

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2008/80 vom 15. Juli 2009**

Sg Versicherungsgericht, 2009-07-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2008\\_80](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2008_80)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2008/80 du 15 juillet 2009

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2008/80 del 15 luglio 2009

## **Regeste**

Art. 25 Abs. 1 ATSG. Erlassvoraussetzung des guten Glaubens. Bei Anwendung der zumutbaren Aufmerksamkeit hätte die Beschwerdeführerin den bestehenden Rechtsmangel (ungenügende Arbeitszeiterfassung) erkennen können und sich bei allfälligen Unklarheiten bei der Verwaltung erkundigen müssen. Die Rückforderung der ausgerichteten Kurzarbeitsentschädigung ist nicht zu erlassen (Entscheidung des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Juli 2009, AVI 2008/80). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_777/2009.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Streitig ist die Verweigerung des Erlasses der Rückerstattungsschuld im Betrag von Fr. 22'337.45, während die Rückforderung selbst bereits rechtskräftig entschieden worden ist. 1.1 Nach Art. 25 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzuerstatten. Wer jedoch Leistungen im guten Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt. Der Rückforderungsanspruch erlischt nach Art. 25 Abs. 2 ATSG mit dem Ablauf eines Jahres, nachdem die Versicherungseinrichtung davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber mit dem Ablauf von fünf Jahren nach der Entrichtung der einzelnen Leistung. Voraussetzungen für den Erlass einer Rückforderung sind somit das Vorhandensein des guten Glaubens beim Empfang der Leistungen und die grosse Härte. Der gute Glaube wird vermutet. Ein gutgläubiger Bezug einer Sozialversicherungsleistung liegt vor, wenn das Bewusstsein über den unrechtmässigen Leistungsbezug fehlt, sofern dieses Fehlen in einer objektiven Betrachtungsweise unter den konkret gegebenen Umständen entschuldbar ist. Er besteht insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat (Kieser, ATSG-Kommentar, Art. 25 Rz. 23). Nach der Rechtsprechung ist bezüglich der Erlassvoraussetzungen zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage zu unterscheiden, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann bzw. ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen (BGE 122 V 223 E. 3; AHI-Praxis 2/1994 S. 123 E. 2c). Wer einen Rechtsmangel kennt, gilt diesbezüglich nicht als gutgläubig. Sodann darf sich derjenige nicht auf den guten Glauben berufen, dem der Mangel bei Anwendung zumutbarer Aufmerksamkeit erkennbar gewesen wäre (Art. 3 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210]). Dabei ist diejenige Aufmerksamkeit geboten, die nach den Umständen verlangt werden kann. Dies lässt sich nur im Einzelfall in Würdigung aller Gegebenheiten beurteilen, wobei von objektiven

Kriterien auszugehen ist (BGE 120 V 335 f. E. 10a).

## E. 2

2.1 Der Beschwerdeführerin wird nicht vorgeworfen, die bezogenen Kurzarbeitsentschädigungen durch falsche oder unvollständige Angaben erwirkt zu haben. Fraglich und zu prüfen ist nur, ob sich die Beschwerdeführerin aufgrund der konkreten Umstände auf guten Glauben berufen kann oder ob der Beschwerdeführerin der Vorwurf nicht erspart bleiben kann, nicht die nötige Aufmerksamkeits- bzw. Sorgfaltspflicht aufgebracht zu haben.

