



## **Urteil vom 27. Dezember 2021**

---

Besetzung

Richter Stephan Breitenmoser (Vorsitz),  
Richter Pascal Richard, Richter Daniel Willisegger;  
Gerichtsschreiber Alessandro Giangreco.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Rechtsanwältin Barbara Schnitter Weber,  
Schnitter Weber | Staub Weidmann,  
Niederholzstrasse 17, 8951 Fahrweid,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,**  
Arbeitsmarkt / Arbeitslosenversicherung,  
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Revisionsverfügung AGK 2020-11.

**Sachverhalt:****A.**

Die X. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Sitz in (...) bezweckt gemäss Handelsregisterauszug die Ausführung aller mit einem Baugeschäft zusammenhängenden Tätigkeiten, insbesondere Ausführungen im Akkord. Sie beanspruchte von der Syna Arbeitslosenkasse (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) Schlechtwetterentschädigungen für ihre Arbeitnehmenden für die Monate Januar und Februar 2018 und Januar bis März 2019 in der Höhe von insgesamt Fr. 49'085.40.

**B.**

Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) überprüfte im Rahmen einer Betriebskontrolle vom 3. März 2020 die Rechtmässigkeit der beanspruchten Schlechtwetterentschädigungen. Mit Revisionsverfügung vom 9. März 2020 entschied die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe Versicherungsleistungen in der Höhe von insgesamt Fr. 11'784.75 unrechtmässig bezogen. Der Betrag sei innert dreissig Tagen an die Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten. Die Vorinstanz begründete die teilweise Aberkennung der abgerechneten Schlechtwetterentschädigungen für Januar und Februar 2018 damit, dass diese auf der Grundlage eines zu hohen Lohnes berechnet worden seien. In Bezug auf die Monate Januar bis März 2019 geht die Vorinstanz davon aus, dass an Tagen, für welche Mitarbeitende Mittagzulagen erhalten hätten, in unüberprüfbarem Ausmass ganz oder teilweise gearbeitet worden sei, sodass die beanspruchten Schlechtwetterentschädigungen der jeweiligen Mitarbeitenden für diese Tage zu kürzen seien.

**C.**

Gegen die Revisionsverfügung vom 9. März 2020 erhob die Beschwerdeführerin fristgerecht Einsprache (undatiert; am 16 März bei der Vorinstanz eingegangen) bei der Vorinstanz und beantragte die Aufhebung von dessen Ziff. 3.1. Demgegenüber anerkannte die Beschwerdeführerin Ziff. 3.2 (Korrektur Schlechtwetterentschädigung von Januar und Februar 2018) der angefochtenen Verfügung. Die Beschwerdeführerin brachte vor, dass die Arbeitnehmer bei Schlechtwetter sich hätten zur Verfügung des Arbeitgebers halten müssen. Die Arbeitnehmer würden deshalb bei wetterbedingten Arbeitsausfällen auf einer Baustelle oder in dessen Nähe bleiben und um ca. 14:00 – 14:30 nach Hause gehen, sofern sich das Wetter nicht bessern würde. Aus diesem Grund seien im vorliegenden Fall auch für

diese Tage Mittagzulagen geschuldet, obwohl die Arbeitnehmer nicht effektiv gearbeitet hätten. Demnach gäbe es keinen direkten Zusammenhang zwischen den ausbezahlten Mittagzulagen und den effektiv gearbeiteten Tagen.

**D.**

Mit Einspracheentscheid vom 18. März 2019 wies die Vorinstanz die Einsprache ab. Sie hielt an ihrer Beurteilung fest und legte dar, dass sie davon ausgehe, dass an Tagen, für welche die Mitarbeitenden individuelle Mittagsschädigungen erhalten hätten, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch gearbeitet worden sei. Von der Anzahl der gewährten Mittagzulagen könne sie jedoch nicht ableiten, wie viel ein entsprechender Mitarbeitende gearbeitet habe. Im Sozialversicherungsrecht gelte der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, welcher vorliegend nicht erfüllt sei. Die Erklärung der Beschwerdeführerin, wonach die Mitarbeitenden sich bei wetterbedingten Arbeitsausfällen bis ca. 14:00 Uhr auf Abruf des Arbeitgebers vor Ort aufgehalten und daher Mittagsschädigungen erhalten hätten, sei zumindest für die Tage, an denen wetterbedingt überhaupt nicht gearbeitet worden sei, unglaublich. Diesen Überlegungen folgend habe die Vorinstanz auch nur für ganze Tage geltend gemachte Schlechtwetterentschädigungen aberkannt, soweit diese sich mit der Anzahl ausbezahlter Schlechtwetterentschädigungen überschneide.

