



Abteilung II
B-2909/2012

Urteil vom 3. September 2013

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Francesco Brentani, Richterin Eva Schneeberger,
Gerichtsschreiber Michael Müller.

Parteien

A. _____ AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Staatssekretariat für Wirtschaft SECO,
Vorinstanz.

Gegenstand

Rückerstattung von Kurzarbeitsentschädigungen.

Sachverhalt:**A.**

Die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Sitz Z. _____ bezweckt die Informatik-Beratung aller Art, den Betrieb eines virtuellen Kraftwerks sowie die Erstellung und den Vertrieb von Geräten für die Steuerung und Optimierung von Anlagen. Sie machte gegenüber der Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau (Arbeitslosenkasse) für die Monate Juli 2009 bis August 2011 wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend. In der Folge zahlte ihr die Arbeitslosenkasse Kurzarbeitsentschädigungen aus.

Am 27. Februar 2012 überprüfte das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz), ob die von der Beschwerdeführerin beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen rechtmässig seien.

Mit Revisionsverfügung vom 27. März 2012 entschied die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe Versicherungsleistungen in Höhe von Fr. 640'097.60 unrechtmässig bezogen. Diese seien innert 30 Tagen an die Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten. Zur Begründung führte sie aus, anlässlich der Arbeitgeberkontrolle seien ihr zur Prüfung der geltend gemachten Kurzarbeitsausfälle unvollständige Arbeits- und Spesenrapporte vorgelegt worden, welche lediglich produktive, d.h. den Kunden direkt verrechenbare Stunden sowie Ferien- und Krankheitsabsenzen auswiesen. Bei verschiedenen Mitarbeitern hätten indessen vollständige Arbeits- und Spesenrapporte erhoben werden können, welche auch umfangreiche Stunden für administrative Tätigkeiten enthielten. Herr B. _____, Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift sowie Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, habe in der Folge die vollständigen Arbeits- und Spesenrapporte für alle Mitarbeiter vorgelegt, aus welchen ersichtlich sei, dass die Arbeitnehmer an den geltend gemachten Kurzarbeitstagen vollumfänglich gearbeitet und teilweise sogar Mehrstunden geleistet hätten, einen Kurs besucht hätten oder infolge Ferien-/Freitagebezügen bzw. Krankheitsabsenzen abwesend gewesen seien. Auch sei offenbar für bestimmte gesetzliche Feiertage Kurzarbeitsentschädigung geltend gemacht worden. Kurzarbeitsausfälle würden darin jedoch keine festgehalten.

Am 16. April 2012 erhob die Beschwerdeführerin Einsprache und beantragte sinngemäss die vollständige Aufhebung der Revisionsverfügung. Sie erklärte, man habe für die Revision u.a. Arbeitsrapporte der Mitarbeiter mit der angeordneten Kurzarbeit zusammengestellt. Diese seien wö-

chentlich von der Geschäftsleitung genehmigt, durch die Mitarbeiter unterzeichnet sowie jeweils mit der Arbeitslosenkasse abgerechnet worden und entsprächen der aus ihrer Sicht notwendigen Zeitaufschreibung für die Kurzarbeit. Die von der Vorinstanz bei den Mitarbeitern erhobenen Zeitaufschreibungen entsprächen dagegen nicht den tatsächlichen Gegebenheiten und seien daher nicht relevant. Die Mitarbeiter seien auf freiwilliger Basis einer sinnvollen Beschäftigung nachgegangen, welche zum Ziel gehabt habe, die Firma weiter zu unterstützen und ihren Arbeitsplatz zu sichern. Einzig aus Motivationsgründen sei intern vereinbart worden, dass sie alle Tätigkeiten aufschreiben sollten. Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, sie habe sich auf eine öffentliche Ausschreibung der Osec hin beworben. Der unentgeltliche Aufwand während der Realisierung dieses Auftrages habe über 2'500 Arbeitsstunden betragen. Ferner habe sie für die Krebsliga des Kantons Zürich (NPO) die "Patiententransporte" und das "Krebskataster" erstellt.

