

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00277

vom 8. Januar 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-01-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AL.2017.00277

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00277 du 8 janvier 2019

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AL.2017.00277 del 8 gennaio 2019

Erwägungen

E. 1

Mit Revisionsverfügung vom 27. April

2017 (Urk. 7/2 8-29) verpflichtete das Staats sekretariat für Wirtschaft (seco) die Firma X.____, Y.____, zur Rückerstattung von ausbezahlter Kurzarbeitsentschädigung in der Höhe von Fr. 98'454.90. Dagegen erhob die Firma X.____ am

E. 1.1

Laut Art. 95 Abs. 1 des Bundesgesetz es über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) richtet sich die Rückforderung ausser in den Fällen nach Art. 55 und Art. 59c bis

Abs. 4 AVIG nach Art. 25 des Bundesgesetz es über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) .

Gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG sind unrechtmässig bezogene Leistungen zurückzu erstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zu rückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt.

Der Rückforderungsanspruch erlischt 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 Rückerstattungsanspruch aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für welche das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so ist diese Frist massgebend (Art. 25 Abs. 2 ATSG).

E. 1.2

Guter Glaube liegt nicht schon bei Unkenntnis des Rechtsmangels vor. Vielmehr darf sich der Leistungsempfänger nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht haben. Daraus erhellt, dass der gute Glaube von vornherein entfällt, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- und Auskunftspflichtverletzung zurückzuführen ist. Andererseits kann sich die Rückerstattungs pflichtige auf den guten Glauben berufen, wenn ihr fehlerhaftes Verhalten nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt (BGE 112 V 103 E. 2c, 110 V 180 E. 3c; ARV

2003 Nr. 29 S. 260 E. 1.2 mit Hinweisen).

Praxisgemäss ist zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den

bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen. Zu unterscheiden ist daher zwischen der Frage nach dem Unrechtsbewusstsein und derjenigen nach der gebotenen Aufmerksamkeit (BGE 122 V 22 1 E. 3; AHI 2003 S.

161 E. 3a; ARV 2001 Nr. 18 S. 162 E. 3b). 2.

E. 2

4. Mai

2017 Einsprache und ersuchte zugleich um Erlass der Rückzahlung (Urk. 7/17). Mit Entscheid vom 2. Juni 2017 (Urk.

E. 2.1

Der Beschwerdegegner führte im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) aus, dass der Beschwerdeführer von September

2015 bis März

2016 sowie im Januar

2017 Kurzarbeitsentschädigung bezogen habe. Für die Monate September

2015 bis März 2016 habe er keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle vorlegen können. Anhand der Informationen in der Verordnung und der Informationsbroschüre hätte der Beschwerdeführer bei Anwendung eines Mindestmasses an Sorgfalt erkennen können und müssen, dass die Unterlagen zur betrieblichen Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren hätten aufbewahrt werden müssen. Allein durch den Umstand, dass immer wieder auf die betriebliche Arbeitszeitkontrolle hingewiesen worden sei, hätten die Verantwortlichen des Beschwerdeführers wissen müssen, dass die entsprechenden Unterlagen wichtig seien und nicht einfach entsorgt werden könnten. Es sei somit von einem grobfahrlässigen Verhalten auszu gehen, was die Berufung auf den guten Glauben ausschliesse (S.

3

f.).

E. 2.2

Der Beschwerdeführer machte in der Beschwerde (Urk. 1) geltend, dass es sich um einen Fall von grosser persönlicher Tragweite für die Betroffenen handle (S. 3 oben). Wenn die knapp Fr. 100'000.-- tatsächlich zurückgefordert würden, präsentiere sich das Zukunftsszenario in etwa wie folgt: Ein KMU mit etwa 10

Personen verschwinde, es komme zu zwei Konkursen und der Kanton beziehungsweise die Kasse erhielten kein Geld (S. 4 Mitte). Im administrativen Bereich sei tatsächlich vieles falsch gemacht worden, aber es seien mit Sicherheit keine Kurz- respektive Schlechtwetterentschädigungen zu Unrecht ausbezahlt worden. Die Firma sei zu jener Zeit von Kurzarbeit betroffen und auf die entsprechenden Gelder angewiesen gewesen und habe entsprechend – auch wenn die Leute zu Hause bleiben mussten – Löhne ausbezahlt (S. 4 oben). Die Arbeitsrapporte seien infolge des Umzuges des Unternehmens fälschlicherweise vernichtet worden. Dennoch lasse sich das Mass der damals vorgelegenen Kurzarbeit via Zeugen aussagen der Beteiligten relativ gut rekonstruieren und verifizieren, dass die ausbezahlten Gelder im Umfang von Fr. 98'454.90 nicht zu Unrecht ausbezahlt worden seien (S. 5 Mitte). Er könne sich sehr wohl auf den guten Glauben berufen. Er habe sich

schlicht und einfach darauf verlassen, Urkunden und Zeugen aussagen würden im Zweifelsfalle ausreichen (S. 5 unten). Eventuell sei die Rückforderung auf etwa Fr. 12'000.-- zu beschränken. In diesem Umfang seien Gelder ausbezahlt worden, obwohl gekündigt worden oder Ferien bezogen worden seien (S. 6 oben).

