

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2003.00082

## vom 11. März 2004

ZH Sozialversicherungsgericht, 2004-03-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AL.2003.00082](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2003.00082)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2003.00082 du 11 mars 2004

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2003.00082 del 11 marzo 2004

### Erwägungen

#### E. 2

2.1. Die Beschwerdegegnerin ging in der angefochtenen Verfügung (Urk. 2) gestützt auf den definitiven Bericht des seco zur Arbeitgeberkontrolle vom 13. Dezember 2002 (Urk. 10/2) davon aus, dass die Beschwerdeführerin für gewisse Arbeitnehmer keine Arbeitszeiterfassung und für andere keine Arbeitsrapporte geführt habe. Zudem seien teilweise wetterbedingte Ausfälle für Tage geltend gemacht worden, an denen die betreffenden Personen gearbeitet hätten, krank oder in den Ferien gewesen seien (vgl. Urk. 10/2 Beilage 1).

2.2. Die Beschwerdeführerin macht hiergegen geltend, dass auf ihre Monatsrapporte sowie auf die von ihr gestützt darauf nachträglich erstellten Stundenrapporte abzustellen sei. Dadurch sei sie ihrer Pflicht zur Führung einer betrieblichen Arbeitszeiterfassung in genügender Weise nachgekommen (Urk. 1, Urk. 22 S. 3 f.).

#### E. 3

3.1. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin über kein Zeiterfassungsgerät verfügte und die geleistete Arbeitszeit für die Arbeitnehmer B., C., D. und E. nicht in täglichen Rapporten erfasste. In ihrer Stellungnahme vom 2. Dezember 2002 zum provisorischen Bericht zur Arbeitgeberkontrolle des seco führte die Beschwerdeführerin denn auch aus, dass sie für diese Mitarbeiter im fraglichen Zeitraum vom Oktober 2000 bis September 2001 keine Arbeitsrapporte erstellt habe (Urk. 18/2/1 S. 1). Erst anlässlich der Stellungnahme vom 2. Dezember 2002 zum provisorischen Arbeitgeberkontrollbericht des seco reichte die Beschwerdeführerin gestützt auf früher erstellte Monatsrapporte (Urk. 18/10, Urk. 23/1-2) nachträglich erstellte Rapporte zu den von diesen Mitarbeitern in der fraglichen Zeit geleisteten Arbeitszeiten ein (Urk. 18/2/2).

3.2. Nach der Rechtsprechung des EVG gilt auch bei im Monatslohn beschäftigten Personen ein geltend gemachter Arbeitsausfall nur dann als genügend überprüfbar, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Es genügt nicht, wenn ein Arbeitgeber eine An- und Abwesenheitskontrolle führt; vielmehr bedarf es Angaben über die geleisteten Arbeitsstunden. Denn nur auf diese Weise ist Gewähr geboten, dass die an gewissen Tagen geleistete Arbeitszeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist, bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalles Berücksichtigung findet (ARV 1998 Nr. 34 S. 201 f., 1998 Nr. 35 S. 200, 1999 Nr. 34 S. 200). Diese im Bereiche der Kurzarbeitsentschädigung ergangene Rechtsprechung gilt auch für den Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wo dem

Arbeitgeber grundsätzlich die gleiche Beweispflicht bezüglich des Arbeitsausfalles obliegt (Urteil des EVG in Sachen X. vom 8. Oktober 2002, C 140/02, Erw. 3.2).  
Massgeblich ist, ob das Führen einer Arbeitszeitkontrolle im konkreten Fall unerlässlich ist, um den Durchführungsorganen die Möglichkeit zu geben, den geltend gemachten Arbeitsausfall innerhalb einer Frist zuverlässig zu überprüfen (ARV 1999 Nr. 34 S. 200, Urteil des EVG in Sachen X. vom 8. Oktober 2002, C 140/02, Erw. 3.2).

### **E. 3.3**

Vorliegend beanspruchte die Beschwerdeführerin für die Dauer mehrerer Monate Schlechtwetterentschädigung, wobei ihre Mitarbeiter B. \_\_\_\_, C. \_\_\_\_, D. \_\_\_\_, E. \_\_\_\_, teilweise gleichzeitig an mehreren Betriebsorten, wie beispielsweise F. \_\_\_\_, G. \_\_\_\_, H. \_\_\_\_, oder I. \_\_\_\_, arbeiteten (vgl. Urk. 18/2/2). Für diese Mitarbeiter war die Beschwerdeführerin daher verpflichtet, den Arbeitsausfall im Rahmen einer überprüfbaren Arbeitszeitkontrolle zu erfassen, worauf sie in den Informationsblättern des seco zur Arbeitslosenversicherung aufmerksam gemacht wurde (vgl. Urk. 10/4).

