

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/10 vom 20. November 2009**

Sg Versicherungsgericht, 2009-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_AVI\\_2009\\_10](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AVI_2009_10)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/10 du 20 novembre 2009

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT AVI 2009/10 del 20 novembre 2009

## **Regeste**

Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG; Art. 46b Abs. 1 AVIV; Art. 25 Abs. 1 ATSG: Verfügt ein Arbeitgeber über keine betriebliche Zeiterfassung und ist deshalb der Arbeitsausfall der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer nicht kontrollierbar, ist die bezogene Kurzarbeitsentschädigung zurückzuerstatten. Der Arbeitgeber kann sich in einem Verfahren um Erlass der Rückerstattung nicht auf den guten Glauben berufen, wenn er die Informationen in der Informationsbroschüre zur Kurzarbeitsentschädigung und auf dem Antragsformular nicht beachtet (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 20. November 2009, AVI 2009/10).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob dem Begehren um Erlass der Rückforderung der für den Zeitraum vom Februar 2003 bis Februar 2004 ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigung zu entsprechen ist. Nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die Frage, ob die Rückforderung als solche gerechtfertigt ist, weil der die Rückforderung anordnende Einspracheentscheid vom 13. Oktober 2005 nicht angefochten wurde und damit in Rechtskraft erwachsen ist.

### **E. 2**

2.1 Nach Art. 31 Abs. 3 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Arbeitnehmende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setzt nach Art. 46b Abs. 1 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV; SR 837.02) eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus. Der Arbeitgeber hat nach Art. 46b Abs. 2 AVIV die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Prüfung der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht Sache der kantonalen Amtsstelle oder der Arbeitslosenkasse (BGE 124 V 380 E. 2c; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Bundesgericht] vom 12. Juni 2003, C 295/02, E. 3.2; Kreisschreiben über die Kurzarbeitsentschädigung [KS KAE], Rz B35). Die Auszahlungen werden einzig durch das seco gemäss Art. 110 AVIV stichprobenweise geprüft. Stellt sich bei einer solchen Arbeitgeberkontrolle heraus, dass der Arbeitsausfall mangels einer geeigneten betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht kontrolliert werden kann, fordert das seco die zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung

zurück. Praxisgemäss löst die Tatsache, dass dem Arbeitgeber über eine längere Zeitdauer vorbehaltlos Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt worden ist, keinen Vertrauensschutz aus und steht einer Rückforderung nicht entgegen (KS KAE, Rz B36).

2.2 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 (vgl. Art. 3 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] analog). 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 (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, 2009, Art. 25 Rz 33). 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 221 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 ZGB analog). 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 319 E. 10a).

2.3 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist im Zusammenhang mit Gesuchen um Erlass der Rückforderung von wegen ungenügender Arbeitszeitkontrolle zu Unrecht ausgerichteter Kurzarbeitsentschädigung die Berufung auf den guten Glauben regelmässig ausgeschlossen, weil die Informationsbroschüre des seco für Arbeitgeber "Info-Service Kurzarbeitsentschädigung" in Ziff. 6 ausdrücklich festhält, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben. In Ziff. 7 der Broschüre wird ausgeführt, dass für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden muss, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sämtliche übrigen Absenzen wie z.B. Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärdienstabsenzen Auskunft gibt. Zudem führt auch das vom Arbeitgeber für jede Abrechnungsperiode einzureichende Formular "Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung" in Ziff. 2 als "Nicht anspruchsberechtigte Arbeitnehmer" jene auf, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist. Aufgrund dieser klaren und unmissverständlichen Hinweise könnte und müsste nach Auffassung des Bundesgerichts ein Arbeitgeber bei Anwendung eines Mindestmasses an Aufmerksamkeit ohne weiteres erkennen, dass für jene Angestellten, für welche überhaupt keine Arbeitszeitkontrolle geführt wird, kein Anspruch auf

Kurzarbeitsentschädigung besteht (Urteil des EVG vom 11. September 2000, C 437/99 E. 3; Urteil des Bundesgerichts vom 19. März 2008, 8C\_775/2007, E. 2; vgl. in verwandtem Zusammenhang auch Urteil des EVG vom 8. Juni 2006, C 196/05, E. 6).

