



## Urteil vom 6. September 2016

---

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),  
Richter Francesco Brentani, Richter Pascal Richard,  
Gerichtsschreiberin Andrea Giorgia Röllin.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Niggli,  
\_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

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

---

Gegenstand

Rückforderung Kurzarbeitsentschädigung.

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

X.\_\_\_\_\_ führt seit dem Jahr 1979 ein Einzelunternehmen, das den Handel mit Bekleidung, Accessoires, Lederwaren, Pneu- und Kettenfahrzeugen sowie Ersatzteilen für Oldtimer-Fahrzeugen bezweckt. Daneben führte X.\_\_\_\_\_ weitere Geschäfte unter den Geschäftsbezeichnungen "A.\_\_\_\_\_" und "B.\_\_\_\_\_". Für dieses Unternehmen machte X.\_\_\_\_\_ unter Verwendung der Bezeichnung "B.\_\_\_\_\_" gegenüber der Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern (nachfolgend auch: Arbeitslosenkasse) für die Zeit vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 sowie – nach Ablauf der sechsmonatigen Wartefrist – ab dem 14. Juli 2011 wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend. In der Folge zahlte die Arbeitslosenkasse dem Einzelunternehmer X.\_\_\_\_\_ für die Zeiträume 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 und 14. Juli 2011 bis 31. Januar 2013 Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 150'811.15 aus. Die Geschäftsbezeichnung "B.\_\_\_\_\_" – wie auch "A.\_\_\_\_\_" – wurde zwischenzeitlich im Zeitraum 1. Januar 2008 bis 1. Januar 2010 gestützt auf Art. 177 der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV, SR 221.411) von Amtes wegen aus dem Handelsregister gestrichen.

**B.**

Am 28. März 2014 überprüfte das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO; nachfolgend auch: Vorinstanz), ob die vom Einzelunternehmer X.\_\_\_\_\_ beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen rechtmässig seien.

**C.**

Mit Revisionsverfügung vom 5. Mai 2014 wies das SECO X.\_\_\_\_\_ an, die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen von Fr. 150'811.15 innert 30 Tagen an die Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern zurückzuerstatten. Das SECO begründete diese Verfügung im Wesentlichen damit, dass der Betrieb anlässlich der Arbeitgeberkontrolle keine Unterlagen habe vorlegen können, aus denen sich die normale Arbeitszeit von C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ zuverlässig feststellen lasse. Der Arbeitsausfall lasse sich somit nicht bestimmen. Die Arbeitnehmenden hätten im Prüfungszeitraum keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

**D.**

Die von X.\_\_\_\_\_ am 12. Juni 2014 dagegen erhobene Einsprache hat das SECO mit Entscheid vom 10. Juli 2014 teilweise gutgeheissen. Es hob die Verfügung vom 5. Mai 2014 auf und verfügte neu die Rückerstattung von Fr. 97'760.25 innert 30 Tagen an die Arbeitslosenkasse des Kantons

Luzern. Zur Begründung führte das SECO im Wesentlichen an, obwohl sich die normale Arbeitszeit bei D. \_\_\_\_\_ nicht abschliessend bestimmen lasse, sei zu Gunsten des Betriebs davon auszugehen, dass D. \_\_\_\_\_ im Jahre 2010 im väterlichen Betrieb eine 100%ige Anstellung inne und im entsprechenden Umfang auch Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gehabt habe. In Bezug auf C. \_\_\_\_\_ bleibe es bei der Feststellung, dass sich keine normale Arbeitszeit und damit auch kein anrechenbarer Arbeitsausfall bestimmen lasse.

**E.**

Hiergegen hat X. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 8. August 2014 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben. Der Beschwerdeführer beantragt die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides in Bezug auf den Rückforderungsbetrag in der Höhe von Fr. 97'760.25. Als Begründung legt der Beschwerdeführer dar, dass sich in Bezug auf seinen Mitarbeiter C. \_\_\_\_\_ die normale Arbeitszeit und ein anrechenbarer Arbeitsausfall bestimmen lasse. Für eine Rückzahlung der geleisteten Kurzarbeitszeitentschädigung bestehe kein Grund.

**F.**

Mit Vernehmlassung vom 13. Oktober 2014 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde und die Bestätigung des Einspracheentscheids vom 10. Juli 2014. Die Vorinstanz bringt erneut als Begründung vor, dass der Arbeitsausfall nicht bestimmt werden könne, da sich die normale Arbeitszeit nicht bestimmen lasse.

**G.**

Mit Replik vom 1. Dezember 2014 hält der Beschwerdeführer an seinem Rechtsbegehren fest. Zur Begründung insistiert der Beschwerdeführer darauf, dass der Arbeitsausfall bestimmbar sei. Eine Rückerstattungspflicht bestehe nicht.

