



Abteilung II
B-664/2017

Urteil vom 7. März 2019

Besetzung

Richter Ronald Flury (Vorsitz),
Richter Pascal Richard, Richter Pietro Angeli-Busi,
Gerichtsschreiber David Roth.

Parteien

A. _____ AG,
vertreten durch die Rechtsanwälte
Dr. iur. Flurin von Planta und Dr. iur. Thomas Castelberg,
VINCENZ & PARTNER, Rechtsanwälte & Notare,
Masanserstrasse 40, 7000 Chur,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Rückforderung Schlechtwetterentschädigungen;
Einspracheentscheid vom 13. Dezember 2016.

Sachverhalt:**A.**

Die A. _____ AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Sitz in [...] bezweckt gemäss Handelsregisterauszug das Führen einer Bauunternehmung mit Arbeiten im Hoch- und Tiefbau sowie Dachdeckerarbeiten mit Natursteinplatten. Sie beanspruchte von der Unia Arbeitslosenkasse Chur (nachfolgend: Arbeitslosenkasse) Schlechtwetterentschädigungen für ihre Arbeitnehmenden für die Monate Februar und März 2014, Januar bis März 2015 und Januar bis März 2016 in der Höhe von insgesamt Fr. 1'029'821.60.

B.

Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO (nachfolgend: Vorinstanz) überprüfte im Rahmen einer Betriebskontrolle vom 23. August 2016 die Rechtmässigkeit der beanspruchten Schlechtwetterentschädigungen. Mit Revisionsverfügung vom 21. September 2016 entschied die Vorinstanz, die Beschwerdeführerin habe Versicherungsleistungen in der Höhe von insgesamt Fr. 776'133.30 unrechtmässig bezogen. Der Betrag sei innert dreissig Tagen an die Arbeitslosenkasse zurückzuerstatten. Die Vorinstanz begründete die vollumfängliche Aberkennung der abgerechneten Schlechtwetterentschädigungen für die Jahre 2014 und 2015 mit der Unüberprüfbarkeit der wetterbedingten Ausfallstunden, da sie anhand der durch das Sekretariat der Beschwerdeführerin erstellten Monatsstundenblätter, welche nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprächen, unüberprüfbar seien. Vielmehr sei aus den vorgefundenen Tagesrapporten, Arbeitsrapporten, Fahrzeug-/Maschinenrapporten, Kursabrechnungen sowie aufgrund der nachbezahlten Mittagzulagen ersichtlich, dass die Arbeitnehmer in erheblichem Ausmass an Tagen, für welche wetterbedingte Arbeitsausfälle geltend gemacht worden seien, gearbeitet oder Kurse besucht hätten und deshalb keine wetterbedingten Arbeitsausfälle erlitten hätten. Hingegen könnten aufgrund der geringen Widersprüche die durch das Sekretariat der Beschwerdeführerin erstellten Monatsstundenblätter für das Jahr 2016 als Arbeitszeitkontrolle akzeptiert werden. Die abgerechneten wetterbedingten Arbeitsausfälle für Tage, an denen die Arbeitnehmer gemäss einem Arbeitszeugnis krankheitsbedingt zu 100 % arbeitsunfähig gewesen seien oder aufgrund der nachbezahlten Mittagzulagen gearbeitet hätten und deshalb keine wetterbedingten Arbeitsausfälle erlitten hätten, würden aberkannt.

C.

