachte.

Damit ist nicht weiter zu prüfen, ob die ins Recht gelegten Stundenrapporte den Anforderungen von Art. 46b Abs. 1 AVIV entsprechen. Anzumerken bleibt freilich, dass sich angesichts der Rapporte mit durchgehend gleichen Zeiten und ohne Berücksichtigung der Mittagspausen erhebliche Zweifel ergeben, ob diese einer entsprechenden Prüfung standhalten würden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, in welcher Fallkonstellation sich Firmen mit eingeführter Kurzarbeit meistens befinden. Die Arbeitsreserven sind reduziert und es wird nur noch teilzeitlich gearbeitet. Oftmals werden einzelne Mitarbeiter oder die gesamte Belegschaft für ganze Arbeitstage vom Erscheinen am Arbeitsplatz befreit. Umgekehrt ist aber auch zu beachten, dass sich der an den übrigen Tagen zu bewältigende Arbeitsanfall kaum exakt in den üblicherweise vorgegebenen Tagesarbeitsstunden erledigen lässt. In diesem Zusammenhang ist es namentlich denkbar, dass gewisse Restarbeiten an einzelnen Tagen über diese ordentlichen Tagesarbeitszeiten hinaus zum Abschluss gebracht werden, damit die Arbeit nicht doch am Folgetag für wenige Stunden wieder aufgenommen werden muss.

**3.**
Zusammenfassend ergibt sich, dass die Verfügung der Vorinstanz vom 22. November 2007 korrekt ist. Die Beschwerde ist daher als unbegründet abzuweisen.

**4.**
Das Verfahren vor einer Bundesbehörde richtet sich nach dem VwVG, ausser wenn sie über sozialversicherungsrechtliche Leistungen, Forderungen und Anordnungen entscheidet (Art. 55 Abs. 2 ATSG). In Bezug auf die Kostenpflicht des Verfahrens enthält das AVIG keine Bestimmung, während das ATSG lediglich die Kostenfreiheit des Verfahrens vor dem kantonalen Versicherungsgericht vorsieht; Art. 61 Bst. a ATSG ist für das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht anwendbar. Art. 55 Abs. 1 ATSG verweist für diesen Fall auf das VwVG zurück. Die gestützt auf das VwVG erlassene Verordnung vom 10. September 1969 über Kosten und Entschädigungen im Verwal-

tungsverfahren (VKE, SR 172.041.0) sah in Art. 4b vor, dass in Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen, es sei denn, es handle sich um mutwillige oder leichtfertige Beschwerden. Die Rückforderung einer Kurzarbeitsentschädigung ist als Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherung zu qualifizieren und fiel als solche grundsätzlich unter Art. 4b der Kostenverordnung (Urteil des Bundesgerichts C 114/05 vom 26. Oktober 2005 E. 5). Diese Bestimmung ist formell per Ende April 2007 aufgehoben worden (Änderung vom 21. Februar 2007, in Kraft seit 1. Mai 2007, AS 2007 1075).

Nach Art. 63 VwVG i. V. m. Art. 37 VGG sind die Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich kostenpflichtig. Für die Bemessung der Gebühren im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das VGG massgeblich (vgl. Art. 63 Abs. 5 Satz zwei VwVG), wobei die Gerichtsgebühren in einem Reglement geregelt werden (Art. 16 Abs. 1 Bst. a VGG). Das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sieht keine Kostenfreiheit analog der Regelung von Art. 4b VKE vor. Somit sind die Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor dem Bundesverwaltungsgericht kostenpflichtig, selbst wenn es sich um Streitigkeiten betreffend die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt.

In Anwendung von Art. 2 Abs. 2 VGKE werden die Verfahrenskosten auf Fr. 1'000.- festgesetzt und mit dem am 16. Januar 2008 geleisteten Kostenvorschuss verrechnet (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Eine Parteientschädigung ist ihr nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

## Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

**1.**
Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**
Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1000.- verrechnet.

**3.**
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2007-11-15/254; Gerichtsurkunde)

und mitgeteilt

- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich (A-Post, zur Kenntnis)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury Jürg Studer

## 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: 27. Juni 2008