**H.**

In der Duplik vom 14. Januar 2015 bestätigt auch die Vorinstanz ihre Anträge. Sie begründet dies wiederum damit, dass der Arbeitsausfall wegen fehlender Bestimmbarkeit der normalen Arbeitszeit nicht ermittelt werden könne.

**I.**

Mit Verfügung vom 23. Januar 2015 wurde die Eingabe der Vorinstanz dem

Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit eingeräumt, allfällige Schlussbemerkungen einzureichen.

**J.**

In seiner Eingabe vom 9. März 2015 hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest. Er begründet dies im Wesentlichen erneut mit der Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls.

**K.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

**Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Beurteilung von Beschwerden gegen Entscheide der Vorinstanz im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. d des Verwaltungsgerichts-gesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Art. 101 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 [AVIG, SR 837.0]).

**1.2** Der Beschwerdeführer ist als Adressat des angefochtenen Einspracheentscheids durch diesen besonders berührt und hat an dessen Aufhebung oder Änderung ein schutzwürdiges Interesse (Art. 48 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

Die Eingabefrist sowie die Anforderungen an Form und Inhalt der Beschwerdeschrift sind gewahrt (Art. 50 und Art. 52 Abs. 1 VwVG). Der Vertreter hat sich rechtsgenügend durch schriftliche Vollmacht ausgewiesen (Art. 11 Abs. 2 VwVG). Der Kostenvorschuss ist fristgerecht bezahlt worden (Art. 63 Abs. 4 VwVG). Die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen (Art. 44 ff. VwVG) liegen ebenfalls vor.

Auf die Beschwerde ist somit 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 Bst. a bis d AVIG).

**2.2** Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, haben unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (vgl. Art. 31 Abs. 1 Bst. a bis 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).

**2.3** Als normale Arbeitszeit gilt nach Art. 46 Abs. 1 der Arbeitslosenversicherungsverordnung vom 31. August 1983 (AVIV; SR 837.02) die vertragliche Arbeitszeit des Arbeitnehmers, aber höchstens die ortsübliche Arbeitszeit im betreffenden Wirtschaftszweig (Satz 1). In flexiblen Arbeitssystemen 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).

**2.4** Der Arbeitsausfall ist nicht bestimmbar, wenn sich die normale Arbeitszeit nicht anhand einer vertraglichen Vereinbarung über die von der versicherten Person zu leistenden Arbeitszeit oder anhand der in ihrem Beruf oder Erwerbszweig allgemein üblichen Arbeitszeit ermitteln lässt und demgemäss nicht zuverlässig festgestellt werden kann, ob eine Arbeitszeitverkürzung tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstaufschlag bewirkt oder in Übereinstimmung mit der vertraglichen Abmachung vorgenommen worden ist (Urteil des BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014 E. 2.5).

**2.5** Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (Art. 46b Abs. 1 AVIV). Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn die tatsächlich geleisteten Arbeitszeiten für jeden einzelnen Tag in hinreichend verlässlichen Belegen wie Zeiterfassungskarten, Stunden- Regie- oder Reiserapporten festgehalten werden (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Soziale Sicherheit,

2. Aufl. 2007, S. 2315 Rz. 460). 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 (Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute: BGer] 8C\_1026/2008 vom 30. Juli 2009 E. 2). Die Beweislast hierfür obliegt dem Arbeitgeber (Urteil des BGer 8C\_469/2011 vom 29. Dezember 2011 E. 5 und Urteil des EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2).

**2.6** Die Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung, welche die Vorinstanz führt (Art. 83 Abs. 3 AVIG), prüft stichprobenweise bei den Arbeitgebern die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen (vgl. Art. 110 Abs. 4 AVIV). Stellt die Ausgleichsstelle fest, dass die gesetzlichen Vorschriften nicht oder nicht richtig angewendet wurden, so erteilt sie der Kasse oder der zuständigen Amtsstelle die erforderlichen Weisungen. Bei Arbeitgeberkontrollen verfügt die Ausgleichsstelle. Das Inkasso obliegt der Kasse (Art. 83a Abs. 1 und 3 AVIG; Art. 111 AVIV).

**2.7** 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 für die Rückforderung 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; Urteil des BVGer B-188/2010 vom 2. März 2011 E. 2).

**2.8** Das vom SECO zur Konkretisierung der gesetzlichen Bestimmungen erlassene "Kreisschreiben über die Kurzarbeitsentschädigung" (Ausgabe Januar 2005 [im Folgenden: Kreisschreiben Kurzarbeitsentschädigung]), 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, 130 V 163 E. 4.3.1 und 115 V 4 E. 1b).

### 3.

**3.1** Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung und des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

**3.2** Strittig und vorliegend zu beurteilen ist die Rechtmässigkeit der von der Vorinstanz verfüigten Rückforderung für die Zeiträume 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 und 14. Juli 2011 bis 31. Januar 2013 in Höhe von Fr. 97'760.25. Dieser Betrag war an den Beschwerdeführer als Einzelunternehmer für seinen Arbeitnehmer C.\_\_\_\_\_ in Form von Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt worden.