Am 21. Oktober 2016 erhob die Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz fristgerecht Einsprache und beantragte, die Verfügung vom 21. September 2016 sei dahingehend abzuändern, dass sie zur Rückzahlung von Fr. 19'152.85 verpflichtet werde, eventuell sei der Sachverhalt von der Vorinstanz korrekt zu ermitteln und die Verfügung sei neu zu erlassen. Die Beschwerdeführerin brachte vor, die ordnungsgemäss gemeldeten Arbeitsausfälle würden die gesetzlichen Kriterien grundsätzlich erfüllen. Allerdings gebe es Ausnahmen, welche sich auf Tage beziehen würden, an welchen einzelne Mitarbeiter ganz-, halbtags oder stundenweise gearbeitet oder Kurse besucht hätten. Selbst wenn es Arbeitnehmer geben sollte, deren Arbeitszeit an einzelnen Tagen nicht ausreichend kontrollierbar wäre, was allerdings nicht zutreffe, habe die Vorinstanz ohne jede Rechtsgrundlage fälschlicherweise anstelle einer umfassenden Prüfung einfach kollektiv und gesamthaft alle bezogenen Schlechtwetterentschädigungen als zu Unrecht bezogen erklärt. Die jeweils mit den Lohnabrechnungen für den April nachbezahlten Mittagzulagen seien kulanthalber und für gute Projektergebnisse an die Arbeitnehmer geleistet worden, obwohl grundsätzlich kein Anspruch bestehen würde, weil eine Rückkehr nach Hause möglich und zumutbar gewesen wäre. Die Nachzahlungen würden aber nicht die Monate Januar bis März betreffen, weil in diesen Monaten generell nicht auf Baustellen gearbeitet worden sei. Deswegen dürfe auch keinerlei Kürzung der Schlechtwetterentschädigung erfolgen.

D.

Mit Einspracheentscheid vom 13. Dezember 2016 wies die Vorinstanz die Einsprache vom 21. Oktober 2016 ab. Die Vorinstanz hielt an ihrer Beurteilung fest und bemerkte insbesondere, die Ausführungen der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Mittagzulagen würden jeder Glaubhaftigkeit entbehren und müssten als Schutzbehauptung qualifiziert werden. Die Vorinstanz entzog einer allfälligen Beschwerde oder einem Erlassgesuch teilweise die aufschiebende Wirkung, indem aberkannte Leistungen mit bestehenden oder neuen Ansprüchen auf Kurzarbeits- oder Schlechtwetterentschädigung verrechnet würden.

E.

Mit Beschwerde vom 29. Januar 2017 an das Bundesverwaltungsgericht beantragte die Beschwerdeführerin, es seien der angefochtene Entscheid und die Revisionsverfügung unter Kosten- und Entschädigungsfolge aufzuheben und es sei die Beschwerdeführerin zur Rückzahlung von Fr. 19'754.45 zu verpflichten, eventuell seien der angefochtene Entscheid

und die Revisionsverfügung aufzuheben und es sei das Verfahren zur Neu-
beurteilung bzw. der Berechnung des exakten Rückerstattungsbetrages an
die Vorinstanz zurückzuweisen sowie es sei der Beschwerde die aufschie-
bende Wirkung zuzuerkennen.

F.

Mit Vernehmlassung vom 8. Mai 2017 beantragte die Vorinstanz, die Be-
schwerde vom 29. Januar 2017 sei vollumfänglich abzuweisen. Sie hält
daran fest, dass die Monatsstundenblätter Februar und März 2014 sowie
Januar bis März 2015 in erheblichem Ausmass Falschbescheinigungen
enthalten würden: Diese Monatsstundenblätter würden nachweislich nicht
den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen, weshalb sie als Arbeits-
zeitkontrolle unbrauchbar seien und nicht berücksichtigt werden könnten.
Die Ausführungen in Bezug auf die Mittagsgzulagen würden jeder Glaubhaf-
tigkeit entbehren und müssten als Schutzbehauptung qualifiziert werden.

G.

Mit Replik vom 16. August 2017 und Duplik vom 19. September 2017 hiel-
ten die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz an ihren Anträgen fest.

H.

