



**Fall-Nr.:** AVI 2008/76  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 04.03.2020  
**Entscheiddatum:** 21.08.2009

### **Entscheid Versicherungsgericht, 21.08.2009**

**Art. 25 ATSG. Kein Erlass einer Rückerstattung unrechtmässig bezogener Versicherungsleistungen, da sich Beschwerdeführerin nicht auf guten Glauben berufen kann (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. August 2009, AVI 2008/76).**

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Marie Löhner und Lisbeth Mattle Frei; Gerichtsschreiberin Andrea Keller

#### **Entscheid vom 21. August 2009**

in Sachen

**S.**\_\_\_\_,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

**Amt für Arbeit,** Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen,

**Beschwerdegegner,**

betreffend

**Erlass (guter Glaube)**

**Sachverhalt:**

A.



## St.Galler Gerichte

A.a Die S.\_\_\_\_ bezog in den Jahren 2002 und 2003 Kurzarbeitsentschädigung. Am 25. Juni 2003 überprüfte das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) die beanspruchte Kurzarbeitsentschädigung auf ihre Rechtmässigkeit hin. Mit Verfügung vom 18. September 2003 forderte es einen Betrag von Fr. 5'182.40 (unrechtmässig geltend gemachte Versicherungsleistungen Fr. 7'292.80, Verrechnung mit nicht ausbezahlten Leistungen für April 2003 Fr. 2'110.40) zurück (act. G 5.1.C2). Zur Begründung führte es im Wesentlichen an, das Gleitzeitmodell der Arbeitgeberin setze aus Gründen der Flexibilität bei Minus- und Plusaldi keine Grenzen. Damit könne es aus arbeitslosenversicherungsrechtlicher Sicht nicht als solches akzeptiert werden und es (das seco) müsse die bei Beginn der Kurzarbeit im April 2003 seit der vorangegangenen Bezugsperiode kumulierten Mehrstunden für fünf Arbeitnehmer im Umfang von total 98.95 Stunden aberkennen. Die Mehrstunden könnten nicht als Gleitstunden akzeptiert werden und müssten von den Ausfallstunden in Abzug gebracht werden. Sodann liessen die für zwei Mitarbeiter geführten Arbeitszeitkontrollen keine Rückschlüsse auf die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden zu. Die für sie geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigungen müssten deshalb infolge Unkontrollierbarkeit vollständig aberkannt werden (act. G 5.1.C2). Diese Verfügung erwuchs in der Folge unangefochten in Rechtskraft.

A.b Mit Eingabe vom 9. Oktober 2003 ersuchte die Arbeitgeberin beim Amt für Arbeit um Erlass der Rückforderung in Höhe von Fr. 5'182.40. Sie habe die entsprechenden Leistungen in gutem Glauben empfangen; die Rückforderung stelle für sie eine grosse Härte dar (act. G 5.1.A9). Mit Verfügung vom 22. Juli 2004 wies das Amt für Arbeit das Erlassgesuch ab, da die Arbeitgeberin nicht gutgläubig gewesen sei (act. G 5.1.A8).

B.

Am 27. Juli 2004 erhob die Arbeitgeberin Einsprache und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Verfügung vom 22. Juli 2004 (act. G 5.1.A5). Diese wies das Amt für Arbeit am 12. November 2008 ab (act. G 5.1.A1).

C.



## St.Galler Gerichte

C.a Mit Eingabe vom 24. November 2008 erhebt die Arbeitgeberin Beschwerde und beantragt sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheids. Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, die Kantonale Arbeitslosenkasse habe den Abzug von Mehrstunden mündlich mit einer seco-Weisung begründet. Die Kurzarbeit sei damals vom Amt für Arbeit bewilligt worden, um Arbeitsplätze zu sichern. Sie (die Beschwerdeführerin) könne nicht akzeptieren, dass die Kantonale Arbeitslosenkasse bzw. das seco Kurzarbeitsentschädigungen zurückforderten, weil im innerbetrieblichen Reglement der Gleitzeitsaldo nach oben und unten nicht geregelt sei. Das OR verlange keine solche Regelung und die seco-Weisung sei ihr erst nach Beendigung der Kurzarbeit übergeben worden. Die Mitarbeiter im mittleren Kader seien dem Gleitzeitreglement nicht unterordnet, sondern hätten einzig ihren vertraglichen Auftrag zu erfüllen (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 8. Dezember 2008 beantragt der Beschwerdegegner unter Verweisung auf den angefochtenen Einspracheentscheid bzw. die zugrundliegende Verfügung die Abweisung der Beschwerde (act. G 5).