#### **4.**

**4.1** Der Beschwerdeführer macht in seiner Beschwerdeschrift geltend, er habe mit C.\_\_\_\_\_ mittels mündlichem Arbeitsvertrag eine wöchentliche Arbeitszeit von 45 Arbeitsstunden vereinbart. Die Lohnsumme sei konstant für ein gleichbleibendes Arbeitspensum berechnet worden. Die Lohnsumme von Fr. 65'000.– entspreche einem Vollzeitarbeitspensum eines Arbeiters, der wie C.\_\_\_\_\_ eine Ausbildung als Automechaniker vorzuweisen habe. In einem familiären Kleinstbetrieb wie dem vorliegenden werde einer aufwendigen Erfassung der Normalarbeitszeit wenig Beachtung geschenkt. Der Beschwerdeführer habe die normale Arbeitszeit von C.\_\_\_\_\_ mittels der AHV-Lohnmeldungen plausibilisiert. Aufgrund der gleichgebliebenen, geleisteten Lohnsummen lasse sich für C.\_\_\_\_\_ für die Zeitspanne von Januar 2010 bis Januar 2013 eine normale Arbeitszeit bestimmen. Der Mitarbeiter sei sowohl vor dem Bezug von Leistungen der Kurzarbeitsentschädigung im Jahre 2009 wie auch während der Kontrollperiode beim Beschwerdeführer in einem 100%igen Anstellungsverhältnis tätig gewesen. Anhand der nachgewiesenen normalen Arbeitszeit lasse sich ein anrechenbarer Arbeitsausfall bestimmen. Es lägen verschiedene betriebliche Unterlagen zur Feststellung der normalen Arbeitszeit von C.\_\_\_\_\_ vor.

In seiner Replik weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass sich die Arbeitszeit nachweisen lasse. Der Arbeitsausfall habe bestimmt werden können, weil daraufhin die Zahlungen erfolgt seien. Die Arbeitnehmer hätten schriftlich die Arbeitszeit bestätigt, die vereinbart und geleistet worden sei. Der Arbeitsausfall sei – wenn nicht schon jetzt bestimmbar – auf jeden Fall aufgrund der zu leistenden Zeugenaussagen bestimmbar.

**4.2** Die Vorinstanz führt in ihrem Einspracheentscheid demgegenüber im Wesentlichen an, bezüglich C.\_\_\_\_\_ lasse sich keine normale Arbeitszeit und damit auch kein anrechenbarer Arbeitsausfall bestimmen. Vernehmlassungsweise legt die Vorinstanz dar, dass allein gestützt auf die mündlichen Ausführungen des Beschwerdeführers nicht zuverlässig festgestellt werden könne, inwieweit es sich um eine Arbeitszeitverkürzung handle oder ob die reduzierte Arbeitszeit nicht eigentlich der vertraglichen Abmachung entspreche. Der Arbeitsausfall könne offensichtlich nicht bestimmt werden. Die ausgeprägten Lohnschwankungen liessen keine Rückschlüsse auf eine regelmässige Arbeitszeit zu. Für C.\_\_\_\_\_ lasse sich die normale Arbeitszeit weder durch eine klare vertragliche Vereinbarung bestimmen noch liessen die Lohnzahlungen Rückschlüsse auf eine solche zu. Es sei auf ein Arbeitsverhältnis vergleichbar mit jenem einer Abrufttätigkeit zu schliessen. Es bestehe auch in Ermangelung eines klaren und regelmässigen Lohnflusses kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Der Arbeitsausfall von C.\_\_\_\_\_ sei auch mit Hilfe der Sozialversicherungsbelege nicht ausreichend bestimmbar.

In ihrer Duplik bringt die Vorinstanz des Weiteren vor, dass sich die Ausführungen betreffend die normale Arbeitszeit in der Bestätigung von C.\_\_\_\_\_ vom 7. Juni 2014 mehrheitlich auf eine Zeitspanne bezögen, die mehr als fünf Jahre zurückliege. Ausgerechnet während der sechsmonatigen Wartezeit vom 1. Januar bis am 14. Juli 2011 solle C.\_\_\_\_\_ gemäss der Bestätigung betreffend Arbeitsvertrag mit X.\_\_\_\_\_ ebenso einem (mindestens) 45-Stunden-Arbeitsvertrag unterstanden haben wie vor dem Januar 2009. Es werde bemängelt, dass keine Nachweise betreffend die normale, ausserhalb der Kurzarbeit liegende Arbeitszeit vorlägen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Kurzarbeitsentschädigung vom Beschwerdeführer für D.\_\_\_\_\_ regelmässig und mit Bankbelegen nachweisbar ausbezahlt worden sei, während dies für C.\_\_\_\_\_, der angeblich zu denselben Konditionen angestellt gewesen sei, nicht der Fall gewesen sei. Der Arbeitsausfall könne wegen fehlender Bestimmbarkeit der normalen Arbeitszeit nicht ermittelt werden. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätte bereits deshalb abgelehnt werden müssen, weil kein klarer vertraglicher Nachweis betreffend die normale Arbeitszeit eruiert werden könne. Sie habe erfolglos versucht, über den Lohn der betroffenen Mitarbeitenden des Beschwerdeführers ihre normale Arbeitszeit zu bestimmen. Der Arbeitsausfall sei aufgrund fehlender Bestimmbarkeit der normalen, vertraglichen Arbeitszeit nach wie vor nicht eruiert. Allein aufgrund von nachträglichen Ausführungen durch den Antragssteller beziehungsweise durch die allenfalls anspruchsberechtigten Arbeitnehmenden könne