**E.**

Mit Beschwerde vom 30. April 2020 an das Bundesverwaltungsgericht beantragt die Beschwerdeführerin, es sei die Revisionsverfügung vom 9. März 2020 aufzuheben und unter Kosten- und Entschädigungsfolge auf einen Rückforderungsbetrag von Fr. 1'792.65 zu reduzieren.

**F.**

Mit Vernehmlassung vom 24. August 2020 [recte: 24. Juli 2020] beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde vom 30. April 2020. Sie hält an ihrem Standpunkt fest, dass an jenen Tagen, für welche die Mitarbeitenden eine individuelle Mittagsschädigung erhalten hätten, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch gearbeitet worden sei.

**G.**

Mit Replik vom 20. August 2020 hält die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen fest und ersucht um Auszahlung der Schlechtwetterentschädigung im Betrag von Fr. 9'992.10. Dieser sei unrechtmässig vor Rechtskraft der

Revisionsverfügung vom 9. März 2020 von der Vorinstanz verrechnet worden.

#### **H.**

Mit Duplik vom 19. Oktober 2020 hält die Vorinstanz an ihren Anträgen fest. Es sei Tatsache, dass die Inspektoren des Revisionsdienstes des SECO anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle beim Vergleich der ganztägigen wetterbedingten Arbeitsausfälle mit den Lohnabrechnungen diverse Anomalien festgestellt hätten. Der Revisionsdienst gehe davon aus, dass die in Frage kommenden Mitarbeitenden an Tagen, an welchen individuelle Mittagzulagen entrichtet worden seien, in unüberprüfbarem Ausmass entweder ganz oder teilweise gearbeitet hätten.

#### **I.**

Auf die weiteren urteilserheblichen Vorbringen und eingereichten Akten der Parteien wird im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 18. März 2020, in welchem diese die Revisionsverfügung vom 9. März 2020 bestätigte.

**1.1** Der angefochtene Entscheid stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021) dar. Verfügungen der Vorinstanz unterliegen der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht (Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837] i.V.m. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG sowie Art. 31 und Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist somit gegeben.

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist als Adressatin des angefochtenen Einspracheentscheids durch diesen besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung (Art. 48 Abs. 1 VwVG und Art. 59 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG, SR 830.1]). Sie ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert. Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 VwVG sowie Art. 60 ATSG), der Kostenvorschuss wurde fristgemäss bezahlt (Art. 63 Abs. 4

VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt. Auf die Beschwerde ist demzufolge einzutreten.

## **2.**

Arbeitnehmende in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, haben unter gesetzlich definierten Voraussetzungen Anspruch auf eine Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 1 AVIG). Selbst bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen haben indes jene Arbeitnehmenden keinen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 42 Abs. 3 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG).

**2.1** Die ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus; welche eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung darstellt (sog. condition de fond; vgl. Urteile des BVGer B-4689/2018 vom 14. Januar 2019 E. 3.2 und B-2601/2017 vom 22. August 2018 E. 3.1.2, je mit Hinweisen). Folglich obliegt den Arbeitgebern die objektive Beweislast hinsichtlich der zur Beurteilung der Anspruchsberechtigung und Berechnung der Entschädigung erforderlichen Unterlagen, welche sie fünf Jahre aufzubewahren haben (Art. 47 Abs. 3 lit. a AVIG i.V.m. Art. 42 Abs. 3 und Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG sowie Art. 46b AVIV; vgl. Urteile des BGer 8C\_26/2015 vom 5. Januar 2015 E. 2.3, 8C\_334/2013 vom 15. November 2013 E. 2 und 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5, mit Hinweisen; Urteile des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1, B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 4.3.3, B-5566/2012 vom 18. November 2014 E. 5.1, B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 6.1, B-2909/2012 vom 3. September 2013 E. 6.4 und B-188/2010 vom 2. September 2011 E. 3.6). Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche von der Vorinstanz geführt wird (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft bei den Arbeitgebern stichprobenweise die ausgezahlten Schlechtwetterentschädigungen (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Allfällige Rückforderungen im Anschluss an Arbeitgeberkontrollen werden durch die Ausgleichsstelle verfügt, während das Inkasso der Arbeitslosenkasse obliegt (Art. 83a Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 111 Abs. 2 AVIV).