Mit Zwischenverfügung vom 21. März 2018 hiess das Bundesverwaltungs-
gericht das Begehren der Beschwerdeführerin um Wiederherstellung der
aufschiebenden Wirkung insoweit gut, als es feststellte, dass der Be-
schwerde in Bezug auf Verrechnungserklärungen mit bestehenden oder
neuen Ansprüchen auf Kurzarbeits- oder Schlechtwetterentschädigung,
welche den Betrag von Fr. 19'754.45 übersteigen, gleichermassen Sus-
pensivwirkung zukommt.

I.

Mit Urteil vom 23. Mai 2018 ist das Bundesgericht auf die verspätete Be-
schwerde vom 3. Mai 2018 der Vorinstanz gegen die Zwischenverfügung
vom 21. März 2018 des Bundesverwaltungsgerichts nicht eingetreten.

J.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1

Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen den Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 13. Dezember 2016, in welchem sie ihre Revisionsverfügung vom 21. September 2016 bestätigte. 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; vgl. 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; vgl. 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.

2.1

Arbeitnehmende in Erwerbszweigen, in denen wetterbedingte Arbeitsausfälle üblich sind, haben unter gesetzlich definierten Voraussetzungen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung (Art. 42 Abs. 1 AVIG). Selbst bei Erfüllung besagter 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). Die ausreichende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus; diese stellt eine materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung dar

(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 Verweisen; 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 Mitarbeiter Genüge getan werden. Unter einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung, welche die Beweisanforderungen erfüllt, ist ein System zu verstehen, bei dem mindestens täglich durch den Mitarbeiter selbst oder durch seinen Vorgesetzten die gearbeitete Zeit eingegeben wird. Dabei müssen die gearbeiteten Stunden keineswegs zwingend mit einem elektronischen System erfasst werden, weshalb nicht argumentiert werden könnte, die geforderte Zeiterfassung sei etwa Kleinbetrieben nicht zuzumuten. Wesentlich sind allerdings die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung (vgl. 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 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: Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 4. Aufl. 2013, Kap. 4. zu Art. 31 AVIG). Eine Arbeitszeitkontrolle kann nach der Rechtsprechung weiter 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 nicht die Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell nachweisen, was letztlich auch eine Umkehr der Beweislast bedeuten würde. Hingegen muss die Ausgleichsstelle bei begründeten Zweifeln am korrekten Einsatz einer grundsätzlich zum Beweis geeigneten Arbeitszeitkontrolle den Arbeitgebern Gelegenheit geben, die 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 u. B-3778/2009 vom 23. August 2011 E. 3.6).

2.4

Schliesslich ist auch im Bereich der Rückforderung von Schlechtwetterentschädigungen 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 EVG C 66/04 vom 18. August 2004 E. 3.2; Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 4.2; zum Begriff der „zweifellos[en U]nrichtig[keit] im Sinne von Art. 53 Abs. 2 ATSG siehe E. 2.5 hier nach; vgl. Urteil des BGer 9C_760/2010 vom 17. November 2010 E. 2 mit Hinweisen; Urteil des BVGer B-5208/2017 vom 14. Januar 2019 E. 2; zur generellen Beweismasssenkung im Sozialversicherungsprozess vgl. BGE

138 V 218 E. 6; ULRICH MEYER, Die Beweisführung im Sozialversicherungsrecht, in: Thomas Gächter [Hrsg.], Ausgewählte Schriften, 2013, 363 ff., 379 mit Hinweisen).

2.5

Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten (Art. 95 Abs. 1 AVIG i. V. m. Art. 25 Abs. 1 ATSG). Voraussetzung dafür ist, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig, ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist sowie der Versicherungsträger eine Wiedererwägung erlässt (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. Urteil 8C_469/2011 E. 2.1; Urteil des EVG C 115/06 vom 4. September 2006 E. 1.2). Zweifellos unrichtig ist eine Leistungszusprechung, wenn sie erwiesenermassen gesetzeswidrig ist. Nicht die Grobheit des Fehlers ist 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 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).

3.