diese nicht bestimmt oder kontrolliert werden, zumal die normale Arbeitszeit weit zurückliege und allfällige Loyalitätskonflikte bestünden.

## 5.

**5.1** Umstritten und im Folgenden zu prüfen ist somit, ob die betrieblichen Unterlagen des Beschwerdeführers geeignet sind, die normale (vertragliche) Arbeitszeit und damit den Arbeitsausfall des Arbeitnehmers C.\_\_\_\_\_ für die Zeiträume 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2010 und 14. Juli 2011 bis 31. Januar 2013 hinreichend zu bestimmen. Unstrittig ist unter den Parteien nur, dass für C.\_\_\_\_\_ in diesen Zeiträumen eine genügende Arbeitszeitkontrolle vorhanden gewesen ist.

**5.2** Nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatz ist eine behauptete Tatsache von derjenigen Partei zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Diese in Art. 8 des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) verankerte Regel gilt auch im öffentlichen Recht. In Verfahren, die der Private – wie vorliegend – durch eigenes Begehren einleitet, ist der Gesuchsteller die beweisbelastete Person. Zudem trifft Prozessparteien auch unter dem Untersuchungsgrundsatz eine Mitwirkungspflicht, insbesondere dort, wo sie ein Verfahren im eigenen Interesse eingeleitet haben (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG). Die Missachtung der Mitwirkungspflicht kann im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BGer 2A.343/2005 vom 10. November 2005 E. 4.2 und Urteil des BVGer B-8099/2015 vom 31. Mai 2016 E. 5.3.1).

**5.3** 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 Verdienstausschlag bewirkt, ist der Arbeitsausfall nicht ausreichend bestimmbar. Dies ist auch der Fall, wenn nicht verlässlich festgestellt werden kann, ob eine Änderung der effektiven Arbeitszeit tatsächlich einen Arbeits- und Verdienstausschlag bewirkt. Eine solche fehlende ausreichende Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalles kann namentlich bei Personen der Fall sein, welche eine Abruf- oder Aushilfstätigkeit ausüben und vom Arbeitgeber je

nach Arbeitsausfall sporadisch eingesetzt werden, sodass sie nicht mit einer regelmässigen arbeitsvertraglich zugesicherten Zahl von Arbeitsstunden rechnen können (vgl. Urteil des BVGer B-2470/2013 vom 20. November 2014 E. 2.9; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 29. April 2009, in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 2009, S. 474 ff., E. 3.2; Kreisschreiben Kurzarbeitsentschädigung, Ziff. B30 f.; BARBARA KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl. 2013, S. 201; GERHARD GERHARDS, Kommentar zum Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [Arbeitslosenversicherungsgesetz/AVIG], 1987, Bd. I, Rz. 31 zu Art. 31).

**5.4** Ist eine versicherte Person zu regelmässiger Leistung von Teilzeitarbeit verpflichtet, gilt die auf dieser Vereinbarung beruhende Arbeitszeit als normal. Der Nachweis der geleisteten Arbeitszeit geschieht durch ausreichend verlässliche Belege wie Zeiterfassungskarten, Stunden- oder Reiserapporte etc. (vgl. Urteil EVG vom 20. November 1992, in: Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung [ARV] 1992 S. 149, E. 2b; Urteil des EVG vom 14. November 1989, in: ARV 1989, S. 120, E. 3c). Bei flexiblen Arbeitsverhältnissen kann demnach ein anrechenbarer Arbeitsausfall nicht einfach verneint werden. In diesem Fall müsste jedoch die effektive Arbeitsauslastung durch Arbeitszeitaufzeichnungen lückenlos dokumentiert werden, damit eine Berechnung des Arbeitsausfalls möglich wird (vgl. Urteile des BVGer B-2470/2013 E. 2.9 und B-6200/2011 vom 13. Februar 2012 E. 3.3; BARBARA KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 207).