Mit Entscheid vom 26. April 2012 wies die Vorinstanz die Einsprache ab. In der Begründung erklärte sie, es sei zwecks Plausibilisierung der ihr zunächst vorgelegten Unterlagen legitim gewesen, die Arbeits- und Spesenrapporte direkt am Entstehungsort bei einzelnen Mitarbeitern an deren PC einzusehen. Mit der Begründung ihrer Einsprache zeige die Beschwerdeführerin auf, dass die anfangs unproduktiven bzw. für die Mitarbeiter freiwilligen Arbeitsstunden schlussendlich für den Betrieb zur Generierung eines Auftrages führten, weshalb diese Stunden nicht über die Arbeitslosenversicherung entschädigt werden könnten. Gleich verhalte es sich mit den restlichen unproduktiven Arbeitsstunden sowie sämtlichen Absenzen infolge Ferien, Feiertagen, Krankheiten und sonstigen bezahlten und unbezahlten Abwesenheiten, welche auch bei einem normalen Geschäftsverlauf anfallen würden.

B.

Gegen diesen Entscheid erhob die Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin C._____, am 29. Mai 2012 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, der Einspracheentscheid sei vollständig aufzuheben und es sei von einer Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung abzusehen; eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Zur Begründung bringt sie vor, die Vorinstanz habe Art. 31 und 32 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG, SR 837.0) unrichtig angewandt. Die Behauptung der Vorinstanz, es seien ihr nicht die effektiven, vollständigen Arbeits- und Spesen-

rapporte vorgelegt worden, sei nicht korrekt. Auch treffe deren Feststellung, die Mitarbeiter hätten an den geltend gemachten Kurzarbeitstagen vollumfänglich gearbeitet und teilweise sogar Mehrarbeit geleistet, nicht zu. Die vollumfängliche Rückforderung der bezogenen Kurzarbeitsentschädigung sei unzulässig, da die Vorinstanz den Nachweis schuldig geblieben sei, dass sämtliche deklarierten Arbeitsausfälle nicht anrechenbar gewesen seien. Sodann rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht. Indem die Vorinstanz ihrer Rechtsvertreterin nicht praxisgemäss auf deren Gesuch hin die Verfahrensakten zugestellt habe, habe sie zudem ihren Anspruch auf Akteneinsicht verletzt. Die Herausgabe der vollständigen Stundenrapporte sei unrechtmässig erfolgt, weshalb diese als Beweismittel im vorliegenden Verfahren nicht zuzulassen seien. Schliesslich sei die Rückforderung der vollständigen bezogenen Kurzarbeitsentschädigung unverhältnismässig, da damit genau das zunichte gemacht würde, was mit der Kurzarbeitsentschädigung bezweckt und erreicht worden sei.

Mit Vernehmlassung vom 26. Juli 2012 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie legt dar, dass, falls die vermeintlich vollständigen Arbeits- und Spesenrapporte tatsächlich nicht korrekt bzw. von den Mitarbeitern falsch ausgefüllt worden sein sollten, dies im Ergebnis dazu führe, dass auch diese Unterlagen keine exakte Berechnung eines allfälligen Arbeitsausfalles zuließen. Es fehle somit an einer rechtsgenügenden Arbeitszeitkontrolle. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin sei es nicht Aufgabe der Vorinstanz, die angeblich zu viel geleisteten Arbeitsstunden auszuweisen. Vielmehr obliege es der Beschwerdeführerin, den Arbeitsausfall so zu dokumentieren, dass dieser bestimm- und kontrollierbar sei. Schliesslich legt die Vorinstanz dar, warum ihrer Ansicht nach keine Verletzung der Begründungspflicht vorliege, dass sie das Gericht um Heilung einer allfälligen Verletzung des Akteneinsichtsrechts im Beschwerdeverfahren ersuche, dass die vollständigen Arbeits- und Spesenrapporte keine auf unzulässige Weise erlangte Beweismittel darstellten, sondern von Herrn B. _____ selbst zur Verfügung gestellt worden seien und dass keine Unangemessenheit vorliege.

