



Fall-Nr.:	AVI 2011/22
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 2011/22). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 8C_121/2012. 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 2010 bis Mai 2010 beanspruchten Kurzarbeitsentschädigungen durch. Mit Verfügung vom 8. Juni 2010 forderte das seco die ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen im Umfang von Fr. 89'971.75 zurück. Die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden seien aufgrund mangelnder Arbeitszeitkontrolle nicht überprüfbar (act. G 7.1/A9). Gegen die Rückforderungsverfügung erhob die A.___ am 16. Juni 2010 beim seco Einsprache und stellte gleichentags bei der Kantonalen Arbeitslosenkasse St. Gallen ein Erlassgesuch betreffend die Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung. Die Arbeitsstunden seien nach bestem Wissen und in seriöser Weise ermittelt und gemeldet worden. Von diesem Erlass sei lediglich der Betrag von Fr. 20'499.15 auszunehmen, den sie



irrtümlicherweise für ein Verwaltungsratsmitglied verrechnet habe. Jedenfalls werde um eine Verlängerung der Rückzahlungsfrist ersucht (act. G 7.1/A10).

A.b Das seco wies mit Einspracheentscheid vom 22. Juni 2010 die Einsprache vom 16. Juni 2010 ab (act. G 7.1/A12). Mit Verfügung vom 27. August 2010 wies das Amt für Arbeit das Erlassgesuch vom 16. Juni 2010 ab. Es fehle an der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens (act. G 7.1/A19).

B. Am 23. September 2010 erhob die A.____ Einsprache gegen den Erlassentscheid vom 27. August 2010. Mit Einspracheentscheid vom 14. März 2011 wies das Amt für Arbeit die Einsprache ab (act. G 7.1/A24).

C.

C.a Gegen diese Verfügung richtet sich die von der A.____ eingereichte Beschwerde vom 11. April 2011 (Datum Postaufgabe). Sie beantragt sinngemäss, die Rückforderung sei mit Ausnahme eines Betrags von Fr. 20'499.15 zu erlassen. Dieser Leistungsbezug beruhe auf eigenen Fehlern. Mit Beschwerdeergänzung vom 30. Mai 2011 stellt die Beschwerdeführerin neu den Antrag, der Betrag von Fr. 20'499.15 sei mit der Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Juni 2010 zu verrechnen (act. G 1 und 5).

C.b Der Beschwerdegegner beantragt im Schreiben vom 4. Juli 2011 die Abweisung der Beschwerde und verweist zur Stellungnahme 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 Mai 2010 ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigung zu entsprechen ist, wobei die Beschwerdeführerin anerkennt, dass die Rückforderung eines Betrages von Fr. 20'499.15 nicht erlassen werden kann. Die Frage nach der Rechtmässigkeit der Rückforderung stellt sich im vorliegenden Verfahren nicht, weil die



Beschwerdeführerin auf ein Rechtsmittel gegen den Einspracheentscheid des seco vom 22. Juni 2010 verzichtet hat und dieser folglich in Rechtskraft erwachsen ist (vgl. act. G 5). Die Frage einer allfälligen Verrechnung der Rückforderung mit einer Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Juni 2010 war nicht Gegenstand des vorliegenden angefochtenen Einspracheentscheids. Ohnehin liegt noch keine rechtskräftige Verfügung betreffend die Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Juni 2010 vor (vgl. act. G 7.1/A20, A21 und A22). Auf dieses Begehren ist daher nicht einzutreten.

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 2009 [act. G 7.1/A3]). 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/A1). 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, wobei die Absprachen in die Kurzarbeitsentschädigungs-Rapporte (KAE-Rapporte) eingetragen und vom Geschäftsführer kontrolliert worden seien. Nach dem Monatsabschluss seien die KAE-Rapporte nötigenfalls bereinigt und durch die einzelnen Mitarbeiter unterschrieben worden. Die durch die Mitarbeiter von Hand



geführten Strichlisten über die Abwesenheiten seien periodisch in die KAE-Rapporte übertragen worden. Die Handnotizen seien nicht aufbewahrt worden, in der Meinung, dass sie durch die am Monatsende von den Mitarbeitern unterzeichneten KAE-Rapporte vollständig ersetzt worden seien. Sie sei stets in gutem Glauben davon ausgegangen, die im KS KAE geforderte Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit in angemessener Weise zu erfüllen. Sie habe zudem anlässlich der Inspektion auch nicht verlangte Unterlagen eingereicht und keine täuschenden Kontrollbelege zusammengestellt (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 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 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 abgemachten Zeitplan gehalten haben. Die nicht aufbewahrten Unterlagen 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, soweit auf diese einzutreten



ist, 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, soweit auf diese einzutreten ist.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.