**5.5** Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer mit seinem Mitarbeiter – und Sohn – C.\_\_\_\_\_ keinen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat. Ein Einzelarbeitsvertrag bedarf indessen zu seiner Gültigkeit keiner besonderen Form, sofern das Gesetz es nicht anders bestimmt (vgl. Art. 320 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Er kann demnach auch mündlich gültig abgeschlossen werden und gilt überdies bereits dann als abgeschlossen, wenn der Arbeitgeber Arbeit in seinem Dienst auf Zeit entgegennimmt, deren Leistung nach den Umständen nur gegen Lohn zu erwarten ist (vgl. Art. 320 Abs. 2 OR). Der Umstand, dass der Beschwerdeführer mit seinem Mitarbeiter C.\_\_\_\_\_ keinen schriftlichen Arbeitsvertrag geschlossen hat, bedeutet demnach nicht zum Vornherein, dass der Beschwerdeführer mit C.\_\_\_\_\_ keine Abrede betreffend den Umfang der normalen Arbeitszeit getroffen hat. Um vorliegend einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bejahen zu können, muss der Arbeitsausfall jedoch ausreichend bestimmbar sein (vgl. E. 5.3 hiavor).

## 5.6

**5.6.1** Eine genügende Arbeitszeitkontrolle ist in den fraglichen Zeiträumen unter den Parteien unbestritten (E. 5.1 vorstehend). Aus den in den Akten liegenden Kontrollblättern geht hervor, dass C.\_\_\_\_\_ im Jahre 2010 durchschnittlich rund 16 Stunden, 2011 rund zehn Stunden, 2012 rund zehn Stunden und 2013 rund sechs Stunden pro protokollierte Woche arbeitete. Für das Jahr 2009 finden sich in den Akten keine protokollierten Wochenstunden (vgl. die Arbeitsstundenrapporte in der Vorakte 8). Aus den Protokollen der von C.\_\_\_\_\_ in den fraglichen Zeiträumen geleisteten Wochenstunden lassen sich angesichts der grossen Streuung der angegebenen Stunden – so beispielsweise einmalig 29 Arbeitsstunden in Woche 12 und drei Stunden in Woche 39 des Jahres 2010 – und der in den Akten für das Jahr 2009 gänzlich fehlenden Zeitprotokolle allerdings noch keine Rückschlüsse auf die ursprünglich mit ihm vereinbarte Normalarbeitszeit ziehen, welche während den angegebenen Zeiträumen, insbesondere zwischen Juli 2011 und Januar 2013, ohne Kurzarbeit einzuhalten gewesen wäre. Der Beschwerdeführer macht zwar geltend, dass es sich bei fraglichem Arbeitsverhältnis um ein konstantes Vollzeitpensum handle, welchem eine Lohnsumme von Fr. 65'000.– entspreche (E. 4.1 hiervor). Wie in E. 5.6.4 hiernach näher ausgeführt wird, sind in den Akten beispielsweise für das Jahr 2010 jedoch nur Bankbelege für Lohneingänge in Höhe von total Fr. 28'500.– vorhanden. Hinsichtlich der Jahre 2011, 2012 und 2013 finden sich in den Akten keine Belege für Lohneingänge (dazu in E. 5.6.5-7 nachfolgend). Das vom Beschwerdeführer behauptete Vollzeitpensum ist nicht belegt. Allein aufgrund der Kontrollblätter kann – entgegen der Ansicht der Parteien – bei unklarer Normalarbeitszeit noch nicht darauf geschlossen werden, dass die Arbeitszeitkontrolle in der Tat genügend war.

**5.6.2** C.\_\_\_\_\_ bestätigte dem Beschwerdeführer im Jahre 2014 zwar schriftlich, seit Beginn des zwischen ihnen seit Jahren bestehenden Arbeitsverhältnisses in einem Vollzeitpensum zu arbeiten, das mindestens 45 Arbeitsstunden pro Woche umfasse. Dies sei mündlich vereinbart worden (Schreiben vom 7. Juni 2014, Beschwerdebeilage 8).

Das Arbeitsverhältnis ist zumindest seit dem 1. Januar 2003 vorhanden (vgl. Beschwerdebeilage 18). Es ist vorliegend jedoch fraglich und zu prüfen, ob im vorliegend relevanten Zeitraum tatsächlich von einem vereinbarten Arbeitspensum von 100 % auszugehen ist.