Mit Replik vom 12. Oktober 2012 stellt die Beschwerdeführerin den modifizierten Antrag, der angefochtene Entscheid sei soweit aufzuheben, als die Rückforderung über den Betrag von Fr. 11'267.80 hinausgehe und hält im Übrigen an ihrem Eventualantrag fest. Eine Überprüfung der Unterlagen habe ergeben, dass irrtümlicherweise für gewisse gesetzliche

Feiertage Kurzarbeit geltend gemacht worden sei und dass für eine Mitarbeiterin die Ferien falsch abgerechnet worden seien.

In ihrer Duplik vom 9. November 2012 hält die Vorinstanz vollumfänglich an ihren Rechtsbegehren fest und verweist grundsätzlich auf ihre Ausführungen in der Vernehmlassung vom 26. Juli 2012.

Mit Eingabe vom 22. November 2012 legt die Beschwerdeführerin unter Beilage ihrer Geschäftszahlen dar, dass eine Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung ihren Konkurs und die Kündigung ihrer 11 Mitarbeiter zur Folge hätte.

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 [VGG, SR 173.32] sowie Art. 101 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG, SR 837.0]).

Durch den angefochtenen Einspracheentscheid ist die Beschwerdeführerin besonders berührt, und sie hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren [VwVG, SR 172.021]). Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerde sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Die Vertreterin hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG), der Kostenvorschuss wurde fristgerecht bezahlt (Art. 63 Abs. 4 VwVG) und die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen liegen vor (Art. 44 ff. VwVG).

Auf die Beschwerde ist somit einzutreten.

2.

Das Arbeitslosenversicherungsgesetz will den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Arbeitslosigkeit,

Kurzarbeit, schlechtem Wetter und Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers garantieren (Art. 1a Abs. 1 Bst. a-d AVIG).

Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 1 Bst. a-d AVIG). Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist (Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG). Die Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 (AVIV, SR 837.02) enthält Ausführungsbestimmungen zu den Vorschriften des AVIG (Art. 109 AVIG). Hiernach setzt die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 AVIV). Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Art 46b Abs. 2 AVIV). Es soll damit sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (Urteile der I. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts [BGer] 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 und des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] 8C_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 2). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5; Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E 3.2).

Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche das SECO führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (Art. 110 Abs. 4 AVIV). Stellt die Ausgleichsstelle fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht eingehalten werden, 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 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.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin zunächst, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie wisse nicht, welche Verfehlungen ihr konkret vorgeworfen würden. Auch habe sich die Vorinstanz nicht mit ihren Argumenten befasst, insbesondere was die Rohfassung der Arbeits- und Spesenrapporte angehe. Ihre Geschäftszahlen seien beim Einspacheentscheid überhaupt nicht berücksichtigt worden und die Beantwortung ihrer Einsprache habe nur knapp 10 Tage in Anspruch genommen.

Die Vorinstanz erklärt, der Beschwerdeführerin habe aufgrund der in der Revisionsverfügung enthaltenen Ausführungen, wonach ihr anlässlich der Revision unvollständige Arbeits- und Spesenrapporte vorgelegt worden seien und die von Herrn B. _____ nachträglich zur Verfügung gestellten vollständigen Arbeits- und Spesenrapporte nach eigenen Aussagen der Beschwerdeführerin nicht korrekt seien, klar sein müssen, dass ihre Unterlagen mangelhaft waren. Im Einspracheentscheid werde sodann unmissverständlich dargelegt, dass die freiwillige Beschäftigung der Mitarbeitenden für die Beschwerdeführerin nicht als Arbeitsausfall angerechnet werden könne. Betreffend rechtsgenügender betrieblicher Arbeitszeitkontrolle sei sie ihrer Begründungspflicht daher vollumfänglich nachgekommen.

3.1 Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) ergibt sich, dass die Behörde die Vorbringen der vom Entscheid in ihrer Rechtslage betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidungsfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen. Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheides Rechenschaft geben kann und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (vgl. BGE 136 V 351 E. 4.2, 134 I 83 E. 4.1).

3.2 Was die von der Beschwerdeführerin bemängelte Dauer der Verfahrenserledigung (zehn Tage) betrifft, ist festzuhalten, dass diese nicht un-

gebührllich kurz erscheint. Angesichts des relativ einfachen Sachverhalts, mit welchem die Vorinstanz aufgrund der zeitlichen Nähe zum Erlass der Revisionsverfügung noch bestens vertraut gewesen sein dürfte, sowie der sich stellenden Rechtsfragen kann ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass eine sachgerechte Würdigung der Causa in zehn Tagen durchaus möglich war.