2.2 Auf der Rückseite des Formulars Personalliste, das von der Beschwerdeführerin im Rahmen der Beantragung von Kurzarbeitsentschädigung ausgefüllt wurde, findet sich unter dem Abschnitt D der Hinweis, dass Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar sei, nicht anspruchsberechtigt seien (vgl. act. G 3.1/C1). Auch in den Verfügungen vom 8. Dezember 2003 und 1. Dezember 2004 wurde die Beschwerdeführerin darüber orientiert. Ergänzend findet sich die Bemerkung, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetze und ein Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während 5 Jahren aufzubewahren habe (act. G 3.1/B2 und C4). Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Angaben Kenntnis davon hatte - bzw. bei hinreichender Aufmerksamkeit hätte haben müssen -, dass die für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erforderliche ausreichende Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit ein entsprechendes Zeiterfassungssystem voraussetzt und die entsprechenden Unterlagen im Hinblick auf spätere Kontrollen aufzubewahren sind. Zwar wäre es durchaus wünschenswert, wenn die Verwaltung in den Unterlagen bzw. Verfügungen die Anforderungen an eine ausreichende Arbeitszeitkontrolle gründlicher umschreiben und zum Beispiel festhalten würde, dass eine tägliche Zeiterfassung pro arbeitnehmende Person verlangt ist und etwa Dienst- oder blosser Abwesenheitskontrollen nicht genügen. Aus der fehlenden Detaillierung der verlangten Arbeitszeitkontrolle lässt sich aber nicht bereits die Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin ableiten.

2.3 Gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin war die Arbeitszeitkontrolle aufgrund der Jahrespläne 2003 und 2004 sowie der Agenden der Jahre 2003 bis 2005 erfolgt (act. G 1.8 ff.). Die entsprechenden Angaben seien täglich in das Formular für die Anmeldung der Kurzarbeitsentschädigung übertragen worden. An den ausgestrichenen Tagen sei keine Arbeit vorhanden gewesen. Vergleiche man diese Leertage mit einer Vollbeschäftigung, werde sofort klar, an welchen Tagen bzw. Halbtagen keine Arbeit vorhanden gewesen sei (act. G 3.1/A2, S. 4). Wie bereits das Bundesverwaltungsgericht hierzu richtig bemerkt hat, lässt sich anhand der eingereichten Unterlagen weder der Arbeitsausfall, die geleistete Arbeit noch die Betriebsüblichkeit- oder -unüblichkeit des Arbeitsausfalls feststellen. Insbesondere mangelt es an einer Abrechnung pro Arbeitnehmer (vgl. hierzu eingehend E. 4.5.1 f. des Entscheids vom 23. November 2007). Die erstellten Jahrespläne 2003 und 2004 vermögen daran nichts zu ändern, da gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung Einsatzpläne den Anforderungen an eine betriebliche Arbeitszeiterfassung nicht zu genügen vermögen (Urteil des EVG vom 26. Oktober 2005, C 114/05, E. 2 mit Hinweisen). Unter diesen Umständen sind die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Arbeitsausfälle nicht hinreichend kontrollierbar, wie im Rückforderungsverfahren festgestellt wurde und was die Beschwerdeführerin auch nicht mehr bestreitet (vgl. act. G 1).

2.4 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die bei ihr angestellte Frau C.\_\_\_\_ habe während der ab Dezember 2003 begonnenen Kurzarbeitsphase verschiedene Telefonate mit Herrn D.\_\_\_\_ und ein Telefonat mit Herrn E.\_\_\_\_, beide Angestellte des Beschwerdegegners, geführt. Herr