**2.2** Nach ständiger Rechtsprechung kann dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle grundsätzlich nur mit einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von wetterbedingten Arbeitsausfällen betroffenen Mitarbeitenden Genüge getan werden (vgl. Urteil des BGer 8C\_469/2011 E. 6.2.1.2; Urteile des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März

2004 E. 4; Urteil des BVGer B-1832/2016 vom 30. November 2017 E. 3.2.1, mit weiteren Hinweisen). Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllt, ist ein System zu verstehen, bei dem mindestens täglich durch die Mitarbeitenden selbst oder durch deren Vorgesetzte die gearbeitete Zeit eingegeben wird. Dabei müssen die gearbeiteten Stunden keineswegs zwingend mit einem elektronischen System erfasst werden, weshalb nicht argumentiert werden kann, die geforderte Zeiterfassung sei etwa Kleinbetrieben nicht zuzumuten. Wesentlich sind allerdings die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung (vgl. Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2; Urteile des EVG C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1 und C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4; Urteil des BVGer B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 5). Weil die an gewissen Tagen geleistete Überzeit innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist (ARV 1999 Nr. 34 S. 200), wird der Arbeitszeitausfall erst durch derartige Aufzeichnungen überprüfbar (vgl. Urteil des EVG C 35/3 vom 25. März 2004 E. 4, mit weiteren Hinweisen). Um der Anforderung der zeitgleichen Dokumentierung zu genügen, dürfen die Einträge nicht beliebig nachträglich abänderbar sein, ohne dass dies im System vermerkt wird. Eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann daher generell nicht durch nachträglich erstellte Dokumente ersetzt werden (vgl. Urteil des BVGer B-1911/2014 vom 10. Juli 2015 E. 6.2.1).

**2.3** Massgebend ist sodann, dass die betriebliche Arbeitszeitkontrolle jederzeit kontrollierbar ist: Eine Fachperson der Ausgleichsstelle muss sich innert angemessener Frist ein hinlänglich klares Bild über den Arbeitsausfall machen können. Die zur Verfügung gestellten Unterlagen müssen ermöglichen, möglichst zuverlässig die genauen Arbeitszeiten jedes und jeder einzelnen Arbeitnehmenden feststellen zu können (vgl. Urteile des BVGer B-1911/2014 vom 10. Juli 2015 E. 6.2.1, B-1946/2014 vom 3. November 2014 E. 5 und B-3996/2013 vom 27. Mai 2014 E. 6.1.1 ff.; BARBARA KUPFER BUCHER, in: Erwin Murer und Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzentschädigung, 4. Aufl. 2013, Kap. 4. zu Art. 31 AVIG). Eine Arbeitszeitkontrolle kann nach der Rechtsprechung nur dann beweistauglich sein, wenn sie – abgesehen von einzelnen Fehlern, welche immer vorkommen können – keine Unstimmigkeiten aufweist (vgl. Urteil des BGer 8C\_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2; Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.3). Die Ausgleichsstelle muss dabei zwar nicht die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell nachweisen, was sonst auf eine Umkehr der Beweislast hinauslaufen

würde. Sie muss aber bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle den Arbeitgebern Gelegenheit geben, bestehende Zweifel zu entkräften (vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteile des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.1 und B-3778/2009 vom 23. August 2011 E. 3.6).