Vorliegend ist strittig, ob die von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Unterlagen den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle genügen. Die Vorinstanz hat dies für die Jahre 2014 und 2015 aus den dargelegten Gründen (s. Sachverhaltsbst. B, D u. F hiavor) durchwegs verneint: Es bestünden Abweichungen zwischen den durch das Sekretariat der Beschwerdeführerin erstellten Monatsstundenblättern und weiteren vorgefundenen Rapporten und Abrechnungen; die Lohnabrechnungen für die Monate April 2014 und April 2015 würden – neben den Mittagzulagen für diese Monate – weitere nachbezahlte Mittagzulagen enthalten. Nachdem die Mittagzulagen vor den Schlechtwettermonaten bereits abgerechnet worden seien, müsse davon ausgegangen werden, dass die nachbezahlten Mittagzulagen auf Arbeitseinsätze in den Schlechtwettermonaten zurückzuführen seien. Demzufolge ist zu prüfen, ob die Rückforderung der Schlechtwetterentschädigungen für die Jahre 2014 und 2015 in der Höhe von insgesamt Fr. 776'133.30 im Lichte der in Erwägung 2 dargelegten Bestimmungen und Rechtsprechung unrechtmässig erfolgte.

4.

4.1

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung von Art. 42 i.V.m. Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG sowie eine unrichtige und unvollständige Abklärung des rechtsrelevanten Sachverhalts im Sinne von Art. 49 Bst. b VwVG. Die Vorinstanz habe die ausgerichteten Schlechtwetterentschädigungen für die Jahre 2014 und 2015 zu Unrecht vollständig aberkannt, indem sie geltend mache, dass die Monatsstundenblätter nachweislich nicht den tatsächlichen Gegebenheiten entsprechen würden, weshalb sie unbrauchbar und zur Überprüfung nicht berücksichtigt werden könnten sowie die übrigen bestehenden Rapporte nur lückenhaft bzw. unvollständig vorliegen und den Anforderungen an eine täglich fortlaufende und vollständig geführte Arbeitszeitkontrolle nicht genügen würden. Vielmehr genüge die Beschwerdeführerin den gesetzlichen Anforderungen vollauf. Der Arbeitsausfall der Arbeitnehmer sei bestimmbar und deren Arbeitszeit ausreichend kontrollierbar. Die Vorinstanz habe bei ihrer Kontrolle von der Beschwerdeführerin Monatsstundenblätter ebenso wie Tages-, Arbeits- und Fahrzeugrapporte sowie Kursabrechnungen der einzelnen Mitarbeiter erhalten und deren Vorhandensein im Protokoll vom 23. August 2016 bestätigt. Die Vorinstanz hätte damit ohne Weiteres feststellen können und müssen, für welche Leistungen wann zu Unrecht Schlechtwetterentschädigungen geltend gemacht worden seien.

Sie hätte insbesondere feststellen müssen, dass einzig und alleine die Baustelle „[...]“ in der Schlechtwetterperiode 2014 betrieben worden sei und dass die Arbeitnehmer bzw. der Betrieb nur dafür fälschlicherweise und zu Unrecht Entschädigungen nach Art. 42 AVIG erhalten hätten. Die Arbeiten an besagter Baustelle seien in Etappen vergeben und immer sehr kurzfristig ausgeführt worden. Die fehlerhafte Geltendmachung von Schlechtwetterentschädigungen sei auf die plötzliche Erkrankung des Bauführers [...] an einem schweren Hörsturz im März 2014 zurückzuführen. Durch sein plötzliches, langes Ausscheiden seien die Arbeitsrapporte Ende März 2014 fälschlicherweise nicht an die Buchhaltung weitergeleitet worden und hätten deshalb von der Leiterin der Buchhaltung nicht erfasst werden können, weshalb jene davon ausgegangen sei, dass sie auch für die in Wirklichkeit in [...] arbeitenden Mitarbeiter Schlechtwetterentschädigungen einfordern müsse. Das Versäumnis sei Folge einer ausserordentlichen Situation und lasse keine negativen Rückschlüsse auf die Organisation der Beschwerdeführerin zu. Es lasse sich einfach eruieren, wie hoch die tatsächliche und

rechtmässige Forderung auf Schlechtwetterentschädigung eigentlich gewesen sei.