3.3 In ihrem Einspracheentscheid führt die Vorinstanz aus, die ihr von der Beschwerdeführerin zunächst vorgelegten Arbeits- und Spesenrapporte entsprächen nicht den an eine rechtsgenügende betriebliche Arbeitszeitkontrolle zu stellenden Anforderungen, habe doch deren legitime Plausibilisierung direkt am Ursprungsort (Mitarbeiter-PCs) ergeben, dass es sich dabei nicht um die effektiven, vollständigen Arbeits- und Spesenrapporte handle. Die in den vollständigen Arbeits- und Spesenrapporten vermerkten freiwilligen Arbeitsstunden der Mitarbeiter könnten, ebenso wie die unproduktiven Arbeitsstunden oder sämtliche Absenzen infolge Ferien, Feiertagen, Krankheiten und sonstigen bezahlten und unbezahlten Abwesenheiten nicht über die Arbeitslosenversicherung entschädigt werden.

Der Vorinstanz kann nicht vorgeworfen werden, sie habe, indem sie nicht weiter auf die diese Rapporte betreffenden Argumente der Beschwerdeführerin oder auf die seitens dieser unterbreiteten Geschäftszahlen eingegangen ist, deren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Sie hat sich auf das Entscheidwesentliche beschränkt und damit ihre Begründungspflicht rechtsgenügend erfüllt.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt in verfahrensrechtlicher Hinsicht sodann, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör bzw. auf Akteneinsicht verletzt, indem sie ihrer Rechtsvertreterin nicht praxisgemäss auf deren Gesuch hin die Verfahrensakten zugestellt habe. Hierzu ist festzuhalten, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin auf deren Gesuch um Zustellung der Verfahrensakten vom 4. Mai 2012 hin zunächst mit Schreiben vom 11. Mai 2012 mitteilte, gestützt auf welche Unterlagen die Aberkennung der bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen erfolgt war, dass sie über dieselben lediglich in Form von Kopien bzw. in elektronischer Form verfüge und deshalb den Vertreter der Beschwerdeführerin bitte, im Betrieb der Beschwerdeführerin Einsicht in die Originalunterlagen zu nehmen. Auf das erneute Gesuch der Beschwerdeführerin um Zustellung der Verfahrensakten vom 14. Mai 2012 hin bot die Vorinstanz

dieser die Einsichtnahme in die vorhandenen Kopien nach entsprechender Terminvereinbarung an ihrem Sitz an.

Nach Art. 47 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) steht die Akteneinsicht der versicherten Person für die sie betreffenden Daten zu und gemäss Bst. b derselben Bestimmung den Parteien für die Daten, die sie benötigen, um einen Anspruch oder eine Verpflichtung nach einem Sozialversicherungsgesetz zu wahren oder zu erfüllen oder um ein Rechtsmittel gegen eine auf Grund desselben Gesetzes erlassene Verfügung geltend zu machen. Das Verfahren zur Akteneinsicht richtet sich nach Art. 8 f. der Verordnung vom 11. September 2002 über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSV, SR 830.11). Gemäss Art. 8 Abs. 2 ATSV wird die Akteneinsicht grundsätzlich am Sitz des Versicherers oder seiner Durchführungsorgane gewährt. Einen Rechtsanspruch auf Zustellung von Originalakten oder Kopien begründet das ATSG hingegen nicht. Das Bundesgericht hat in neueren Entscheiden zudem offengelassen, ob sich für Rechtsanwälte aus Art. 29 Abs. 2 BV (verfassungsmässiger Anspruch auf rechtliches Gehör) oder Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und Menschenrechte vom 4. November 1950 (EMRK, SR 0.101) ein Anspruch auf Herausgabe der Akten ergebe (vgl. BGE 122 I 109 E. 2b; 120 IV 242 E. 2c/bb).