### **E. 3.4**

Entgegen den diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführerin (Urk. 22 S. 3 f.) genügen die von der Beschwerdeführerin offenbar tatsächlich nachgeführten (vgl. Urk. 23/3 = Urk. 27) Monatsrapporte (vgl. Urk. 23/1-2) dazu nicht. Denn dabei handelt es sich um eine bloße Anwesenheitskontrolle, ohne dass daraus die tatsächlich geleistete tägliche Arbeitszeit zu ersehen wäre. Für diejenigen Mitarbeiter, für welche Arbeitszeitrapporte bestehen (J. \_\_\_\_, K. \_\_\_\_, L. \_\_\_\_, M. \_\_\_\_, N. \_\_\_\_,; Urk. 18/4-8) stimmen die in den Monatsrapporten enthaltenen Einträge zu schlechtwetterbedingten Arbeitsausfällen denn auch teilweise nicht mit den in den Arbeitszeitrapporten enthaltenen Einträgen überein. So sind beispielsweise für K. \_\_\_\_, im Monatsrapport für die Zeit vom 20. bis 23. März 2001 und vom 26. bis 30. März 2001 schlechtwetterbedingte Ausfalltage aufgeführt (Urk. 18/10), während dieser Mitarbeiter gemäss den Stundenrapporten in dieser Zeit gearbeitet hat (Urk. 18/5).

3.5 Auch die von der Beschwerdeführerin nachträglich erstellten Arbeitszeitrapporte (Urk. 18/2/2) genügen dazu nicht. Zwar ist daraus zu ersehen, auf welche Betriebsorte und Tage sich die geleisteten Arbeitsstunden ihrer Mitarbeiter beziehen sollen. Es erscheint jedoch als zweifelhaft, dass die Beschwerdeführerin und die diese Arbeitszeitrapporte unterschreibenden Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Erstellung dieser Rapporte, welche im Zeitraum nach Eingang des provisorischen Arbeitgeberkontrollberichts des seco vom 2. Oktober 2002 bei der Beschwerdeführerin (Urk. 10/1) und vor Verfassen ihrer Stellungnahme vom 2. Dezember 2002 (Urk. 18/2/1) und mithin mehr als ein Jahr nach dem massgebenden Zeitraum vom Oktober 2000 bis September 2001 verfasst wurden, lediglich aus dem Gedächtnis noch über genügende Kenntnisse bezüglich der Arbeitszeit und der Arbeitsorte an den einzelnen Tagen verfügten (vgl. ARV 1999 Nr. 34 S. 202, 1998 Nr. 35 S. 200). Daran vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern.

### **E. 4**

4.1 Für K. \_\_\_\_, (vgl. Urk. 18/5) und für L. \_\_\_\_, (vgl. Urk. 18/6) wurden im Januar 2001, für N. \_\_\_\_, im Januar, März und April 2001 (Urk. 18/8) und für O. \_\_\_\_,

im Oktober, November 2000 sowie im Januar, März und im April 2001 keine Arbeitszeitrapporte gefertigt. Die diesbezüglichen Ausführungen des seco im Bericht zur Arbeitgeberkontrolle vom 13. Dezember 2002 erscheinen deshalb als nachvollziehbar und schlüssig (Urk. 10/2 Ziff. 2, vgl. Urk. 10/1 Ziff. 1.2).

4.2 Es ist sodann nicht zu beanstanden, dass das seco in seinem definitiven Bericht zur Arbeitgeberkontrolle vom 13. Dezember 2002 in denjenigen Fällen, in denen die in den Arbeitsrapporten (Urk. 18/4-8) enthaltenen Angaben zur geleisteten Arbeitszeit von den in den Monatsrapporten der Beschwerdeführerin (Urk. 18/10, Urk. 23/1-2) enthaltenen Angaben abweichen, auf die in den Arbeitsrapporten aufgeführten Arbeitszeiten abstellte (vgl. Urk. 10/2 Ziff. 3, vgl. auch Urk. 10/5/1, Urk. 10/6/1, Urk. 10/7/1, Urk. 10/8/1, Urk. 10/9/1, Urk. 10/10/1). Insgesamt erscheint der definitive Bericht zur Arbeitgeberkontrolle des seco daher als nachvollziehbar und schlüssig, weshalb darauf abzustellen ist.