**2.4** Im Bereich der Rückforderung von Schlechtwetterentschädigungen ist nach der Rechtsprechung das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit anzuwenden. Das Gericht hat demnach der Sachverhaltsdarstellung zu folgen, welche es als am wahrscheinlichsten erachtet (vgl. Urteil des BGer 9C\_760/2010 vom 17. November 2010 E. 2 mit Hinweisen; Urteile des BVGer B-5208/2017 vom 14. Januar 2019 E. 2 und B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.2; BGE 138 V 218 E. 6; Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; ULRICH MEYER, Die Beweisführung im Sozialversicherungsrecht, in: Thomas Gächter [Hrsg.], Ausgewählte Schriften, 2013, 363 ff., 379, mit Hinweisen; zum Begriff der "zweifellosen Unrichtigkeit" im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG vgl. E. 2.5 hiernach).

**2.5** Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Voraussetzung hierfür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist; der Versicherungsträger kann eine Wiedererwägung erlassen (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. Urteil 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 2.1; Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2). Zweifellos unrichtig ist eine Leistungszusprechung dann, wenn sie erwiesenermassen gesetzeswidrig ist. Dabei ist nicht die Grobheit des Fehlers entscheidend. Massgebend muss vielmehr das Ausmass der Überzeugung sein, dass die bisherige Entscheidung unrichtig war. Es darf kein vernünftiger Zweifel bestehen, dass eine Unrichtigkeit vorliegt (vgl. BGE 126 V 399 E. 2b/bb). Zu Unrecht ausbezahlte Schlechtwetterentschädigungen fordert die Kasse vom Arbeitgeber zurück. Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung selbst zu verantworten, so ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmenden ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 AVIG; vgl. Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 5.1).

**2.6** Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung sind Beweise ausserdem frei, ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, umfassend und

pflichtgemäss zu würdigen (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess vom 4. Dezember 1947 [BZP, SR 273]; vgl. BGE 137 II 266 E. 3.2).

**2.7** Entscheidend ist sodann die jederzeitige Kontrollierbarkeit: Eine Fachperson aus dem Durchführungsbereich der Arbeitslosenversicherung muss sich anhand der verfügbaren Unterlagen zu einem beliebigen Zeitpunkt ein hinlänglich klares Bild über die genauen Arbeitszeiten jedes Arbeitnehmenden und den schlechtwetterbedingten Arbeitsausfall machen können (vgl. Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVer B-1911/2014 vom 10. Juli 2015 E. 6.2.1; KUPFER BUCHER, a.a.O., Kap. 4. zu Art. 31 AVIG, S. 205 f.). Eine Arbeitszeitkontrolle kann im Zusammenhang mit der Prüfung eines wetterbedingten Arbeitsausfalls schliesslich nur dann beweistauglich sein, wenn sie – abgesehen von Fehlern – keine Unstimmigkeiten aufweist (vgl. Urteil des BVer 8C\_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 4.2.2).

### **3.**

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die Schlechtwetterentschädigungen in der Höhe von Fr. 11'784.75 zurückzuerstatten sind.

**3.1** Während die Beschwerdeführerin die Rückerstattung der bezogenen Schlechtwetterentschädigungen für A.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 1'792.65 für die Monate Januar und Februar 2018 anerkannt hat, bleiben die Schlechtwetterentschädigungen für B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 9'992.10 umstritten.

**3.2** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die bezogenen Schlechtwetterentschädigungen für die Mitarbeitenden B.\_\_\_\_\_, C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ rechtmässig erfolgt seien. Zwischen der Anzahl der ausbezahlten Mittagzulagen und den effektiv gearbeiteten Tagen und Halbtagen bestehe kein direkter Zusammenhang. Es könne demnach nicht sein, dass die Vorinstanz die Schlechtwetterentschädigungen an Tagen, an welchen gar nicht gearbeitet und dennoch eine Mittagzulage ausbezahlt worden sei, gekürzt habe. Die Mitarbeitenden würden jeweils angewiesen, am Morgen auf der zugewiesenen Baustelle zu erscheinen. Bei wetterbedingten Arbeitsausfällen würden sie dann im Verlauf des Tages nach Hause geschickt. Im Winter würden die Mitarbeitenden jedoch bis nach dem Mittag auf eine Verbesserung des Wetters warten. Erst nach dem Mittag würde entschieden, ob gearbeitet werden könne. Könne wetterbedingt nicht gearbeitet werden, so würden die Mitarbeitenden in der Regel um ca. 14:00