D.\_\_\_\_ - eventuell auch Herr E.\_\_\_\_ - hätten um den Kleinbetrieb der Beschwerdeführerin mit lediglich drei Mitarbeitern und um die Art der gelebten Arbeitszeitkontrolle gewusst. Trotzdem sei diese nie darauf aufmerksam gemacht worden, dass für die Arbeitszeitkontrolle qualifizierte Voraussetzungen zu erfüllen seien. Die Beschwerdeführerin beantragt deshalb, Frau C.\_\_\_\_ als Zeugin einzuvernehmen (act. G 1, S. 3 f.). Der Beschwerdegegner bestreitet, dass seine Angestellten Kenntnis von deren Arbeitszeiterfassung gehabt hätten (act. G 3.1/A10). Aus den Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte, die die Behauptung der Beschwerdeführerin stützen. Gegen die Kenntnis des Beschwerdegegners und der Arbeitslosenkasse spricht, dass die entsprechenden Unterlagen nicht mit dem Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung eingereicht wurden, sondern im Hinblick auf spätere Kontrollen aufbewahrt werden mussten (vgl. ARV 2002 Nr. 37, S. 255, E. 4b). Dass es sich bei der Beschwerdeführerin um einen Kleinbetrieb gehandelt hat, vermag daran ebenfalls nichts zu ändern, kann doch aus der Grösse eines Betriebes nicht auf die Qualität der Arbeitszeiterfassung geschlossen werden. Mit dem Bundesverwaltungsgericht (vgl. E. 4.7.1 des Entscheids vom 23. November 2007) ist daher festzuhalten, dass die Behauptung der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegner habe ihre Aufzeichnungen als hinreichend erachtet bzw. habe von der ausgeübten Erfassung gewusst, nicht zu überzeugen vermag. Für die beantragte Zeugeneinvernahme besteht unter diesen Umständen kein Anlass, weil davon keine neuen entscheidungswesentlichen Ergebnisse zu erwarten wären (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 124 V 94 E. 4b, 122 V 162 E. 1d je mit Hinweisen), zumal die fraglichen Telefongespräche zum heutigen Zeitpunkt bereits mehr als fünf Jahre zurückliegen und deshalb davon ausgegangen werden muss, dass deren umstrittenen - nicht aktenkundigen - Inhalte nicht mehr zuverlässig rekonstruierbar sind.

2.5 Es ist deshalb davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner keine Kenntnis von der praktizierten Arbeitszeiterfassung gehabt hat bzw. diese ihm von der Beschwerdeführerin nicht zur Kenntnis gebracht worden ist. Angesichts der Hinweise im Antragsformular und in den Verfügungen vom 8. Dezember 2003 und 1. Dezember 2004 (vgl. hierzu vorstehende E. 2.2) sowie der von der Beschwerdeführerin für ihre Mitarbeitenden praktizierten Zeitaufschriebe hätte sie jedoch bei der gebotenen Aufmerksamkeit Anlass gehabt, ihre Zeiterfassung dem Beschwerdegegner zur Kenntnis zu bringen und sich zu erkundigen, ob sie für die geforderte Kontrollierbarkeit ausreiche. Eine solche Abklärung hat sie aber nach dem Gesagten nicht vorgenommen. Diese Unterlassung kann mit Blick auf die vorliegend zu beurteilenden Verhältnisse nicht mehr als leichte Nachlässigkeit charakterisiert werden, was zur Verneinung der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens führt.

2.6 Auch der Umstand, dass der Beschwerdeführerin während mehrerer Monate Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt wurden, war nicht geeignet, bei ihr den guten Glauben in das Genügen ihres "Zeiterfassungssystems" zu begründen. Denn wie bereits erwähnt (vorstehende E. 2.4) waren der Beschwerdegegner und die Arbeitslosenkasse zu den Bezugszeiten über die von der Beschwerdeführerin ausgeübte Methode der Zeiterfassung noch nicht informiert. Im Übrigen wurde die Beschwerdeführerin bereits auf die Erforderlichkeit und den Zweck einer fassbaren Arbeitszeiterfassung hingewiesen (vgl. vorstehende E. 2.2), weshalb aus diesem Grund auch nicht von einer Auskunftspflichtverletzung wegen unterlassener Information gesprochen werden kann.

2.7 In Nachachtung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum guten Glauben im Zusammenhang mit einer ausreichend kontrollierbaren Zeiterfassung (vgl. ARV 2002 Nr. 37, S. 253 ff.; Urteil des EVG vom 24. März 2004, C 162/03) ist die Erlassvoraussetzung des guten Glaubens nach dem Gesagten zu verneinen. Diese

Rechtsprechung mag in einzelnen Fällen als streng erscheinen; sie findet ihre Rechtfertigung indessen im Schutz gegen die erhebliche Missbrauchsgefahr. Die Frage bezüglich des Vorliegens einer grossen Härte kann aufgrund der Verneinung des guten Glaubens offen gelassen werden.

### **E. 3**

Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.