### E. 3

3.1 Seitens der Beschwerdeführerin wird nicht geltend gemacht, sie sei nicht im Besitze der Broschüre "Info-Service Kurzarbeitsentschädigung" gewesen. Vielmehr macht der Rechtsanwalt geltend, die Beschwerdeführerin sei in guten Treuen davon ausgegangen, über eine genügende Arbeitszeitkontrolle zu verfügen. Beim Betrieb der Beschwerdeführerin handle es sich um einen überschaubaren Kleinstbetrieb. Da der einzige Verwaltungsrat und Eigentümer, R. \_\_\_ S. \_\_\_, täglich an der Seite seiner Angestellten im Betrieb arbeite, sei eine effektive Arbeitszeitkontrolle gewährleistet. Der Betriebsinhaber habe im Hinblick auf die Kurzarbeit einen Stundenplan festgelegt, an den sich alle Mitarbeiter hätten halten müssen. Da die Soll-Zeiten für alle Mitarbeiter identisch gewesen seien, habe eine schlichte Anwesenheitskontrolle genügt. Zudem ergebe sich aus den zuhanden der kantonalen Arbeitslosenkasse ausgefüllten Rapporten über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden, wann welcher Mitarbeiter nicht gearbeitet habe (act. G 1 Ziff. 9 i.V.m. act. G 3.1/A 14 Ziff. III., B., 1., S. 5-9). In der Replik macht der Rechtsanwalt geltend, in den Rapporten über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden seien nur jene Stunden aufgeführt worden, bezüglich derer sich die Stundenpläne für Normalarbeitszeit und für Kurzarbeitszeit unterschieden hätten. Somit sei eine Arbeitszeitkontrolle auch aufgrund der vorliegenden Akten möglich, weshalb das Fehlen einer eigentlichen betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nicht als grobe Nachlässigkeit betrachtet werden könne (act. G 9, Ziff. 3.3). Es sei überspitzter Formalismus, wenn man von einem Kleinbetrieb verlangen würde, dass er die Einsatzpläne sklavisch in eine Präsenzkontrolle abschreibe (act. G 1, Ziff. 12; act. G 9, Ziff. 3.3.4).

3.2 Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung genügt nur eine täglich fortlaufend geführte Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter dem Erfordernis der genügenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle. Dabei müssen die Arbeitszeiten keineswegs durch ein elektronisches System (Zeiterfassung im Computer, Stempelkarten) oder dergleichen erfasst werden. Erforderlich ist einzig eine ausreichend detaillierte und zeitgleiche Dokumentation der geleisteten Arbeitsstunden. Somit kann auch nicht argumentiert werden, eine Zeiterfassung sei Kleinbetrieben nicht zumutbar. Ferner ist es auch nicht überspitzt formalistisch, wenn man von einem Betrieb, der das Formular "Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" fortlaufend ausfüllt, verlangt, dass er zwecks Kontrolle des geltend gemachten Arbeitsausfalls darüber hinaus fortlaufende Aufzeichnungen der tatsächlich geleisteten Arbeitszeit macht (Urteil des EVG vom 25. März 2004, C 35/03, E. 4). Blosser Einsatzpläne genügen dem Erfordernis der genügenden Arbeitszeitkontrolle nicht (Urteil des EVG vom 26. Oktober 2005, C 114/05, E. 2). Diesen Anforderungen vermag das von der Beschwerdeführerin verwendete System der Zeiterfassung nicht zu genügen. So fehlen echtzeitliche Aufzeichnungen über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden. Der Einwand, R. \_\_\_ S. \_\_\_ habe stets den Überblick über die Anwesenheit gehabt, ändert daran nichts, soll doch durch die betriebliche Arbeitszeitkontrolle sichergestellt werden, dass die geleisteten Arbeitszeiten in einer Weise festgehalten werden, die eine spätere Kontrolle ermöglichen. Zudem trifft insbesondere die Behauptung des Anwalts, die Ausfallstunden ergäben sich aus einem Vergleich des normalen Stundenplans mit dem Stundenplan bei Kurzarbeit, nicht zu. So betrug gemäss dem Stundenplan vom 1. Februar 2002 die wöchentliche Arbeitszeit vor Einführung der

Kurzarbeit 43.5 Stunden (act. G 3.1/C49). Demgegenüber betrug die wöchentliche Arbeitszeit gemäss dem Stundenplan bei Kurzarbeit vom 1. Februar 2003 29 Stunden (act. G 3.1/C50). Somit ergibt sich bei einem Vollzeitpensum ein Ausfall von 14.5 Stunden pro Arbeitswoche. Für den genau vier volle Arbeitswochen umfassenden Februar 2003 ergäbe dies einen Ausfall von 58 Stunden pro Mitarbeiter. Im Rapport über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden für den Monat Februar 2003 hat die Beschwerdeführerin für jeden Vollzeitangestellten demgegenüber einen Ausfall von 88 Stunden geltend gemacht (act. G 3.1/C88 und C103). Noch extremer verhält es sich im Februar 2004. Gemäss Stundenplan vom 1. Januar 2004 betrug die normale Arbeitszeit 41.5 Stunden pro Woche (act. G 3.1/C52). Gemäss Stundenplan bei Kurzarbeit vom 1. Januar 2004 betrug die Arbeitszeit demgegenüber 30 Stunden (act. G 3.1/C51). Auch hier ist in keiner Weise nachvollziehbar, wie aus dem Vergleich der beiden Stundenpläne für den Februar 2004 Arbeitsausfälle von 115 bzw. 115.5 Stunden pro Mitarbeiter resultieren können (vgl. act. G 3.1/C84). Diese Beispiele zeigen, dass sich der Arbeitsausfall aufgrund der vorhandenen Akten in keiner Weise nachvollziehen lässt. Somit greift auch der Einwand des Rechtsanwalts, es sei überspitzter Formalismus, wenn man von einem Kleinbetrieb erwarte, dass er die Einsatzpläne sklavisch in eine Präsenzkontrolle abschreibe, ins Leere, da entgegen den Ausführungen des Anwalts keine Übereinstimmung zwischen den geltend gemachten Ausfallstunden und der Differenz der Stundenpläne bei Normalarbeitszeit und bei Kurzarbeit besteht. Da die Beschwerdeführerin, wie ausgeführt, bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit hätte wissen müssen, dass für Angestellte, für welche überhaupt keine Arbeitszeitkontrolle geführt worden ist, kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, liegt keine nur leichte Nachlässigkeit seitens der Beschwerdeführerin vor. Somit fehlt es an der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens beim Leistungsbezug gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG.