Vor diesem Hintergrund kann der Vorinstanz keine Verletzung des Akteneinsichtsrechts der Beschwerdeführerin vorgeworfen werden, indem diese letzterer die Akten nicht antragsgemäss zugestellt, sondern ihr stattdessen eine Einsichtnahme in dieselben an ihrem Sitz anboten hat. Im Übrigen wurden der Beschwerdeführerin im Verlaufe des gegenständlichen Beschwerdeverfahrens im Rahmen der Einräumung des Replikrechts mit Verfügung vom 30. Juli 2012 neben der Vernehmlassung der Vorinstanz auch deren Vorakten zugestellt.

5.

Die Beschwerdeführerin bringt in formeller Hinsicht weiter vor, die Vorinstanz sei unrechtmässig an die ursprünglichen Arbeits- und Spesenrapporte der Arbeitnehmer (vgl. Vorakten, Bundesordner "AKG 2012-27, A. _____ AG, Z. _____, Zeiterfassungen", Ausdrucke auf weissem Papier) gelangt, weshalb diese als Beweismittel im vorliegenden Verfahren nicht zuzulassen seien. Der Revisor habe diese Rapporte eigenmächtig und gegen den Willen des Geschäftsführers von den Computern der

Arbeitnehmer kopiert. Die Vorinstanz stellt sich stattdessen auf den Standpunkt, die ursprünglichen Arbeits- und Spesenrapporte sämtlicher Mitarbeiter seien ihr vom Geschäftsführer der Beschwerdeführerin vorgelegt worden. Welche dieser Darstellungen zutrifft, kann vorliegend offen bleiben. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend ausführt, war es nämlich zwecks Plausibilisierung der von der Beschwerdeführerin für die Revision zusammengestellten Unterlagen durchaus legitim und vom Zweck der Arbeitgeberkontrolle gedeckt, die Arbeits- und Spesenrapporte direkt am Entstehungsort bei einzelnen Mitarbeitern an deren PC einzusehen. Die Einsicht wurde dem Revisor denn auch ohne Anwendung von Zwang oder Drohung von dessen Seite gewährt. Folglich handelt es sich bei den entsprechenden Rapporten nicht um widerrechtlich erlangte Beweismittel, weshalb diese vorliegend bei der materiellen Beurteilung Berücksichtigung finden.

6.

In materieller Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, sie habe der Vorinstanz anlässlich der Arbeitgeberkontrolle entgegen deren Darstellung die effektiven Arbeits- und Spesenrapporte vorgelegt (vgl. Vorakten, Bundesordner "AKG 2012-27, A. _____ AG, Z. _____, Zeiterfassungen", Kopien auf Umweltschutzpapier). Diese wöchentlich bereinigten, von den Mitarbeitern signierten Rapporte wiesen die tatsächlichen Arbeits- und Ausfallstunden aus, entsprächen den gesetzlichen Bestimmungen und seien auch von der Arbeitslosenkasse so akzeptiert worden. Die auf den Computern der Mitarbeiter erhobenen bzw. von Herr B. _____ erhaltenen ursprünglichen Arbeits- und Spesenrapporte entsprächen nicht den tatsächlichen Gegebenheiten. Bei den darin von den Mitarbeitern in Spalte "Adm. (h)" eingetragenen Tätigkeiten handle es sich entgegen der entsprechenden, von der Vorinstanz getroffenen Feststellung nicht um Arbeitstätigkeiten, sondern um eine sinnvolle Beschäftigung während der ihnen zwangsweise auferlegten Freizeit. Diese Tätigkeiten hätten die Arbeitnehmer selber ausgesucht und sie hätten während deren Erledigung auch nicht unter der Kontrolle der Arbeitgeberin gestanden.

Die Vorinstanz führt demgegenüber an, weder die ihr zunächst vorgelegten, nachbearbeiteten Arbeits- und Spesenrapporte noch die ursprünglichen und vermeintlich vollständigen Arbeits- und Spesenrapporte der Mitarbeiter taugten als betriebliche Arbeitszeitkontrolle. Erstere stellten, da es um nachträglich erstellte Unterlagen handle, kein taugliches Mittel zur Bestimm- und Kontrollierbarkeit der Arbeitsausfälle dar. Letztere wür-

den von der Beschwerdeführerin selbst als fehlerhaft und unvollständig bezeichnet, womit die Beschwerdeführerin ihnen selbst die Glaubwürdigkeit entziehe. Daher sei ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung aufgrund fehlender Bestimm- und Kontrollierbarkeit i.S.v. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG abzulehnen.