Uhr nach Hause geschickt. Daher seien die Mittagzulagen auch an Tagen, an denen wetterbedingt gar nicht gearbeitet werden könnte, geschuldet. Die Beschwerdeführerin sei darauf angewiesen, auf diese Weise vorzugehen. Denn die Wintertage seien bekanntlich kurz und die Mitarbeitenden hätten teils lange Wege, um auf die entsprechende Baustelle gelangen zu können. Würden die Mitarbeitenden z.B. erst um ca. 13:00 Uhr avisiert werden, dass sie nun doch arbeiten könnten, dann würden diese erst um ca. 14:30/15:00 Uhr auf der Baustelle eintreffen. Dies würde jedoch aufgrund der frühen Dämmerung in den Wintermonaten keinen Sinn machen. Sie sei deshalb darauf hingewiesen, dass die Mitarbeitenden in der Nähe der Baustelle blieben, um bei einer Verbesserung des Wetters ihre Arbeit schnell aufnehmen zu können. Die Beschwerdeführerin habe wichtige Fristen und Termine einzuhalten und müsse bei deren Nichteinhaltung mit Konventionalstrafen oder mit dem Verlust von Folgeaufträgen rechnen. Die optimale Ausnutzung der möglichen Arbeitszeit sei schliesslich überlebensnotwendig. Ausserdem sei es ihr nicht möglich, bereits am Morgen zu wissen, ob am Nachmittag gearbeitet werden könne, da sie nicht über die Instinkte eines Wetterfrosches verfüge.

**3.3** Nach Ansicht der Vorinstanz ist demgegenüber mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in unüberprüfbarem Ausmass an Tagen, in welchen individuelle Mittagzulagen entrichtet worden seien, entweder ganz oder teilweise gearbeitet worden. Aus der Mittagzulage könne sie jedoch nicht eruieren, wie viel die entsprechenden Mitarbeitenden gearbeitet hätten. Es sei aber jedenfalls unglaublich, dass die Mitarbeitenden – in der Hoffnung, dass das Wetter besser werde – angewiesen worden seien, sich vom frühen Morgen bis über die Mittagszeit hinaus zur Verfügung des Arbeitgebers zu halten.

**3.4** Für die Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdeführerin Anspruch hat auf Schlechtwetterentschädigungen für die Mitarbeitenden B. \_\_\_\_\_, C. \_\_\_\_\_ und D. \_\_\_\_\_ in der Höhe von Fr. 9'992.10, hat sie insbesondere auf die von ihr geleisteten Mittagzulagen hingewiesen. Ihre diesbezüglichen Vorbringen vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet es in Anwendung des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. E. 2.4) vielmehr als wahrscheinlicher, dass die betroffenen Mitarbeitenden an Tagen, an welchen Mittagzulagen geleistet wurden, in unüberprüfbarem Ausmass gearbeitet haben. Der Beschwerdeführerin ist es im Beschwerdeverfahren argumentativ und unter Verweis auf die eingereichten Beweismittel nicht gelungen, die über-