#### **E. 4**

4.1 Zu prüfen bleibt der Einwand der Beschwerdeführerin, ihr Verwaltungsrat, R.\_\_\_\_ S.\_\_\_\_, habe am 11. März 2003 den zuständigen Sachbearbeiter der Arbeitslosenversicherung aufgesucht und seine ganzen Unterlagen, Formulare, Vorlagen etc. zu dieser Besprechung mitgenommen, um sich zu erkundigen, ob er wirklich alles korrekt ausgefüllt habe. Nach Angaben von Herrn S.\_\_\_\_ habe der Sachbearbeiter explizit bestätigt, er mache alles richtig. Herr S.\_\_\_\_ habe deshalb davon ausgehen dürfen, der Stundenplan gelte als hinreichende Präsenzkontrolle. Damit macht die Beschwerdeführerin sinngemäss den Vertrauensschutzgrundsatz für sich geltend. 4.2 Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl. Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV; SR 101]), der eine Person in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der rechtsuchenden Person gebieten. Gemäss Rechtsprechung und Lehre ist dies der Fall, 1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; 2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; 3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; 4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können und 5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat (BGE 131 V 472 E. 5 mit Hinweisen). 4.3 Der Beschwerdegegner führt im angefochtenen

Einspracheentscheid aus, es sei unbestritten, dass die Besprechung mit dem Sachbearbeiter der Arbeitslosenkasse am 11. März 2003 stattgefunden habe. Da sich der Kassensachbearbeiter nicht mehr an den Inhalt des Gesprächs erinnern könne, sei unklar, was anlässlich dieses Treffens besprochen worden sei (vgl. act. G 3.1/A4). Es sei jedoch zu beachten, dass die Arbeitslosenkasse lediglich eine Zahlstelle sei und sich die Prüfung darauf beschränke, ob die Unterlagen vollständig und richtig ausgefüllt seien. Eine inhaltliche Prüfung der grundsätzlichen Anspruchsvoraussetzungen finde nicht statt, da diese durch das Amt für Arbeit bei der Gesuchseinreichung und durch das seco erfolge. Mangels materieller Prüfungsbefugnis habe sich der Kassensachbearbeiter somit sicher nicht zur Richtigkeit der Zeitkontrolle geäußert, es sei denn, er wäre konkret dazu befragt worden. In diesem Fall hätte er sicher auf die Praxis zur genügenden Zeitkontrolle hingewiesen, da die Rechtslage in diesem Punkt seit Jahren klar und unbestritten sei. Nach Auffassung des Beschwerdegegners leitete die Beschwerdeführerin aus den Äusserungen des Sachbearbeiters offensichtlich einen anderen Inhalt ab, als dieser tatsächlich aussagte. Somit fehle es für die Berufung auf den Vertrauensschutz schon am Tatbestandselement der genügenden Vertrauensgrundlage (act. G 1.1, Ziff. 3a). 4.4 Der genaue Inhalt des Gesprächs zwischen R. \_\_\_ S. \_\_\_ und dem Sachbearbeiter der Arbeitslosenkasse lässt sich nicht mehr rekonstruieren. Somit lässt sich nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht allgemein üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachweisen, ob der Sachbearbeiter der Arbeitslosenkasse dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin die falsche Auskunft erteilt hat, wonach dessen betriebliche Arbeitszeitkontrolle ausreichend sei. Der im Sozialversicherungsrecht geltende Untersuchungsgrundsatz (vgl. Art. 43 Abs. 1 ATSG) schliesst eine Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast aus. Wenn es sich jedoch als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen, fällt der Entscheid zu Ungunsten jener Partei aus, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableitet (BGE 117 V 261 E. 3b mit Hinweisen). Da vorliegend die Beschwerdeführerin Rechte aus einer behaupteten falschen Auskunft seitens der Verwaltung ableiten will, ist infolge der Beweislosigkeit zu ihren Ungunsten zu entscheiden. Somit ist davon auszugehen, dass keine Vertrauensgrundlage vorliegt, weshalb die Berufung auf den Vertrauensschutz ausser Betracht fällt.

## **E. 5**

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Beschwerdegegner das Erlassgesuch mangels Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG zu Recht abgewiesen hat. Im Sinne der voranstehenden Erwägungen ist deshalb die Beschwerde abzuweisen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. Dezember 2008 zu bestätigen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). 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.