## E. 5

Masslich wird der vom seco in seinem definitiven Bericht zur Arbeitgeberkontrolle vom 13. Dezember 2002 ermittelte Rückforderungsbetrag von Fr. 190'573.30 von der Beschwerdeführerin nicht bestritten (Urk. 1, Urk. 22) und es sind in den Akten keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche ein Abweichen von dem vom seco ermittelten Rückforderungsbetrag rechtfertigen würden. Entgegen den im definitiven Bericht zur Arbeitgeberkontrolle vom 13. Dezember 2002 enthaltenen Anweisungen des seco, ausbezahlt Schlechtwetterentschädigung im Betrag von Fr. 190'573.30 von der Beschwerdeführerin zurückzufordern (Urk. 10/2 S. 2), setzte die Beschwerdegegnerin den Rückforderungsbetrag in der angefochtenen Verfügung vom 30. Dezember 2002 mit Fr. 190'743.75 fest (Urk. 2).

Aus den Abrechnungen pro Kontrollperiode ergeben sich die nachstehend aufgelisteten Beträge:

Urk. Periode Differenz zugunsten der

Beschwerdegegnerin: Fr.

10/5/1 Oktober 2000 43'965.35

10/6/1 November 2000 19'540.85

10/7/1 Januar 2001 39'813.85

10/8/1 März 2001 44'485.95

10/9/1 April 2001 16'849.--

10/10/1 September 2001 25'918.30

Total: 190'573.30

Aus dieser Übersicht ergibt sich, dass der vom seco ermittelte Totalbetrag von Fr. 190'573.30 korrekt ist. Der angefochtenen Verfügung vom 30. Dezember 2002 lässt sich hingegen keine Begründung dafür entnehmen, weshalb der Rückforderungsbetrag Fr. 190'743.75 und nicht Fr. 190'573.30 betragen soll. Die Beschwerdegegnerin begründet die Rückforderung in der angefochtenen Verfügung denn auch ausschliesslich mit den Schlussfolgerungen des seco in dessen provisorischem und definitivem Arbeitgeberkontrollbericht (Urk. 2 S. 2). Ein massliches Abweichen von

dem im definitivem Arbeitgeberkontrollbericht des seco ermittelten Rückforderungsbetrag erscheint daher nicht als gerechtfertigt.

6.1.1.1.1.1.1

6.1.1.1.1.1.1 Zu prüfen bleibt die Frage einer allfälligen Verwirkung der Rückforderung. Der Rückforderungsanspruch erlischt gemäss Art. 95 Abs. 4 AVIG 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. Wird der Rückforderungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend. Dabei handelt es sich um Verwirkungsfristen.

6.2.1.1.1.1.1 Die einjährige relative Verwirkungsfrist beginnt in jenem Zeitpunkt zu laufen, in welchem die Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückforderung bestehen (BGE 124 V 382 Erw. 1, 122 V 274 Erw. 5a, je mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdegegnerin erst aufgrund des provisorischen Berichts über die Arbeitgeberkontrolle des seco vom 2. Oktober 2002 (Urk. 10/1) Kenntnis von der unrechtmässigen Leistung erhalten. Die Rückforderungsverfügung erging bereits am 30. Dezember 2002 und damit innerhalb der einjährigen Verwirkungsfrist von Art. 95 Abs. 4 AVIG. Desgleichen blieb im Zeitpunkt der Rückforderung auch die absolute fünfjährige Verwirkungsfrist gewahrt.

7.1.1.1.1.1.1 Nach Gesagtem ist in teilweiser Gutheissung der gegen die angefochtene Rückforderungsverfügung vom 30. Dezember 2002 erhobenen Beschwerde diese dahingehend abzuändern, dass der Rückforderungsbetrag auf Fr. 190'573.30 herabgesetzt wird.

1.1.1.1.1.1.1

8.1.1.1.1.1.1 Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) haben die Parteien auf Antrag nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten. Dieser wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses bemessen.

1.1.1.1.1.1.1 Ausgangsgemäss ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der nur teilweise (im Umfang von rund 1 Promille) obsiegenden Beschwerdeführerin eine auf einen Zehntel reduzierte Prozessentschädigung auszurichten, welche unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses mit Fr. 250.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen ist.

Das Gericht erkennt:

1.1.1.1.1.1.1 In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird die angefochtene Rückforderungsverfügung vom 30. Dezember 2002 dahin abgeändert, dass der Rückforderungsbetrag auf Fr. 190'573.30 herabgesetzt wird.

2.1.1.1.1.1.1 Das Verfahren ist kostenlos.

3.1.1.1.1.1.1 Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 250.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwältin lic. iur. Christine Kessi
- Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich
- Staatssekretariat für Wirtschaft seco
- AWA Amt für Wirtschaft und Arbeit

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

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