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, sie habe die entsprechende Berechnung bereits in der Einsprache vom 21. Oktober 2016 an die Vorinstanz vorgelegt. Zudem legt die Beschwerdeführerin vor Bundesverwaltungsgericht nun eine ihres Erachtens „genaue Fehlerberechnung mit den Stammdatenblättern der Mitarbeitern vor[...], einmal in der ursprünglichen fehlerhaften Version, einmal in der korrigierten und korrekten Fassung“. Die ursprünglichen Monatsstundenblätter würden keine Falschbescheinigungen ausser den nichterfassten Arbeitszeiten der Baustelle „[...]“ und den Kursabsenzen enthalten. Diese seien aber lückenlos vorhanden und kontrollierbar. Sie würden eine lückenlose Arbeitszeitkontrolle bieten, die nur fälschlicherweise nicht zur Buchhaltung gelangt sei, als die Schlechtwetterentschädigungsformulare hätten eingereicht werden müssen.

4.2

Weiter bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe die nachträglich (in den Monaten Mai 2014 und Mai 2015) ausgerichteten Mittagzulagen zu Unrecht dahingehend interpretiert, dass Arbeitnehmer in den Schlechtwettermonaten an Tagen, für welche Mittagzulagen ausgerichtet wurden, gearbeitet hätten. Die Vorinstanz lege hierfür keinerlei Beweise vor. Es treffe nicht zu, dass Mittagzulagen regelmässig im Folgemonat abschliessend erledigt würden. Es würden (wenn immer möglich) lediglich jene Mittagzulagen im Folgemonat ausbezahlt, auf welche die Arbeitnehmer aufgrund von Art. 60 Abs. 2 des Landesmantelvertrages (LMV) für das Baugewerbe einen Anspruch hätten. Hingegen würden oftmals mit den Lohnabrechnungen des Monats Mai Mittagzulagen als reine Kulanzzahlungen für gute Leistungen für das Vorjahr nachbezahlt, auf welche die Arbeitnehmenden streng genommen keinen Anspruch gehabt hätten. Bis dahin seien nämlich die meisten Bauprojekte des Vorjahres abgerechnet worden. Die Vorinstanz beschränke sich auf Mutmassungen und habe den Sachverhalt unzureichend ergründet, infolgedessen sie wiederum Art. 49 Bst. b VwVG verletzt habe.

5.

5.1

Mit Bezug auf das Jahr 2014 erwägt das Bundesverwaltungsgericht, dass die Kontroll- bzw. Beweistauglichkeit der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle

bereits aufgrund der eingeräumten Unstimmigkeiten in der Höhe von insgesamt Fr. 346'281.30 zu verneinen ist. Dies gilt notabene bereits unbeachtlich der Frage, wie die im Jahr 2014 nachbezahlten Mittagzulagen zu beurteilen sind, zumal eine durchgängige Vielzahl von den Monatsstundenblättern widersprechenden Arbeitsrapporten zu verzeichnen sind. Die Darlegungen der Beschwerdeführerin betreffend den plötzlich verunfallten Bauführer vermögen hieran nichts zu ändern, und entgegen ihrem sinngemässen Vorbringen ist ihr dessen Verhalten nachteilig anzurechnen. Die offenbar von der Beschwerdeführerin selbst erstellte Krankheitsanzeige des Bauführers vom 24. März 2014 benennt weiter als Erkrankungsdatum den 14. März 2014 (und nicht wie in der Vernehmlassung geltend gemacht den 21. März 2014). Dasselbst wird die für die Buchhaltung verantwortliche Person als Kontaktperson aufgeführt. Es ist unglaublich, dass die Beschwerdeführerin nicht allerspätestens bei der Krankmeldung des Bauführers von der Baustelle „[...]“ erfahren haben sollte. Die diesbezüglichen Arbeitsrapporte datieren bis zum Freitag, 28. März 2014, und die Beschwerdeführerin hätte alsdann unbedingt für die Einholung der Arbeitsrapporte besorgt sein sollen. Es ist darüber hinaus unglaublich, dass das vorgebliche ursprüngliche Versäumnis des Bauführers bzw. die unzutreffende Erfassung durch die Buchhaltung bis zum Zeitpunkt der Kontrolle im August 2016 nicht entdeckt worden sein soll, denn in den vorinstanzlichen Akten (act. 9) finden sich dazugehörige Regierapporte mit Rechnungsstellungen zuhanden der Bauherrschaft [...], welche von der Beschwerdeführerin erstellt wurden. Ungeachtet dessen vermag die Arbeitszeitkontrolle für die Monate Februar und März 2014 aber bereits aus objektiven Gründen den unter Ziff. 2.3 hiervoor dargelegten rechtlichen Vorgaben nicht zu genügen. Das Nachreichen einer vorgeblich korrigierten und korrekten Berechnung im Beschwerdeverfahren vermag hieran nichts mehr zu ändern. Indem die Vorinstanz diese Berechnung nicht selbst vornahm, verletzte sie entgegen der beschwerdeführerischen Auffassung ebenso wenig Art. 49 lit. b VwVG, zumal sie nicht die zweifelsfreie Unrichtigkeit der Zeiterfassung für jede Person und jeden Tag individuell nachweisen musste.

5.2

Betreffend das Jahr 2015 werden neben den anerkannten Beanstandungen für den Monat Februar die nachträglich geleisteten Mittagzulagen beurteilungserheblich. Die diesbezüglichen beschwerdeführerischen Vorbringen vermögen nicht zu überzeugen. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet es in Anwendung des Beweismasses der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (siehe E. 2.4 hiervoor) als wahrscheinlicher, dass es sich bei den nachträglich bezahlten Mittagzulagen nicht um freiwillige Leistungen der

Beschwerdeführerin gehandelt hat, welche in keinem Zusammenhang mit den Schlechtwetterperioden gestanden haben. Der Beschwerdeführerin ist es im Beschwerdeverfahren argumentativ und unter Verweis auf die eingereichten Beweismittel nicht gelungen, die überwiegenden Zweifel an ihrer Darstellung zu entkräften. Parteiauskünfte der Beschwerdeführerin sowie Auskünfte ihrer (ehemaligen) Mitarbeitenden, wie sie in der Beschwerde und der Replik angeboten wurden, stellen für die vorliegenden Zwecke einerseits keine geeigneten Beweismittel dar, weswegen auf deren Erhebung verzichtet werden kann. Die Auskunftspersonen vermöchten andererseits lediglich zu bestätigen, was bereits in der Beschwerde und der Replik geltend gemacht wurde und nicht hinreichend zu überzeugen vermag (zur Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung siehe WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2016, Art. 33 N 21 ff.). Zusammen mit den anerkannten Beanstandungen für den Monat Februar 2015 ergibt sich vielmehr auch für das Jahr 2015 das Gesamtbild einer Arbeitszeitkontrolle, welche mehr als einzelne Unregelmässigkeiten aufweist und demzufolge die rechtlichen Vorgaben an die Kontrollierbarkeit (siehe E. 2.3 hier vor) nicht erfüllt.

6.

