



**Fall-Nr.:** AVI 2011/21  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AVI - Arbeitslosenversicherung  
**Publikationsdatum:** 30.08.2019  
**Entscheiddatum:** 21.12.2011

### **Entscheid Versicherungsgericht, 21.12.2011**

**Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG; Art. 46b Abs. 1 AVIV; Art. 25 Abs. 1 ATSG.**

**Erlassvoraussetzung des guten Glaubens verneint. Bei Anwendung der gebotenen Aufmerksamkeit hätte die Arbeitgeberin wissen müssen, dass ihr Zeiterfassungssystem nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht und mangels ausreichender Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 21. Dezember 2011, AVI 2011/21). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C\_120/2012. Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg-Haltinner, Versicherungsrichterin Marie Löhner, a.o.**

**Versicherungsrichter Christian Zingg; a.o. Gerichtsschreiberin Beatrice Rohner Entscheid vom 21. Dezember 2011 in Sachen A.\_\_\_, Beschwerdeführerin, gegen Amt für Arbeit, Unterstrasse 22, 9001 St. Gallen, Beschwerdegegner, betreffend Erlass (guter Glaube) Sachverhalt:**

A.

A.a Am 4. Juni 2010 führte das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) bei der A.\_\_\_ eine Überprüfung der Rechtmässigkeit der für den Zeitraum von Januar bis Dezember 2009 beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen durch. Am 8. Juni 2010 verfügte das seco die Rückerstattung der ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen in der Höhe von Fr. 208'649.85. Die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden seien mangels Arbeitszeitkontrolle oder anderer betrieblicher Unterlagen nicht überprüfbar (act. G 7.1/A95). Gegen die Rückforderungsverfügung erhob die A.\_\_\_ am 16. Juni 2010 beim seco Einsprache (act. G 7.1/A96). Gleichentags stellte sie bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen ein Erlassgesuch betreffend die Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung. Von diesem Erlass sei lediglich der Betrag von Fr. 3'422.--



## St.Galler Gerichte

auszunehmen, den sie irrtümlicherweise verrechnet habe. Jedenfalls werde um eine Verlängerung der Rückzahlungsfrist ersucht (act. G 7.1/A97).

A.b Das seco wies mit Einspracheentscheid vom 22. Juni 2010 die Einsprache vom 16. Juni 2010 ab (act. G 7.1/A98). Mit Verfügung vom 27. August 2010 wies das Amt für Arbeit das Erlassgesuch ab, mit der Begründung, es fehle an der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens (act. G 7.1/A101).

B.

Gegen diese Verfügung erhob die A.\_\_\_\_ am 23. September 2010 Einsprache. Das Amt für Arbeit wies diese mit Einspracheentscheid vom 14. März 2011 ab (act. G 7.1/A104).

C.

C.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die von der A.\_\_\_\_ erhobene Beschwerde vom 11. April 2011 (Datum Postaufgabe) und Beschwerdeergänzung vom 30. Mai 2011 mit dem sinngemässen Antrag, die Rückforderung sei mit Ausnahme eines Betrags von Fr. 3'422.-- zu erlassen. Die Arbeitskontrolle sei zuverlässig und seriös geführt worden, und sie habe die Versicherungsleistungen in gutem Glauben empfangen (act. G 1 und 5).

C.b Der Beschwerdegegner beantragt mit Schreiben vom 4. Juli 2011 die Abweisung der Beschwerde und verweist auf den Einspracheentscheid vom 14. März 2011 (act. G 7).

### Erwägungen:

1.

Streitig und zu prüfen ist, ob dem Begehren um Erlass der Rückforderung der für den Zeitraum vom Januar bis Dezember 2009 ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigung zu entsprechen ist, wobei die Beschwerdeführerin anerkennt, dass die Rückforderung eines Betrags von Fr. 3'422.-- nicht erlassen werden kann. Die Frage nach der Rechtmässigkeit der Rückforderung stellt sich im vorliegenden Verfahren nicht, weil der



Einspracheentscheid des seco vom 22. Juni 2010 von der Beschwerdeführerin nicht angefochten wurde und folglich in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. act. G 5).

2.

2.1 Nach Art. 31 Abs. 3 lit. a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) haben Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, keinen Anspruch auf Kurzarbeitslosenentschädigung. 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. 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 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. Eine leichte Fahrlässigkeit schliesst die Berufung auf den guten Glauben nicht aus (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 beziehungsweise 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 Militärdienstabwesenheiten Auskunft gibt (siehe auch Hinweis in der Verfügung vom