**5.6.3** Wie aus eingereichten Bankbelegen ersichtlich ist, zahlte der Beschwerdeführer seinem Mitarbeiter C.\_\_\_\_\_ im Jahre 2009 monatlich

regelmässig einen Lohn in Höhe von jeweils Fr. 5'500.– aus (Beschwerdebeilage 16), so dass der Jahreslohn offenbar Fr. 66'000.– und nicht wie vom Beschwerdeführer behauptet (E. 4.1 hiervor) Fr. 65'000.– betrug. Dies lässt auf ein gleichbleibendes Arbeitspensum und damit auf das Vorhandensein einer Abmachung betreffend eine gleichbleibende monatliche Arbeitszeit schliessen. Ob es sich dabei in der Tat um ein Arbeitspensum von 100 % gehandelt hat, wie C. \_\_\_\_\_ dem Beschwerdeführer – seinem Vater – bestätigt, lässt sich anhand der Akten nicht eruieren. Die Aussage von C. \_\_\_\_\_, dass in casu der Monatslohn von Fr. 5'500.– für ein Arbeitspensum von 100 % ausbezahlt wurde, erscheint mangels Indizien, die auf ein anderes Pensum hindeuten würden, indessen soweit glaubhaft. Mithin kann im Jahre 2009 von einem 100%igen Arbeitspensum von C. \_\_\_\_\_ ausgegangen werden.

Wieso der beruflichen Vorsorge gegenüber ein Jahreslohn 2009 in Höhe von Fr. 76'636.– angegeben wurde (vgl. persönlicher Ausweis der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 28. Juli 2014 für C. \_\_\_\_\_, gültig per 1. Januar 2009), geht aus den Akten nicht hervor. Der Ausgleichskasse Luzern ist betreffend C. \_\_\_\_\_ ein Jahreslohn in Höhe von Fr. 63'864.– gemeldet worden (vgl. Formular "Lohnbescheinigung für das Jahr 2009" vom 17. März 2010).

**5.6.4** Im Jahre 2010 richtete der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben seinem Mitarbeiter C. \_\_\_\_\_ monatlich Fr. 5'500.– aus (vgl. Notiz der Ausgleichskasse Luzern vom 7. Juni 2011). Bankbelege hierfür sind jedoch nur für die Monate Januar, April und August 2010 vorhanden, wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat. Für die übrigen Monate wurden die Löhne unregelmässig und in unterschiedlicher Höhe auf Bankkonti einbezahlt: Fr. 4'000.– für Mai 2010, Fr. 3'500.– für Februar 2010, Fr. 2'500.– für September 2010, Fr. 2'000.– für Oktober 2010 sowie nichts für die Monate März, Juni und Juli 2010. Der Beschwerdeführer legt in seiner Beschwerdeschrift dar, im Jahr 2010 den Lohn für C. \_\_\_\_\_ auf dessen Bankkonto einbezahlt zu haben. Insgesamt sind jedoch nur Bankbelege für Lohneingänge im Jahre 2010 in Höhe von Fr. 28'500.– vorhanden. Im Übrigen zahlte der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben seinem Mitarbeiter C. \_\_\_\_\_ den Lohn jeweils bar und ohne Quittung aus (vgl. Beschwerdeschrift und Formular "Geprüfte Unterlagen im Rahmen der Rechtmässigkeitsüberprüfung des Leistungsbezuges von Kurzarbeitsentschädigung" vom 28. März 2014). Dies ist indessen nicht glaubhaft, da der Beschwerdeführer seinem anderen Sohn, D. \_\_\_\_\_, insbesondere in den Monaten März, Juni und Juli des Jahres 2010 den Lohn auf dessen Bankkonto und

zwar in Höhe von jeweils Fr. 6'500.– ausrichtete. Gegenüber der Ausgleichskasse Luzern gab der Beschwerdeführer an, C.\_\_\_\_\_ im Jahre 2010 eine Lohnsumme von Fr. 66'000.– (12 x Fr. 5'500.–) ausbezahlt zu haben (vgl. Notiz der Ausgleichskasse Luzern vom 7. Juni 2011). Der beruflichen Vorsorge wurde demgegenüber wie schon für das Jahr 2009 ein Jahreslohn in Höhe von Fr. 76'636.– gemeldet (vgl. persönlicher Ausweis der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 28. Juli 2014 für C.\_\_\_\_\_, gültig per 1. Januar 2010), der obligatorischen Unfallversicherung offenbar ein solcher in Höhe von Fr. 66'000.– (vgl. Notiz auf dem Kontoauszug der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt SUVA [im Folgenden: SUVA] vom 28. Juli 2014 i.V.m. Formular "Rekapitulation der Lohnmeldung 2010" der Ausgleichskasse Luzern vom 31. Mai 2011 mit dortiger Notiz vom 7. Juni 2011). Ein steuerlicher Nachweis oder ein anderer Beweis, aus welchem hervorgeht, welchen Jahreslohn C.\_\_\_\_\_ in der Tat genau erhalten hat, fehlt. Höhe und Valuta der nicht mit Bankauszügen belegten Lohnzahlungen sind unbekannt.