### Erwägungen:

1.

1.1 Nach Art. 25 Abs. 1 ATSG 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. Der gute Glaube besteht insbesondere dann, wenn sich die empfangende Person keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat (Kieser, ATSG-Kommentar, 2.



Auflage, 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 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 ZGB). 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, mit Hinweisen).

1.2 Sind die entsprechenden Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, steht der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung dem Arbeitnehmer bzw. der Arbeitnehmerin zu (Art. 31 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0]). Demgegenüber werden zu Unrecht ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen vom Arbeitgeber zurückgefordert. Hat der Arbeitgeber die unrechtmässige Auszahlung zu verantworten, ist für ihn jede Rückforderung gegenüber den Arbeitnehmenden ausgeschlossen (Art. 95 Abs. 2 AVIG).

2.

2.1 Vorliegend sind zwischen der Rückforderungsverfügung vom 18. September 2003 und dem das Erlassgesuch ablehnenden Einspracheentscheid vom 12. November 2008 mehr als fünf Jahre vergangen, weshalb vorab zu prüfen ist, ob der Rückforderungsanspruch noch besteht oder bereits verwirkt ist.

2.2 Die in Art. 25 Abs. 2 ATSG enthaltene Frist ist eine Verwirkungsfrist. Sie betrifft jedoch nur die Festsetzung der Forderung, nicht aber die Vollstreckung (Hans-Ulrich Stauffer/Barbara Kupfer Bucher, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und Insolvenzenschädigung, 3. Auflage, Art. 95, S. 318).



Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung beträgt die Vollstreckungsfrist für Rückerstattungsforderungen fünf Jahre und beginnt mit der rechtskräftigen Abweisung des entsprechenden Erlassgesuchs (ARV 2005 Nr. 12 E. 4.2, mit Hinweisen). Nachdem über das Erlassgesuch vorliegend noch nicht rechtskräftig entschieden wurde, ist die Rückerstattungsforderung nicht verwirkt.

3.

3.1 Die Rückforderung, deren Erlass vorliegend umstritten ist, betrifft Kurzarbeitsentschädigungsleistungen, die von der Beschwerdeführerin in den Kontrollperioden Mai 2002 und April 2003 bezogen und vom seco in der Verfügung vom 18. September 2003 aberkannt worden sind (act. G 5.1.C2 und C13). Dabei entfallen sowohl die Forderungsposition betreffend Mai 2002 als auch jene betreffend April 2003 auf die Aberkennung von Kurzarbeitsentschädigung für zwei Kadermitarbeiter wegen fehlender bzw. ungenügender Zeiterfassung (vgl. Beilagen 1 und 2 zur seco-Verfügung vom 18. September 2003, act. G 11.2 und 11.3). Nicht Gegenstand der fraglichen Rückforderungsverfügung waren demgegenüber Ansprüche im Zusammenhang mit dem hinsichtlich der Kontrollperiode April 2003 beanstandeten Gleitzeitreglement. So stimmt in der Rückforderungsberechnung betreffend April 2003 die Differenz zwischen dem ursprünglich ausbezahlten Betrag (Fr. 9'681.40, vgl. act. G 5.1.C21) und der vom seco errechneten Leistung (Fr. 7'377.60, vgl. act. G 5.1.C19) von Fr. 2'303.80 mit der für die beiden mittleren Kader A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ aberkannten Kurzarbeitsentschädigung (Fr. 971.03 plus Fr. 1'076.70 plus Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 256.13 [6,3 % von Fr. 4'414.30]) überein. Da sich mithin die in der seco-Verfügung beanstandeten Gleitzeitsaldi nicht in der Rückforderung niederschlagen, erübrigt es sich, auf die diesbezüglichen Einwendungen der Beschwerdeführerin einzugehen.