23. Dezember 2008 [act. G 7.1/A5] und in der Verfügung vom 23. Juni 2009 [act. G 7.1/A51]). 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 (z.B. act. G 7.1/A7). 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).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, sie sei nicht im Besitz der Broschüre "Info-Service Kurzarbeitsentschädigung" gewesen. Sie führt jedoch aus, sie sei in gutem Glauben davon ausgegangen, eine genügende Arbeitszeitkontrolle zu führen. Sie verfüge über ein seriöses Kontrollsystem, das auf die spezifische Situation eines Kleinunternehmens abgestimmt sei. Der Geschäftsführer habe die Arbeitszeit der sechs von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter persönlich kontrollieren können, ohne sich auf ein Zeiterfassungssystem abstützen zu müssen. Während der Kurzarbeitsphase seien die Abwesenheiten jeweils an den Wochenbesprechungen festgelegt worden. Diese Absprachen seien jeweils in den Kurzarbeitsentschädigungs-Rapporten (KAE-Rapporte) festgehalten und vom Geschäftsführer kontrolliert worden. Nach dem Monatsabschluss seien die KAE-Rapporte nötigenfalls bereinigt und durch die einzelnen Mitarbeiter unterschrieben worden. Sie hätten in gutem Glauben angenommen, ihr Kontrollsystem entspreche dem KS KAE, welches eine Kontrollierbarkeit mittels Stempelkarten, Stundenrapporte etc. verlange. Im kleinen Betrieb sei es möglich gewesen, die wöchentlich im Voraus festgelegten Halbtagesblöcke der Mitarbeiter zu kontrollieren. Die von Hand geführten Strichlisten über die Abwesenheiten seien periodisch in die KAE-Rapporte übertragen worden. Die Handnotizen seien jedoch nicht aufbewahrt worden, in der Meinung, diese seien durch die KAE-Rapporte vollständig ersetzt worden (act. G 5).



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. Demnach kann auch nicht argumentiert werden, eine Zeiterfassung sei Kleinbetrieben nicht zumutbar. Ferner ist es 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 mit Hinweisen). Blosser Einsatzpläne genügen dem Erfordernis der genügenden Arbeitszeitkontrolle nicht. Auch ein jeweils am Ende des Monats rückblickend ausgefülltes Formular vermag eine fortlaufende Aufzeichnung nicht zu ersetzen (Urteil des EVG vom 26. Oktober 2005, C 114/05, E. 2).

3.3 Diesen Anforderungen vermag auch das von der Beschwerdeführerin geführte Zeiterfassungssystem nicht zu genügen. Die ausgefüllten "Rapporte über die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden" reichen für eine detaillierte und zeitgleiche Dokumentation der geleisteten Arbeitsstunden nicht aus (vgl. Urteil des EVG vom 26. Oktober 2005, C 114/05, E.2). Den KAE-Rapporten ist nicht zu entnehmen, ob die fehlende Arbeitszeit der Arbeitnehmer auf wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden oder auf übrigen Absenzen infolge Ferien, Feiertage, Krankheit, Unfall oder Militär- und Zivildienst beruht (vgl. Vorgaben gemäss Informationsbroschüre des seco für Arbeitgeber "Info-Service Kurzarbeitsentschädigung" in Ziff. 7). Daran vermag auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Möglichkeit, der Geschäftsführer könne die Arbeitszeiten der Mitarbeiter kontrollieren, nichts zu ändern. Denn Art. 46b Abs. 1 AVIV bezweckt, dass die festgehaltenen, geleisteten Arbeitszeiten auch zu einem späteren Zeitpunkt kontrolliert werden können. Auch die Behauptung, die von Hand geführten Strichlisten seien nicht aufbewahrt worden, in der Annahme, dass diese durch die KAE-Rapporte ersetzt worden seien, geht ins Leere. Der Arbeitgeber hat die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren (Art. 46b Abs. 2 AVIV). Die Beschwerdeführerin hätte bei einem Mindestmass an Sorgfalt



## St.Galler Gerichte

erkennen können und müssen, dass die fraglichen Dokumente während fünf Jahren aufzubewahren sind. Im Übrigen hätten die Strichlisten der Anforderung an eine detaillierte und zeitgleiche Dokumentation der Arbeitszeit ohnehin nicht entsprochen. Denn die betroffenen Arbeitnehmer haben nach eigenen Angaben der Beschwerdeführerin ihre Arbeitszeiten nicht in ein Zeiterfassungssystem eingetragen, sondern lediglich anhand einer Strichliste markiert, ob sie sich an den Einsatzplan gehalten haben. Die nicht aufbewahrten Unterlagen (die sogenannten Strichlisten) sind eher als Einsatzpläne zu qualifizieren, die von den Mitarbeitern im Nachhinein verifiziert worden sind. Die Beschwerdeführerin begründet ihren guten Glauben ausserdem damit, dass sie anlässlich der Inspektion freiwillig Unterlagen offengelegt habe, die nicht eingefordert worden seien. Sie habe auch keine verfälschten Kontrollbelege vorgelegt. Aus diesem Verhalten kann jedoch kein guter Glaube abgeleitet werden. Die Beschwerdeführerin würde vielmehr rechtswidrig handeln, wenn sie zu einer verfälschten Sachverhaltsdarstellung beitragen würde. Das Fehlen eines täuschenden Verhaltens bei einer Inspektion geht nicht mit der Bejahung des guten Glaubens hinsichtlich des Empfangs der Kurzarbeitsentschädigung einher.

3.4 Zusammenfassend hätte die Beschwerdeführerin bei der gebotenen Aufmerksamkeit Anlass gehabt, Zweifel an der Kontrollierbarkeit ihrer Zeiterfassung zu hegen. Sie hätte sich bei der Verwaltung erkundigen können und müssen, ob das Zeiterfassungssystem für die geforderte Kontrollierbarkeit ausreiche. Indem sie dies unterlassen hat, kann nicht von einer leichten Nachlässigkeit ausgegangen werden (vgl. Urteil vom 12. November 2009, 8C\_777/2009, E. 3.1). Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass der Beschwerdegegner das Erlassgesuch mangels Gutgläubigkeit der Beschwerdeführerin im Sinn von Art. 25 Abs. 1 ATSG zu Recht abgewiesen hat. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, und der angefochtene Einspracheentscheid vom 14. März 2010 ist zu bestätigen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:



1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.