



Fall-Nr.: AVI 2008/80
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AVI - Arbeitslosenversicherung
Publikationsdatum: 04.03.2020
Entscheiddatum: 15.07.2009

Entscheid Versicherungsgericht, 15.07.2009

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 (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 15. Juli 2009, AVI 2008/80). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C_777/2009.

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Philipp Geertsen

Entscheid vom 15. Juli 2009

in Sachen

B.____,

Beschwerdeführerin,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Eliano Mussato, Bellevuestrasse 1b, Postfach, 9401 Rorschach,

gegen

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

Beschwerdegegner,



St.Galler Gerichte

betreffend

Erlass (guter Glaube)

Sachverhalt:

A.

A.a Die B.____ bezog für den Zeitraum von Dezember 2003 bis März 2004 und von Dezember 2004 bis Februar 2005 Kurzarbeitsentschädigung von insgesamt Fr. 22'337.45. Mit Verfügung vom 2. Oktober 2006 aberkannte das Staatssekretariat für Wirtschaft seco nachträglich den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, da die Arbeitsausfälle wegen der fehlenden betrieblichen Zeitkontrolle nicht überprüfbar seien. Es forderte daher von der B.____ die ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von Fr. 22'337.45 zurück (act. G 3.1/B25 und B26).

A.b Gegen diese Verfügung erhob die Gesellschaft am 24. Oktober 2006 Einsprache und stellte gleichzeitig ein Erlassgesuch (act. G 3.1/B27). Am 15. Januar 2007 erhob sie gegen den abweisenden Einspracheentscheid vom 28. November 2006 (act. G 3.1/B28) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (act. G 3.1/A2).

B.

B.a Am 11. Juli 2007 verfügte das Amt für Arbeit, dass die Rückzahlung der Kurzarbeitsentschädigung nicht erlassen werde (act. G 3.1/B31).

B.b Die B.____ erhob am 10. September 2007 gegen den Erlassentscheid Einsprache und ersuchte um Sistierung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rückforderungsverfahrens (act. G 3.1/A2). Das Amt für Arbeit gewährte die beantragte Sistierung am 3. Oktober 2007 (act. G 3.1/A3). Das Bundesverwaltungsgericht wies mit Urteil vom 23. November 2007, C-409/2007, die Beschwerde vom 15. Januar 2007 betreffend Rückforderung ab (act. G 3.1/A5). Das Urteil erwuchs in Rechtskraft (vgl. act. G 3.1/A4). Am 28. März 2008 wurde die Sistierung des Einspracheverfahrens bezüglich des Erlassgesuchs aufgehoben (act. G 3.1/A6).



B.c In der Einspracheergänzung vom 22. Mai 2008 beantragte die B.____ die Aufhebung der Verfügung vom 11. Juli 2007 und den Erlass der Rückforderung. Zur Begründung führt sie an, sie habe keine Informationsbroschüre betreffend die Kurzarbeitsentschädigung erhalten. Hinsichtlich der geforderten Arbeitszeitkontrolle finde sich lediglich der Hinweis in den Verfügungen vom 8. Dezember 2003 und 1. Dezember 2004, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitskontrolle voraussetze. Was darunter zu verstehen sei, werde nicht erläutert. Insbesondere werde nicht erwähnt, dass eine qualifizierte Kontrolle erforderlich sei. Nach Erlass der ersten Kurzarbeitsverfügung vom 8. Dezember 2003 habe sie die Arbeitszeiten täglich in das Formular für die Anmeldung der Kurzarbeitsentschädigung übertragen und eingereicht. Während dieser Kurzarbeitsphase sei es zu verschiedenen Telefonaten seitens der bei ihr angestellten Sachbearbeiterin und dem Amt für Arbeit gekommen. Das Amt für Arbeit habe um die Art der gelebten Arbeitszeitkontrolle gewusst. Dieses habe sie aber nie darauf aufmerksam gemacht, dass für die Arbeitszeitkontrolle qualifizierte Voraussetzungen gälten. Die Kurzarbeitsentschädigungen seien anstandslos ausbezahlt worden. Sie habe daher zu Recht davon ausgehen und darauf vertrauen dürfen, dass bezüglich der Arbeitszeitkontrolle alles in Ordnung sei. Es könne daher keine Rede von grober Nachlässigkeit sein und der gute Glaube sei zu bejahen. Mit Blick auf ihre sehr schlechte finanzielle Lage sei auch die zweite Erlassvoraussetzung der finanziellen Härte erfüllt. Falls sie die bezogene Kurzarbeitsentschädigung zurückzahlen habe, müsse sie den Betrieb schliessen. Dabei würden drei Arbeitsplätze verloren gehen und im Vergleich zur Rückforderung höhere Kosten für den Staat anfallen, was nicht wirtschaftlich sei (act. G 3.1/A9).