3.2 Was die Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung für die genannten Mitarbeiter A.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ anbelangt, so kann die Beschwerdeführerin hinsichtlich der massgebenden Kontrollperioden Mai 2002 und April 2003 keine geeignete Arbeitszeitkontrolle für diese Kadermitarbeiter vorweisen. Dies wurde mit Verfügung des seco vom 18. September 2003 rechtskräftig festgestellt (act. G 5.1.C2). Im vorliegenden Erlassverfahren ist somit nur noch zu prüfen, ob die



Erlassungsvoraussetzungen - insbesondere jene des guten Glaubens - gegeben sind (vgl. ARV 2002 Nr. 37 E. 5b; Urteil des Bundesgerichts vom 25. Mai 2004, C 269/03, E. 3.1). Die Frage der genügenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls und damit der Rechtmässigkeit der Rückforderung als solcher bildet dagegen nicht mehr Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

4.

4.1 Vorliegend fehlen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdeführerin beim Empfang der Kurzarbeitsentschädigung den Rechtsmangel (fehlende ausreichende Arbeitszeitkontrolle) gekannt hat. Zu prüfen ist folglich einzig, ob sie sich unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann, d.h. ob sie den Rechtsmangel bei der gebotenen Aufmerksamkeit hätte erkennen können und müssen.

4.2 Diesbezüglich ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin in der Rechtsmittelbelehrung der Verfügung über die Kurzarbeit ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar ist oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben. Die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls setze eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (act. G 5.1.C7 und 10). Ebenso wurde die Beschwerdeführerin auf dem monatlich der Kasse einzureichenden Antragsformular auf diese Anspruchsvoraussetzungen aufmerksam gemacht. Angesichts dieser ausdrücklichen Information über die Anspruchsvoraussetzungen hätte der Beschwerdeführerin bewusst sein müssen, dass die Arbeitszeiten infolge fehlender bzw. nicht genügend kontrollierbarer Arbeitszeitkontrolle nicht ausreichend überprüfbar waren und dadurch eine gesetzliche Voraussetzung für die Auszahlung der Kurzarbeitsentschädigung fehlte. In dieser Situation hätte sich die Beschwerdeführerin erkundigen müssen, ob ihre Methode der Arbeitszeitkontrolle den gesetzlichen Ansprüchen an die Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung genüge (ARV 2002 Nr. 37 E. 4b). Indem sie sich darüber keine Rechenschaft ablegte, handelte sie grobfahrlässig im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Verwaltung das Fehlen einer Anspruchsvoraussetzung nicht bemerkte. Dieser Fehler der Verwaltung vermag nicht zu bewirken, dass die Beschwerdeführerin es selber auch an der ihr zumutbaren



## St.Galler Gerichte

Aufmerksamkeit hätte fehlen lassen dürfen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 11. September 2000, C 456/99, E. 4b; BGE 118 V 219 E. 2b; vgl. auch ARV 2002 Nr. 37 E. 4b). Ausserdem werden bei der Kurzarbeitsentschädigung Leistungen auf Grund summarischer Abklärungen provisorisch gewährt, wobei ein gründliches Beweisverfahren erst nachträglich anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle stattfindet (Urteil des Bundesgerichts vom 5. Februar 2001, C 223/00, E. 4a/bb mit Hinweis auf BGE 124 V 384 E. 2c).

4.3 Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, bei Schwesterfirmen hätten Kadermitarbeiter trotz fehlender Arbeitszeitkontrolle Kurzarbeitsentschädigung erhalten, kann sie daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. Abgesehen davon, dass diese Behauptungen nicht belegt sind, besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 20. März 2003, I 389/02 E. 3.5, mit Hinweis auf BGE 126 V 392 E. 6). Die Voraussetzungen, um von diesem Grundsatz abzuweichen, sind vorliegend nicht erfüllt. Zudem ist der Entscheid über die Rückforderung an sich unangefochten in Rechtskraft erwachsen und könnte im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens ohnehin nicht mehr überprüft werden.

4.4 Nach dem Gesagten kann sich die Beschwerdeführerin vorliegend nicht auf den guten Glauben berufen, weshalb ein Erlass der Rückerstattung nicht in Betracht kommt.

5.

Im Sinne der obigen Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. 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.