Unmittelbare Hinweise auf eine Änderung des zumindest noch im Jahre 2009 bestehenden Vertrags zwischen dem Beschwerdeführer und C.\_\_\_\_\_ sind in den Akten keine gegeben. Auch ist nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der vom Jahr 2009 abweichende Lohn auf eine Vertragsänderung zurückzuführen ist. Dass die unregelmässigen und unterschiedlich hohen Lohnzahlungen eine Folge der andauernden Kurzarbeit waren, ist jedenfalls nicht möglich. Denn bei Kurzarbeit werden die Arbeitnehmenden mit 80 % des anrechenbaren Verdienstauffalls entschädigt (Art. 34 Abs. 1 AVIG).

**5.6.5** In Bezug auf das Jahr 2011 finden sich keinerlei Bankbelege für Lohneingänge in den Akten. Laut Aussagen des Beschwerdeführers bezahlte er C.\_\_\_\_\_ den Lohn jeweils ohne Quittung in bar aus (vgl. Beschwerdeschrift sowie Formular "Geprüfte Unterlagen im Rahmen der Rechtmässigkeitsüberprüfung des Leistungsbezuges von Kurzarbeitsentschädigung" vom 28. März 2014). Der Beschwerdeführer begründet die Barauszahlung in seiner Beschwerdeschrift damit, dass er mit Beginn des Jahres 2011 die Geschäftsbank gewechselt habe und mit eBanking nicht vertraut gewesen sei. Quittungen seien aufgrund des Vertrauensverhältnisses nicht ausgestellt worden. Der Ausgleichskasse Luzern meldete der Beschwerdeführer einen AHV-pflichtigen Jahreslohn von Fr. 65'000.– (vgl. Formular "Rekapitulation der Lohnmeldung 2011" vom 13. August 2012). Bei der beruflichen Vorsorge wurde – in Abweichung von den Jahren 2009 und 2010 – ein Jahreslohn in Höhe von Fr. 63'864.– (vgl.

persönlicher Ausweis der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 28. Juli 2014 für C.\_\_\_\_\_, gültig per 1. Januar 2011) und bei der obligatorischen Unfallversicherung offenbar ebenfalls ein solcher in Höhe von Fr. 63'864.– (vgl. Notiz auf dem Kontoauszug der SUVA vom 28. Juli 2014) angegeben. Ein Steuernachweis oder anderer Beweis, welchem der genaue, tatsächlich ausbezahlte Jahreslohn von C.\_\_\_\_\_ entnommen werden könnte, fehlt auch für das Jahr 2011. Höhe und Valuta der Lohnzahlungen sind mithin nicht zuverlässig feststellbar.

**5.6.6** Der Beschwerdeführer zahlte C.\_\_\_\_\_ den Lohn im Jahre 2012 weiterhin jeweils in bar und ohne Quittung aus (vgl. Beschwerdeschrift und Formular "Geprüfte Unterlagen im Rahmen der Rechtmässigkeitsüberprüfung des Leistungsbezuges von Kurzarbeitsentschädigung" vom 28. März 2014). Bankbelege für Lohneingänge finden sich keine in den Akten. Der Ausgleichskasse Luzern gab der Beschwerdeführer einen AHV-pflichtigen Jahreslohn von Fr. 65'000.– an (vgl. Formular "Rekapitulation der Lohnmeldung 2012" vom 15. Juli 2013). Auch bei der obligatorischen Unfallversicherung ist offenbar ein Jahreslohn in Höhe von Fr. 65'000.– angegeben worden (vgl. Notiz auf dem Kontoauszug der SUVA vom 28. Juli 2014). Bei der beruflichen Vorsorge wurde hingegen wie im Vorjahr erneut ein Jahreslohn in Höhe von Fr. 63'864.– genannt (vgl. persönlicher Ausweis der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 28. Juli 2014 für C.\_\_\_\_\_, gültig per 1. Januar 2012). Belege für den tatsächlich ausbezahlten Lohn fehlen in den Akten.

**5.6.7** Im Jahre 2013 nahm der Beschwerdeführer die Auszahlung des Lohns an C.\_\_\_\_\_ nach wie vor in bar und ohne Quittung vor (vgl. Beschwerdeschrift und Formular "Geprüfte Unterlagen im Rahmen der Rechtmässigkeitsüberprüfung des Leistungsbezuges von Kurzarbeitsentschädigung" vom 28. März 2014). Bankbelege für die Lohneingänge wurden für das Jahr 2013 keine zu den Akten gereicht. Bei der beruflichen Vorsorge ist wiederum ein Jahreslohn in Höhe von Fr. 63'864.– angegeben worden (vgl. persönlicher Ausweis der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 28. Juli 2014 für C.\_\_\_\_\_, gültig per 1. Januar 2013). Bei der obligatorischen Unfallversicherung wurde wie im Vorjahr offenbar ein Jahreslohn in Höhe von Fr. 65'000.– gemeldet (vgl. Notiz auf dem Kontoauszug der SUVA vom 28. Juli 2014). Was der Beschwerdeführer der Ausgleichskasse Luzern meldete, ist nicht bekannt. Welchen Lohn der Beschwerdeführer seinem Mitarbeiter in der Tat ausbezahlte, ist mangels entsprechender Belege unklar.