Nachfolgend ist zu klären, ob die Vorinstanz zu Recht gestützt auf die ursprünglichen Arbeits- und Spesenrapporte der Mitarbeiter die Rückerstattung der von der Beschwerdeführerin bezogenen Kurzarbeitsentschädigung verfügt hat, weil darin keine Kurzarbeitsausfälle festgehalten seien.

6.1 Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat schon verschiedentlich festgehalten, dass dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle vorbehaltlich ganz besonderer, vorliegend nicht gegebener Umstände (vgl. hierzu das Urteil des EVG 59/01 vom 5. November 2001), nur mit einer *täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden* der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter Genüge getan ist, die u.a. nicht erst durch nachträglich erstellte Dokumente (z.B. Wochenrapporte, Befragung der betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer) ersetzt werden kann. Dabei müssen die gearbeiteten Stunden keineswegs zwingend mit einem elektronischen System erfasst sein. Wesentlich ist allerdings die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung, weshalb auch nicht argumentiert werden kann, die geforderte Zeiterfassung könne Kleinbetrieben nicht zugemutet werden. Es sei sodann keineswegs überspitzt formalistisch (vgl. hierzu BGE 128 II 139 e. 2a, 127 I 31 E. 2aa/bb), wenn von einem Betrieb, welcher das Formular "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Arbeitsstunden" fortlaufend ausfüllt, zwecks Kontrolle des geltend gemachten Arbeitszeitausfalls darüber hinaus fortlaufende Aufzeichnungen der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit verlangt werden. Denn 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 (Urteil des EVG C 35/03 vom 25. März 2004 E. 4 mit weiteren Hinweisen).

Unter einer täglich fortlaufenden Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllen würde, ist somit ein System zu verstehen, bei welchem - sei es auf Papier oder elektronisch - mindestens täglich durch den Mitarbeiter selbst oder seinen Vorgesetzten die gearbeitete Zeit eingegeben wird. Um der Anforderung der zeitgleichen Dokumentierung der geleisteten Arbeitszeit zu genügen, dürfen die Einträge auch nicht belie-

big nachträglich abänderbar sein, ohne dass dies im System vermerkt wird. Eine rechtsgenügende Arbeitszeiterfassung kann daher grundsätzlich nicht durch Dokumente ersetzt werden, die erst im Nachhinein erstellt wurden (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-3778/2009 vom 23. August 2011 E. 3.3 und B-4632/2011 vom 6. März 2012 E. 5.1).

6.2 Die von der Beschwerdeführerin anlässlich der Revision vom 27. Februar 2012 zunächst vorgelegten Arbeits- und Spesenrapporte entsprechen nach deren eigener Darstellung den wöchentlich durch den Geschäftsführer um die freiwilligen Arbeitsstunden bereinigten ursprünglichen Arbeits- und Spesenrapporten der Mitarbeiter. Es handelt sich bei diesen Rapporten somit um nachträglich erstellte bzw. bereinigte Dokumente, bei denen eine Korrektur der tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden zugunsten der Beschwerdeführerin nicht ausgeschlossen werden kann. Sie vermögen nach der vorstehend zitierten Rechtsprechung den an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle zu stellenden Anforderungen nicht zu genügen.

6.3 Die ursprünglichen Arbeits- und Spesenrapporte der Mitarbeiter entsprechen dagegen grundsätzlich dem Erfordernis einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden, so dass die Vorinstanz im Vergleich zu den vom Geschäftsführer bereinigten Rapporten zu Recht auf diese abstellte.