wiegenden Zweifel an ihrer Darstellung zu entkräften. So erscheint es insbesondere unglaublich, dass die betroffenen Mitarbeitenden vom Morgen bis ca. 14:00 Uhr auf besseres Wetter gewartet haben, ohne einer Arbeitsfähigkeit nachgekommen zu sein. Dass die Beschwerdeführerin Fristen und Termine einzuhalten habe und deshalb auf eine optimale Ausnutzung der möglichen Arbeitszeit angewiesen sei, mag zwar durchaus zutreffen. Die Einhaltung der vertraglichen Pflichten liegt jedoch im Geschäftsrisiko der Beschwerdeführerin, welches sie alleine zu tragen hat und in keinem Zusammenhang zum Anspruch auf Ausrichtung einer Schlechtwetterentschädigung steht. Aus der Pflicht, gewisse (Bau-)Fristen einhalten zu müssen, kann die Beschwerdeführerin deshalb nichts in Bezug auf die Ausrichtung einer Schlechtwetterentschädigung ableiten. Auch ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführerin den Entscheid, ob gearbeitet werde oder nicht, erst kurz um ca. 14:00 Uhr fällen könne. Denn die Wetterdaten können heute mittels einer genauen Internetrecherche abgerufen werden. Dies ist bereits am entsprechenden Tag früh morgens möglich, sodass keine nachvollziehbaren Gründe bestehen, um bis ca. 14:00 Uhr warten zu müssen. Sollte entgegen einer Vorhersage für schlechtes Wetter dieses dennoch bessern und ist die Wiederaufnahme der Arbeit durch die Mitarbeitenden geboten, so können diese, wie von der Beschwerdeführerin selbst ausgeführt, im Laufe des Vormittags immer noch aufgeboten werden. Dass hierbei zwischen Avisierung der Mitarbeitenden und Erscheinen auf der Baustelle eine gewisse Zeit verstreicht, ist selbsterklärend. Die Beschwerdeführerin selbst rechnet hierbei mit ca. 1 bis 1.5 Stunden für das Erscheinen an den entsprechenden Arbeitsort. Dass ein spätes Eintreffen auf der Baustelle insbesondere in den Wintermonaten wenig Sinn macht, erscheint ebenfalls nachvollziehbar. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann sie aus diesem Umstand jedoch nichts ableiten. Das Geschäftsrisiko, die wirtschaftliche Ressourcenverteilung und die Organisation für das rechtzeitige Erscheinen am Arbeitsort obliegen alleine der Beschwerdeführerin und stehen in keinem Zusammenhang zum Anspruch auf Ausrichtung einer Schlechtwetterentschädigung.

**3.5** Unter diesen Umständen ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz davon ausgegangen ist, dass der Nachweis der wegen schlechten Wetters ausgefallenen Arbeitsstunden anhand der vorliegenden Unterlagen nicht in rechtsgenügender Weise, d.h. mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, erbracht worden ist. Die Folgen hierfür hat die Beschwerdeführerin zu tragen. Aus diesen Gründen hat die Vorinstanz die Schlechtwetterentschädigungen für die hier in Frage stehenden Monate zu Recht aberkannt.

#### 4.

Die Beschwerdeführerin moniert sodann, dass die Arbeitslosenkasse mit Abrechnungen vom 12. Mai 2020 die in Frage stehenden Schlechtwetterentschädigungen in der Höhe von Fr. 11'784.75 vor Rechtskraft des vorliegenden Verfahrens verrechnet hat.

**4.1** Streitgegenstand in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Der Streitgegenstand darf im Laufe des Beschwerdeverfahrens weder erweitert noch qualitativ verändert werden; er kann sich höchstens verengen und um nicht mehr streitige Punkte reduziert, nicht aber ausgeweitet werden. Einzig eine Präzisierung ist noch möglich. Fragen, über welche die erstinstanzlich verfügende Behörde nicht entschieden hat, darf die zweite Instanz nicht beurteilen, da andernfalls in die funktionelle Zuständigkeit der ersten Instanz eingegriffen würde. Die angefochtene Verfügung bestimmt den beschwerdeweise weiterziehbaren Anfechtungsgegenstand (vgl. BGE 136 II 457 E. 4.2, 133 II 35 E. 2 und 131 V 164 E. 2.1; Urteil des BVGer A-5127/2013 vom 13. März 2014 E. 1.4.1, mit weiteren Hinweisen; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.208, 2.213 und 2.218; SEETHALER/PORTMANN, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 52 Rz. 38 ff.).