3. 3.1

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdegegner nicht die Tatsache der Kurzarbeit an sich bestritt. Die Rückforderung hatte ihren Rechtsgrund darin, dass anlässlich der vom seco gestützt auf Art. 83 Abs. 1 lit. d AVIG und Art. 110 Abs. 4 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIV) veranlassten Arbeitgeberkontrolle mangels hinreichender Unterlagen keine Überprüfung der Arbeitszeiten der von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer vorgenommen werden konnte, weshalb ein Anspruch gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG entfiel.

Nur indem systematisch eine hinreichend individualisierte und echtzeitliche Erfassung der geleisteten und der ausfallenden Arbeitszeit erfolgt, lässt sich sicherstellen, dass ausschliesslich wegen der angemeldeten Kurzarbeit ausgefallene Stunden zu Lasten der Arbeitslosenversicherung vergütet werden. So soll unter anderem vermieden werden, dass – wie es sich vorliegend ereignet hat – Kurzarbeitsentschädigung bezogen wird, obwohl Ferien bezogen wurden (vgl. Urk. 7/36). 3.2

Soweit der Beschwerdeführer geltend machte, dass die von Kurzarbeit betroffenen Personen die tatsächlich geleistete Kurzarbeit schriftlich bestätigt hätten und auch als Zeugen aussagen würden (vgl. Urk. 1 S. 5), ist festzuhalten, dass die Frage nach der Überprüfbarkeit der Arbeitsausfälle im Erlassverfahren nicht mehr zum Gegenstand erhoben werden kann (Urteil des Bundesgerichts 8C_636/2013 vom 20. Februar

2014 E. 5.2 mit Verweis auf Urteil C 269/03 vom 25. Mai 2004 E. 3.1). Ohnehin wäre diesem Vorbringen kein Erfolg beschieden gewesen. Das Bundesgericht hat schon verschiedentlich festgehalten, dass dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle, vorbehaltlich ganz besonderer, hier nicht gegebener Umstände (vgl. hierzu Urteil X. vom 5. November 2001, C 59/01), nur mit einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter Genüge getan ist, die nicht durch erst nachträglich erstellte Dokumente ersetzt werden kann. Dabei müssen die gearbeiteten Stunden keineswegs zwingend mit einem elektronischen oder mechanischen System erfasst sein. Wesentlich ist allein die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung (statt vieler: Urteile V.

AG vom 25. März

2004, C 35/03, W. vom 22. August

2001, C 260/00, und D.

vom 30. Juli 2001, C 229/00), weshalb die Beweisofferten (Bestätigungen und Befragungen der von Kurzarbeit betroffenen Personen; Befragung der Buchhalterin) untauglich sind. 3. 3

Der Beschwerdeführer machte geltend, dass sämtliche Arbeitsrapporte bis November 2016 im Zusammenhang mit einem Umzug des Unternehmens vernichtet worden seien. Zu

prüfen ist somit, ob die Tatsache, dass die betriebliche Arbeitszeitkontrolle nicht respektive nicht mehr vorhanden ist, auf ein grobfahrlässiges Verhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen ist. 3. 4

Gemäss Abs. 1 von Art 46b AVIV setzt die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung hat der Arbeitgeber die Unterlagen während fünf Jahren aufzubewahren.

Der Beschwerdeführer füllte am 21. August 2015 das Formular "Vor Anmeldung von Kurzarbeit" aus (Urk. 7/67). Auf diesem Formular findet sich zu Beginn der Hinweis, dass vor dem Ausfüllen die Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung" zu lesen sei. Abschliessend wird festgehalten, dass für die von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden muss.

In der von kantonalen Arbeitsämtern den Arbeitgebern abgegebenen Info-Service-Broschüre "Kurzarbeitsentschädigung" des seco werden unter der Frage "Wer hat keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung?" unter anderem Arbeitnehmende genannt, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist. Die Erfüllung dieser gesetzlichen Bestimmung setze eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus. Unter der Frage "Welche zusätzlichen Pflichten hat der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin?" wird festgehalten, dass der Arbeitgeber aufgrund des Gesetzes alle betrieblichen Unterlagen während fünf Jahren aufbewahren und auf Verlangen der Ausgleichsstelle vorlegen muss.