Im Ergebnis vermögen die von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Unterlagen den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht zu genügen und ihre Vorbringen im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nicht durchzudringen. Der Beschwerdeführerin misslingt der Nachweis, dass die Schlechtwetterentschädigungen rechtmässig ausgerichtet worden sind. Die Leistungszusprechung war deswegen unrichtig. Die Berichtigung ist zudem unstreitig von erheblicher Bedeutung. Die vorinstanzlich verfügte Rückforderung der Schlechtwetterentschädigungen für die Jahre 2014 und 2015 in der Höhe von insgesamt Fr. 776'133.30 ist infolgedessen nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin erweist sich die Rückforderung gleichsam als verhältnismässig, zumal sie gesetzlich angeordnet ist (Art. 95 Abs. 2 AVIG) und sich in eine ständige Praxis einreihet (vgl. Urteil des BVerG B-1829/2016 vom 10. Oktober 2017 E. 2.4 mit Verweisen, und die unter Ziff. 2.5 hier vor zitierte Rechtsprechung). Dass die Rechtsfolge für die Beschwerdeführerin offensichtlich gravierend ist, macht sie weiter noch nicht unangemessen im Sinne von Art. 49 Bst. c VwVG. Es ist schliesslich unersichtlich, inwiefern der vorinstanzliche Einspracheentscheid willkürlich gewesen sein sollte. Namentlich kann die Beschwerdeführerin nichts aus der Tatsache ableiten, dass die Vorinstanz aufgrund geringer Widersprüche die Monatsblätter für

das Jahr 2016 als genügende betriebliche Arbeitszeitkontrolle akzeptiert und bloss nachgewiesene Fehlleistungen zurückfordert.

7.

Soweit die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht, sie sei wirtschaftlich darauf angewiesen, dass die Vorinstanz auf den Rückforderungsbetrag verzichte, ist sie darauf hinzuweisen, dass, wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, diese nicht zurückerstatten muss, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG; Art. 4 und 5 ATSV). Die beiden Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Für Arbeitgeber liegt eine grosse Härte vor, soweit die Rückforderungssumme 20 % des durchschnittlichen Reingewinns von drei Jahren übersteigt. Die rückerstattungspflichtige Person hat ein Erlassgesuch schriftlich einzureichen. Das Gesuch ist zu begründen, mit den nötigen Belegen zu versehen und bis spätestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung einzureichen. Zuständig für den Erlassentscheid ist die kantonale Amtsstelle am Sitz des Betriebes (vgl. Kreisschreiben des SECO über Rückforderung, Verrechnung, Erlass und Inkasso, KS RVEI, Teil C).

8.

8.1

Als in der Hauptsache unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG; zur Kostenpflichtigkeit und Bemessung der Gerichtsgebühr im Bereich der Rückforderung von Schlechtwetterentschädigungen siehe Urteil des BVGer B-6609/2016 vom 7. März 2018 E. 7 mit Hinweisen). Hingegen ist zu beachten, dass das Gesuch der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gutgeheissen wurde (siehe Sachverhaltsbst. H). Es rechtfertigt sich demnach, die Verfahrenskosten auf Fr. 10'000.– festzulegen. Sie sind dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 11'000.– nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– ist der Beschwerdeführerin alsdann auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückzuerstatten.

8.2

Die Beschwerdeführerin hat als unterliegende Partei keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Daran ändert auch das gutgeheissene Gesuch um aufschiebende Wirkung nichts. Denn die Beschwerdeführerin unterliegt mit ihren Sachanträgen vollumfänglich, und der gutgeheissene Verfahrens Antrag

war auf nur vier Zeilen der 23-seitigen Beschwerde bloss damit begründet, dass die vorinstanzliche Verfügung in der Hauptsache unzutreffend sei, weshalb diesbezüglich auf die Ausrichtung einer Parteientschädigung zu verzichten ist.

(Das Dispositiv folgt auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten werden der Beschwerdeführerin im Umfang von Fr. 10'000.– auferlegt. Der Betrag wird dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 11'000.– nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils entnommen. Der Restbetrag von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin alsdann auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Ronald Flury

David Roth

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 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: 18. März 2019