Mit dem Beschwerdeantrag wird gleichzeitig der Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt. Hierbei legt die beschwerdeführende Partei mit ihrem Begehren fest, in welche Richtung und inwieweit sie das streitige Rechtsverhältnis überprüfen lassen will (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.213). Beschwerdebegehren, die neue, in der angefochtenen Verfügung nicht geregelte Fragen aufwerfen, überschreiten den Streitgegenstand und sind – soweit sie nicht ausnahmsweise aus prozess-ökonomischen Gründen zugelassen werden – unzulässig (vgl. SEETHALER/PORTMANN, a.a.O., Art. 52 Rz. 38). In der angefochtenen Verfügung festgelegte, jedoch in der Beschwerde vom Beschwerdeführer nicht beanstandete Elemente dürfen auch von der Rechtsmittelbehörde nicht oder nur ausnahmsweise, insbesondere wenn ein enger Sachzusammenhang zum Streitgegenstand besteht, überprüft werden (vgl. SEETHALER/PORTMANN, a.a.O., Art. 52 Rz. 43).

**4.2** Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist der Einspracheentscheid zur Revisionsverfügung AGK 2020-11 vom 18. März 2020. Streitgegenstand kann demnach nur sein, was in dieser Verfügung

geregelt wurde. In dieser wurde die Einsprache abgewiesen (Ziff. I), die Rückforderung von Fr. 11'784.75 bestätigt (Ziff. II) und die Rückerstattung der bezogenen Versicherungsleistungen von Fr. 11'784.75 innert 30 Tagen an die Arbeitslosenkasse angeordnet.

Die Arbeitslosenkasse hat mit Abrechnungen vom 18. März 2020 die Rückforderungen von Schlechtwetterentschädigung für Januar und Februar 2018 sowie für Januar bis März 2019 in der Höhe von Fr. 11'784.75 der Beschwerdeführerin angezeigt. Der Beschwerdeführerin wäre es offen gestanden, schriftlich eine anfechtbare Verfügung innert 90 Tagen zu verlangen. Offensichtlich hat die Beschwerdeführerin von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht, sodass die Arbeitslosenkasse mit Auszahlungen vom 12. Mai 2020 die Rückerforderung vollständig verrechnet hat. Die Beschwerdeführerin rügt nun im vorliegenden Beschwerdeverfahren, dass das Vorgehen der Arbeitslosenkasse rechtsmissbräuchlich und willkürlich sei. Die Frage der vorzeitigen Verrechnung kann jedoch nicht im vorliegenden Verfahren beantwortet werden, da diese keinen gültigen Anfechtungsgegenstand darstellt. Die Beschwerdeführerin hätte das von ihr gerügte Vorgehen vielmehr bereits mittels separat anfechtbarer Verfügung rügen müssen. Damit ist die Frage der Verrechenbarkeit nicht entscheiderelevant (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-543/2013 vom 11. Juli 2013 E. 2.4). Auf diese Rüge ist dementsprechend nicht einzutreten.

## **5.**

**5.1** Die Vorinstanz unterstellt der Beschwerdeführerin, die Stundenkontrollblätter im vorliegenden Beschwerdeverfahren nachträglich abgeändert zu haben. Sie stellt fest, dass die eingereichten Stundenkontrollblätter nicht der durch die Inspektoren kontrollierten ursprünglichen Version dieser Dokumente entsprechen würden. Die letzte Kolonne der Excel-Tabellen, welche mit "Bez. Std." betitelt ist, sei mit handschriftlichen Notizen ergänzt worden. Schliesslich bezieht sie sich auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-4698/2018 vom 14. Januar 2019 E. 2.5.3, in welchem dargelegt würde, dass nachträglich eingereichte Dokumente für den Nachweis einer genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht berücksichtigt werden könnten, wenn keine Rückschlüsse auf deren Authentizität gezogen werden könne.

**5.2** Die Beschwerdeführerin führt aus, dass die Stundenkontrollblätter unverändert der Beschwerdeschrift beigelegt worden seien. Die handschrift-

lichen Notizen über Windgeschwindigkeiten und Temperaturen auf den Kopien seien lediglich als Hinweis für die tatsächlichen Wetterverhältnisse für die Beschwerdeinstanz angebracht worden. Sie habe die Stundenkontrollblätter nicht nachträglich manipuliert.