**5.7** Somit erfolgten ab dem Jahr 2010 bis 2013 jeweils in unregelmässigen Abständen unterschiedliche Lohnzahlungen an C.\_\_\_\_\_. Ab dem Jahr 2011 lassen sich aufgrund der Akten sogar überhaupt keine Rückschlüsse auf die Arbeitseinsätze von C.\_\_\_\_\_ ziehen, wie die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung zutreffenderweise festgestellt hat. Das vom Beschwerdeführer in seiner Beschwerde und Replik vorgebrachte 100%ige Arbeitspensum von C.\_\_\_\_\_ ist nicht belegt. Seine normale Arbeitszeit und infolgedessen auch der anrechenbare Arbeitsausfall sind damit für den vorliegend relevanten Zeitraum anhand der vorliegenden Akten nicht bestimmbar; dies gilt bereits für das Jahr 2010.

Daraus ergibt sich, dass die normale Arbeitszeit und demzufolge der Arbeitsausfall von C.\_\_\_\_\_ in den Jahren 2009 bis 2013 nicht, wie vom Beschwerdeführer geltend gemacht, gestützt auf die in den Akten vorhandenen Bankbelege, Lohnmeldungen an die Ausgleichskasse Luzern sowie Versicherungsausweise der Stiftung Auffangeinrichtung BVG und der SUVA ermittelt werden können. Die Feststellung der Vorinstanz, dass sich insbesondere den vom Beschwerdeführer vorgelegten Dokumenten eine vereinbarte Arbeitszeit und zugesicherte fixe regelmässige Entlöhnung des Mitarbeiters C.\_\_\_\_\_ nicht entnehmen lasse, trifft vollumfänglich zu.

## **6.**

**6.1** Der Beschwerdeführer bietet als Beweis für die behauptete Bestimmbarkeit des Arbeitsausfalls in den Jahren 2009 bis 2013 eine Parteibefragung sowie eine Befragung der Mitarbeiter – und eigenen Söhne – C.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ und des Treuhänders E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, an.

**6.2** Die Behörde nimmt die ihr angebotenen Beweise ab, wenn diese zur Abklärung des Sachverhalts tauglich erscheinen (Art. 33 Abs. 1 VwVG). Kommt die Behörde bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, die Akten erlaubten die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts oder die behauptete Tatsache sei für die Entscheidung der Streitsache nicht von Bedeutung, kann sie auf die Erhebung weiterer Beweise verzichten, ohne durch diese antizipierte Beweiswürdigung den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) zu verletzen (vgl. BGE 136 I 229 E. 5.3 mit Hinweisen). Vorliegend ist nicht erkennbar, wie die beantragte Parteibefragung und Befragung der Mitarbeiter des Beschwerdeführers und dessen Treuhänders

den aufgrund der vorhandenen Akten eindeutigen Befund der Nichtbestimmbarkeit des anrechenbaren Arbeitsausfalls in den Jahren 2009 bis 2013 ändern könnte. Der vom Beschwerdeführer angebotene Beweis in Form von Befragungen braucht demnach nicht abgenommen zu werden.

#### **7.**

Zusammenfassend ist vorliegend der anrechenbare Arbeitsausfall nicht hinreichend bestimmbar. Der Beschwerdeführer hat daher in Bezug auf seinen Mitarbeiter C. \_\_\_\_\_ zu Unrecht Kurzarbeitsentschädigung beansprucht. Die Vorinstanz hat demnach zu Recht die Rückerstattung der für diesen Mitarbeiter ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von Fr. 97'760.25 verlangt. Die Beschwerde erweist sich folglich als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **8.**

**8.1** 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 BVerger 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<sup>bis</sup> 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. 50'000.– und Fr. 100'000.– beträgt die Gerichtsgebühr Fr. 1'500.– bis Fr. 5'000.– (Art. 4 VGKE). Im vorliegenden Fall beträgt der Streitwert Fr. 97'760.25, weshalb die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'000.– festgelegt wird. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

**8.2** 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. 3'000.– werden dem Beschwerdeführer auf-  
erlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird nach Eintritt  
der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zur Bezahlung der Verfahrenskos-  
ten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. AGK \_\_\_\_\_; Gerichtsurkunde)
- das Eidgenössische Departement für Wirtschaft, Bildung und  
Forschung WBF (Gerichtsurkunde)

und wird mitgeteilt:

- der Arbeitslosenkasse Kanton Luzern, Bürgenstrasse 12, 6002 Luzern  
(A-Post)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Ronald Flury

Andrea Giorgia Röllin

**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: 13. September 2016