Eine Einsichtnahme in diese Rapporte, insbesondere in die Einträge in deren Spalte "Adm.(h)", legt aufgrund der dortigen Tätigkeitsumschreibungen den Schluss nahe, dass die dort vermerkten Beschäftigungen (allg. Büroarbeiten/administrative Tätigkeiten/Projektentwicklungen etc.) Arbeitsleistungen im Interesse der Beschwerdeführerin darstellen. Die Argumentation der Beschwerdeführerin, die Mitarbeiter seien auf freiwilliger Basis einer sinnvollen Beschäftigung nachgegangen mit dem Ziel, die Arbeitgeberin zu unterstützen und ihre Arbeitsplätze zu sichern, und hätten diese Tätigkeiten einzig zur eigenen und gegenseitigen Motivation in die Arbeits- und Spesenrapporte eingetragen, weshalb es sich dabei um wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden handle, vermag nicht zu überzeugen. Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt, lässt sich kaum schlüssig erklären, weshalb die von den Arbeitnehmenden geleistete freiwillige Arbeit Aufnahme in die ursprünglichen Arbeits- und Spesenrapporte der Mitarbeiter hätte finden sollen, wenn nicht, um der Beschwerdeführerin eine gewisse Kontrolle darüber zu verleihen, welche Arbeiten die Arbeitnehmenden allenfalls zuhause vornehmen. Mit der Vorinstanz ist ferner auch

nicht auszuschliessen, dass eine derartige Dokumentation vorgenommen wurde, um die aufgewendeten Stunden später allfälligen Kunden in Rechnung zu stellen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Auftrag der osec erscheinen widersprüchlich: während sie in ihrer Einsprache vom 16. April 2012 gegen die Revisionsverfügung ausführt (Ziff. 2.3), "Um diesen Auftrag zu erhalten, haben sich alle Mitarbeiter engagiert und eingearbeitet und dies vor allem während der Freizeit", bestreitet sie Selbiges in ihrer Replik vom 12. Oktober 2012 vollumfänglich (vgl. II. Materielles, Ziff. 5). Gleichwohl räumt sie an letzterer Stelle ein, ihre Mitarbeiter hätten im Rahmen der Erfüllung dieses Auftrages 2'500 kostenlose freiwillige Stunden investiert. Daran, dass diese Arbeitsstunden im Interesse der Beschwerdeführerin geleistet wurden und sie daher nicht als Ausfallstunden zu werten sind, kann kein Zweifel bestehen. Die Beschwerdeführerin erkennt offenbar, dass wie die produktiven, den Kunden direkt in Rechnung gestellten Arbeitsstunden auch sämtliche unproduktiven Arbeitsstunden keinesfalls als Ausfallstunden zählen.

Wie die Vorinstanz in der Revisionsverfügung vom 27. März 2012 feststellt, ist aus den ursprünglichen Arbeits- und Stundenrapporten der Mitarbeiter weiter ersichtlich, dass Letztere an den geltend gemachten Kurzarbeitstagen mitunter Kurse besucht haben oder zufolge Ferien-/Freitagebezügen und Krankheitsabsenzen abwesend waren. Die Beschwerdeführerin räumt denn auch in ihrer Replik vom 12. Oktober 2012 ein, dass für die Feiertage Mariä Empfängnis (8. Dezember 2009 und 2010), Christi Himmelfahrt (13. Mai 2010) und Mariä Himmelfahrt (15. August 2011) sowie für die Ferien einer Mitarbeiterin zu Unrecht Kurzarbeitsentschädigungen in der Höhe von insgesamt Fr. 11'267.80 geltend gemacht und bezogen worden seien.

Mit der Vorinstanz kann somit festgehalten werden, dass aus den ursprünglichen Arbeits- und Spesenrapporten der Mitarbeiter ersichtlich ist, dass die Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin an den geltend gemachten Kurzarbeitstagen vollumfänglich gearbeitet und teilweise sogar Mehrstunden geleistet haben oder aus nicht wirtschaftlichen Gründen (Kursbesuch, Ferien-/Feiertagebezüge bzw. Krankheitsabsenzen) abwesend gewesen sind. Kurzarbeitsausfälle gehen daraus indessen nicht hervor.

6.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, die vollumfängliche Rückforderung der bezogenen Kurzarbeitsentschädigung sei unzulässig, da die Vorinstanz den Nachweis schuldig geblieben sei, dass sämtliche deklarierten Arbeitsausfälle nicht anrechenbar gewesen wären. Die Verwaltung hat bei

begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer Arbeitszeitkontrolle der Firma zwar die Gelegenheit zu 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 jedoch dem Arbeitgeber (Art. 38 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 46b AVIV; vgl. Urteil des Bundesgerichts C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2 sowie Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7901/2007 vom 10. November 2008 E. 4.3.3 m.w.H. sowie B-3778/2009 vom 23. August 2011).