**5.3** Wie bereits in E. 2.2 dargelegt, kann eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung generell nicht durch nachträglich erstellte Dokumente ersetzt werden. Vorliegend liegt jedoch kein Fall von nachträglich erstellten Dokumenten vor. Die Beschwerdeführerin hat die Stundenkontrollblätter lediglich um handschriftliche Notizen ergänzt. Die Stundenkontrollblätter ohne Handnotizen wurden im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nachgereicht. Dieselben Stundenkontrollblätter wurden anlässlich des vorinstanzlichen Verfahrens bereits durch die Inspektoren des SECO überprüft. Dass die Stundenkontrollblätter handschriftlich ergänzt wurden, wird auch nicht durch die Beschwerdeführerin bestritten. Dass sie dies mit der Absicht einer nachträglichen Manipulation vorgenommen hätte, ist nicht erstellt. Folglich ist das von der Vorinstanz zitierte Urteil für die hier vorliegende Frage nicht einschlägig, denn es handelt sich nicht um nachträglich eingereichte Dokumente, sondern um die Originaldokumente, welche "hilfsweise" und ohne böswillige Absicht mit Handschriften versehen bzw. handschriftlich ergänzt wurden. Die vorliegend in Frage stehenden Stundenkontrollblätter sind überdies von geringer Relevanz. Wie bereits in E. 3.5 dargelegt, erachtet es das Bundesverwaltungsgericht als wahrscheinlicher, dass die betroffenen Mitarbeitenden an Tagen, an welchen Mittagszulagen geleistet wurden, in unüberprüfbarem Ausmass gearbeitet haben. Der Anzahl ausbezahlter Mittagsentschädigungen kommt somit die grössere Beweiskraft zu, als der eingereichten Stundenkontrollblätter. Aus den Stundenkontrollblättern kann die Beschwerdeführerin demnach nichts zu ihrem Vorteil ableiten.

## **6.**

Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Stundenrapporte bereits durch die Arbeitslosenkasse überprüft worden und als korrekt anerkannt worden seien. Es sei nicht schützenswert, dass die Vorinstanz die Entscheidung der Arbeitslosenkasse nicht anerkenne.

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche im SECO geführt wird, überwacht die Entscheide der kantonalen Amtsstellen und verfügt bei Arbeitgeberkontrollen (Art. 83 Abs. 1 Bst. I und Art. 83a Abs. 3 AVIG). Gemäss Art. 110 Abs. 4 AVIV prüfen die Ausgleichsstellen und die

von ihr beauftragten Treuhandstellen stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Schlechtwetterentschädigungen. Als Aufsichtsbehörde hat die Vorinstanz für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen. Folglich ist nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz die Rechtmässigkeit der bezogenen Schlechtwetterentschädigungen überprüft. Hierfür besteht eine gesetzliche Grundlage. Es handelt sich deshalb vorliegend nicht um eine Frage des Vertrauensschutzes (vgl. Urteil des BVGer B-2480/2020 vom 9. November 2020 E. 3.4 f.). Die Rüge der Beschwerdeführerin ist damit unbegründet.

#### **7.**

Im Ergebnis erweist sich die Beschwerde mit Bezug auf die Rückforderung der Schlechtwetterentschädigungen als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **8.**

Beschwerdeverfahren über den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vor dem Bundesverwaltungsgericht sind kostenpflichtig, selbst wenn es sich um Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherungen handelt (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; vgl. Urteil des BVGer B-3996/2013 vom 27. Mai 2014 E. 11.1, mit Hinweisen). Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG sowie Art. 1 ff. des Reglementes über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008 [VGKE, SR 173.320.2]). Stehen – wie vorliegend – Vermögensinteressen auf dem Spiel, bemisst sich die Gerichtsgebühr grundsätzlich nach dem Streitwert sowie nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 2 i.V.m. Art. 4 VGKE). Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind der Beschwerdeführerin für das vorliegende Verfahren Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– aufzuerlegen.

#### **9.**

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

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Stephan Breitenmoser

Alessandro Giangreco

**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 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). 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 (Art. 42 BGG).

Versand: 1. Februar 2022



Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 2020-11; Gerichtsurkunde).