B.d Das Amt für Arbeit wies die Einsprache mit Entscheid vom 3. November 2008 ab. Die Kurzarbeitsentschädigung sei zurückgefordert worden, da sich anlässlich einer vom seco in Auftrag gegebenen Revision gezeigt habe, dass keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt worden sei. Weil die Einsprecherin mittels Broschüre und teilweise hervorgehobenen Hinweisen in den Verfügungen vom 8. Dezember 2003 und 1. Dezember 2004 über das Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle informiert gewesen sei, sei der gute Glaube beim Leistungsbezug verneint worden. Bei Unklarheiten wäre die Einsprecherin gehalten gewesen, sich bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse zu erkundigen. Die Unterlassung dieser Nachfrage stelle keine



leichte Fahrlässigkeit mehr dar. Das Bundesverwaltungsgericht sei im Urteil vom 23. November 2007 zum Schluss gekommen, die eingereichten Unterlagen seien derart weit von einer systematischen Erfassung der Arbeitszeit entfernt, dass das Festhalten an der Rückforderung mit Sicherheit nicht überspitzt formalistisch erscheine (E. 4.5.3). Es habe ferner ausgeführt, dass die unbewiesene Behauptung, das Amt für Arbeit habe die Aufzeichnungen der Einsprecherin als hinreichend erachtet, unwahrscheinlich sei (E. 4.7.1). Eine Verletzung der Auskunftspflicht durch die Mitarbeiter des Amts für Arbeit liege nicht vor, da sie keine Kenntnis von der fehlenden Arbeitszeitkontrolle gehabt hätten. Es seien für diese keine Umstände ersichtlich gewesen, dass die Einsprecherin nicht über eine gehörige Arbeitszeitkontrolle verfügt habe. In den Verfügungen vom 8. Dezember 2003 und 1. Dezember 2004 sei ausdrücklich auf das Erfordernis und den Zweck der Arbeitszeitkontrolle hingewiesen worden. Vor der Durchführung einer Betriebskontrolle und effektiver Prüfung der Arbeitszeiterfassung dürfe nicht davon ausgegangen werden, die Arbeitszeitkontrolle sei in Ordnung. Wenn sich die Verwaltung zu etwas nicht äussere, weil sie davon gar keine Kenntnis haben könne, so sei diese Nichtäusserung auch nicht vertrauensbildend. Ob die Rückerstattung eine grosse Härte für die Einsprecherin bedeute, könne mangels guten Glaubens offen gelassen werden (act. G 3.1/A10).

C.

C.a Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 4. Dezember 2008. Die Beschwerdeführerin beantragt darin unter Kosten- und Entschädigungsfolge, der Einspracheentscheid vom 3. November 2008 sei aufzuheben und dem Erlassgesuch sei stattzugeben. Eventuell sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Begründung der Beschwerde lautet gleich wie diejenige der Einspracheergänzung vom 22. Mai 2008 (act. G 1).

C.b Der Beschwerdegegner beantragt in der Beschwerdeantwort die Beschwerdeabweisung und verweist zur Begründung auf den angefochtenen Einspracheentscheid (act. G 3).

C.c Die Beschwerdeführerin hat auf die Einreichung einer Replik verzichtet (act. G 7).

Erwägungen:



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).

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 blosse 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.

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.