Im Ergebnis hat demnach die Beschwerdeführerin die Folgen der Beweislosigkeit betreffend die von ihr geltend gemachten Ausfallstunden, die in der vollständigen Rückerstattung der unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen bestehen, zu gewärtigen.

6.5 Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, die vollständige Rückforderung der bezogenen Kurzarbeitsentschädigung sei unverhältnismässig, da sie aufgrund derselben in den Konkurs getrieben werde. Dabei erkennt sie, dass die sie allenfalls treffenden Folgen einer vollständigen Rückforderung der bezogenen Kurzarbeitsentschädigung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, sondern des beim Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Aargau bereits anhängigen Verfahrens auf Erlass der Rückforderung der bezogenen Kurzarbeitsentschädigung sind.

6.6 Schliesslich kann die Beschwerdeführerin auch aus dem Argument, die bereinigten Rapporte seien von der Arbeitslosenkasse akzeptiert und die von dieser erhaltenen Kurzarbeitsentschädigungen seien ihr vorbehaltlos ausbezahlt worden, nichts zugunsten ihres Standpunktes ableiten, löst dieser Umstand doch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung keinen Vertrauensschutz aus (vgl. zur Schlechtwetterentschädigung das Urteil der I. sozialrechtlichen Abteilung des BGer 8C_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 6.2.1.2; vgl. auch Rz. B36 des Kreisschreibens der SECO Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung über die Kurzarbeitsentschädigung [KS KAE], Ausgabe Januar 2005). Nach der gesetzlichen Regelung ist nämlich die Arbeitslosenkasse nicht verpflichtet die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären (zu deren Pflichtenheft vgl. Art. 39 Abs. 1 AVIG). Vielmehr erfolgen – wie vorliegend – nachträglich zu Auszahlung angeordnete Arbeitgeberkontrollen, welche vom SECO durchgeführt werden. Insbesondere die Rechtmässigkeit der bezogenen Leistungen lässt sich nämlich regelmässig einzig anhand von

detaillierten betrieblichen Unterlagen, namentlich auf Grund eines hinreichenden Zeiterfassungssystems (im Sinne des Erfordernisses der täglich fortlaufenden Aufzeichnung) feststellen.

6.7 Insgesamt ergibt sich nach dem Vorstehenden, dass der geltend gemachte Arbeitsausfall von der Beschwerdeführerin nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht geforderten Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegt werden konnte. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht die vollständige Rückerstattung der ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von Fr. 640'097.60 verlangt. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

7.

Nach Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG sind die Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich kostenpflichtig. Die Kostenpflicht gilt auch für Beschwerdeverfahren betreffend den Vollzug des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (vgl. Urteile des Bundesverwaltungsgerichts B-7902/2007 vom 24. Juni 2007 E. 10 und B-7898/2007 vom 13. Mai 2008 E. 6.1). Geht es, wie vorliegend, um Vermögensinteressen, richtet sich die Gerichtsgebühr grundsätzlich nach dem Umfang und der Schwierigkeit der Streitsache, der Art der Prozessführung und der finanziellen Lage der Parteien (Art. 63 Abs. 4^{bis} Bst. b VwVG und Art. 2 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Bei Streitigkeiten mit Vermögensinteresse mit einem Streitwert zwischen Fr. 500'000.– und 1'000'000.– beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 5'000.– bis 20'000.– (Art. 4 VGKE). Vorliegend wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 5'500.– festgelegt.

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

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 5'500.– werden der Beschwerdeführerin

auferlegt. Sie werden nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde);
- die Vorinstanz (Ref-Nr. (...); Gerichtsurkunde);
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (Gerichtsurkunde);

und wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau, Bahnhofstrasse 78, 5000 Aarau (A-Post);
- der Amtsstelle Arbeitslosenversicherung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Aargau, Rain 53, 5000 Aarau (A-Post).

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

Michael Müller

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: 6. September 2013