In den Verfügungen vom 27. August

2015 (Urk. 7/71), 29. Oktober

2015 (Urk. 7/58) sowie 18. Dezember

2015 (Urk. 7/53), mit welchen die Kurzarbeit bewilligt wurde, wurde unter "wichtige Hinweise" festgehalten, dass für von Kurzarbeit betroffene Arbeitnehmende eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt werden müsse (mit näheren Angaben dazu).

3. 5

Das Bundesgericht hatte am 25. Mai 2004 einen Fall zu beurteilen, bei dem die Firma die betriebliche Arbeitszeitkontrolle nach drei Jahren entsorgt hatte. Zur Gutgläubigkeit beim Bezug wurde folgendes ausgeführt: Der Umstand, dass in Art. 95 Abs. 2 AVIG vom guten Glauben des Leistungsempfängers "beim Bezug" die Rede ist, ändert nichts daran, dass vorliegend massgebend ist, ob in der erst nach dem Leistungsbezug erfolgten Aktenentsorgung ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten liegt. Weil bei der Kurzarbeitsentschädigung Leistungen aufgrund summarischer Abklärungen provisorisch gewährt werden und ein gründliches Beweisverfahren erst nachträglich anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle stattfindet, muss trotz des Wortlauts von Art. 95 Abs. 2 AVIG einem vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verhalten im Rahmen des nach dem Leistungsbezug erfolgenden Abklärungsverfahrens im Hinblick auf die Frage des Erlasses der Rückerstattung die gleiche Bedeutung zukommen wie einem entsprechenden Verhalten vor dem Leistungsbezug. Die gegenteilige wörtliche

Auslegung und Anwendung der Bestimmung würde zu Ergebnissen führen, die sich

mit Sinn und Zweck der Norm und mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbaren liessen. Denn es sind keine Gründe und keine Rechtfertigung ersichtlich, weshalb der Erlass der Rückerstattung von Kurzarbeitsentschädigung unter weniger strengen Voraussetzungen gewährt werden sollte als jener der Rückerstattung anderer Leistungen. Anders zu entscheiden, hiesse, eine Person, die in einem nachträglichen Abklärungsverfahren vorsätzlich oder grobfahrlässig handelt, gegenüber einer Person, die in einem vorgängigen Abklärungsverfahren ein solches Verhalten an den Tag legt, zu bevorzugen (Urteil des Bundesgerichts C 269/03 vom 25. Mai 2004 E.

3.2.1 mit Hinweisen). 3.6

Wenn sich die Verantwortlichen des Beschwerdeführers nicht über die fünfjährige Aufbewahrungspflicht im Klaren waren, haben sie entweder die Verordnung und die Informationsbroschüre nicht konsultiert oder diese nicht mit der gebotenen Aufmerksamkeit gelesen. Aufgrund der zitierten Verordnungsbestimmung und den Hinweisen in der

Informationsbroschüre (vgl. vorstehende E. 3.4) hätten sie bei Anwendung eines Mindestmasses an Aufmerksamkeit erkennen müssen, dass die Belege der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren sind.

Selbst wenn dem Beschwerdeführer die fünfjährige Aufbewahrungspflicht der Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle nicht bekannt war, hätte er die Arbeitsrapporte angesichts deren Bedeutung für die Kurzarbeitsentschädigung nicht ohne Weiteres vernichten dürfen. Schliesslich würde die betriebliche Arbeitszeitkontrolle – die sowohl in der Info-Service-Broschüre hervorgehoben als auch in den Verfügungen im ersten Punkt der wichtigen Hinweise festgehalten wurde – keinen Sinn machen, wenn diese nicht benötigt würde.

Der Beschwerdeführer musste die Arbeitsrapporte

vor Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigungen nicht einreichen - was dem üblichen Vorgehen entspricht (vgl. Ziff. B35 und Ziff. I6 der AVIG-Praxis KA E des seco) – und es hatte auch (noch) keine Überprüfung durch das seco stattgefunden. Vor diesem Hintergrund kann die Vernichtung dieser Unterlagen nicht mehr als leichte Fahrlässigkeit qualifiziert werden. 3.

E. 7

Nach dem Gesagten sind die Verantwortlichen des Beschwerdeführers dem unter den gegebenen Umständen gebotenen Mindestmass an Sorgfalt nicht nachgekommen. Ihr Verhalten kann nicht als leichte Nachlässigkeit eingestuft werden, weshalb es an der Erlassungsvoraussetzung des guten Glaubens fehlt. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

Soweit der Beschwerdeführer eine Staffelung der Rückforderung auf 10 Jahre beantragte (Urk. 1 S. 2 Ziff. 3), ist auf den Einspracheentscheid des seco vom 2. Juni 2017 (Urk. 7/33) zu verweisen. Darin wurde ausgeführt, dass im Bedarfsfall eine mehrjährige Abzahlungsvereinbarung möglich und diesbezüglich mit dem seco Kontakt aufzunehmen sei (S. 3 oben). Das Gericht erkennt:

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