Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess {T 7}
C 115/06

Urteil vom 4. September 2006
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ursprung, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter Frésard; Gerichtsschreiber Grünvogel

Parteien
Staatssekretariat für Wirtschaft, Direktion, Arbeitsmarkt/Arbeitslosenversicherung, TCRV, Effingerstrasse 31, 3003 Bern, Beschwerdeführer,

gegen

R._____, Beschwerdegegner,

Vorinstanz
Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Frauenkappelen

(Entscheid vom 23. März 2006)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 9. September 2004 verpflichtete das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) die Einzelfirma R._____ für die Zeit vom März bis Dezember 2003 bereits ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen im Betrag von Fr. 82'259.15 zurückzuerstatten. Zur Begründung führte es an, die Firma habe im fraglichen Zeitraum keine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt, weshalb der geltend gemachte Arbeitszeitausfall nicht kontrollierbar sei, was aber Anspruchsvoraussetzung gewesen wäre. Daran hielt es mit Einspracheentscheid vom 27. Oktober 2004 fest.
B.
Die dagegen erhobene Beschwerde hiess die Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements mit Entscheid vom 23. März 2006 in dem Sinne gut, als es den Einspracheentscheid vom 27. Oktober 2004 aufhob und die Verwaltung anwies, anhand der im Beschwerdeverfahren von der Firma beigebrachten Unterlagen (Arztzeugnisse und schriftliche Bestätigungen der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter über die Arbeitstage; [Ferien-]Abwesenheitsliste; Bestätigung des Unfallversicherers über fehlende Unfallmeldungen) die abgerechneten Arbeitsausfälle erneut zu überprüfen und hernach gegebenenfalls neu zu verfügen.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragt das seco die Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

Die Firma hat sich vernehmen lassen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über den Ausschluss von Arbeitnehmern, deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zutreffend wie-

dergegeben (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG, Art. 46b AVIV; ARV 1999 Nr. 34 S. 200; Urteile X. vom 5. November 2001, C 59/01, Erw. 2b, D. AG vom 30. Juli 2001, C 229/00, Erw. 1b, A. AG vom 17. Januar 2001, C 42/00, Erw. 2b, W. AG vom 11. April 2000, C 299/99, Erw. 1b).
Hervorzuheben ist Art. 46b Abs. 1 AVIV, wonach die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetzt. Von dieser formellen Beweisvorschrift abgewichen werden darf nur, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint, d.h. die prozessuale Formenstrenge exzessiv ist, durch kein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt ist, zum blossen Selbstzweck wird und die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert (BGE 130 V 183 f. Erw. 5.4.1 mit Hinweisen). Darüber hinaus bleiben Gesetzesanwender und Gericht an die vom Bundesrat im Rahmen des ihm durch den Gesetzgeber zugestandenen Ermessens erlassene Verfahrensvorschrift von Art. 46b AVIV gebunden (in diesem Sinne: Urteil X. vom 5. November 2001, C 59/01). Insbesondere ist es nicht statthaft, das eigene Ermessen an Stelle desjenigen des Bundesrats zu setzen: So genügt etwa nicht, einen anderen Lösungsansatz als dem Einzelfall besser Rechnung tragend zu betrachten.
1.2 Richtig dargelegt hat die Vorinstanz ferner die gesetzlichen Grundlagen zur Rückforderung von unrechtmässig bezogenen Leistungen (Art. 95 AVIG in Verbindung mit Art. 25 ATSG; vgl. auch BGE 129 V 110 ff. Erw. 1). Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die rechtskräftig verfügte oder formlos erfolgte Leistungszusprechung zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG; vgl. BGE 126 V 23 Erw, 4b, 46 Erw. 2b, 400 Erw. 2b, 122 V 368 Erw. 3 mit Hinweisen).
1.3 Ebenfalls ergänzend ist die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen zu nennen, unter denen ein behördliches Verhalten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung gebietet: Dies ist der Fall, erstens wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat; zweitens wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte; drittens wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte; viertens wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können und fünftens wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat. Unterbleibt eine Auskunft entgegen gesetzlicher Vorschrift oder obwohl sie nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war, hat die Rechtsprechung dies der Erteilung einer unrichtigen Auskunft gleichgestellt (BGE 131 V 480 Erw. 3 mit zahlreichen Hinweisen).
2.
Trotz Fehlens einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter bezeichnete die Vorinstanz die von der Firma geltend gemachte Kurzarbeit für innert nützlicher Frist zuverlässig überprüfbar. Zur Begründung verwies sie in erster Linie auf die in diesem Kleinbetrieb herrschende Praxis der fixen Arbeitszeiten. Gestützt darauf wie auch die nachträglich beigebrachten Bestätigungen über Tagesabwesenheiten sei der Nachweis des Arbeitszeitausfalls hinreichend belegt.
2.1 Wie bereits unter Erw. 1.1 hiervor dargelegt, darf von Art. 46b Abs. 1 AVIV erst abgewichen werden, wenn deren Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch erscheint.
2.2 Es mag in Übereinstimmung mit der Vorinstanz durchaus zutreffen, dass in einem Betrieb wie jenem der Beschwerdegegnerin die Arbeitszeiten fix vorgegeben sind und sich die Mitarbeiter in aller Regel auch daran halten. Zu beachten ist indessen die besondere Fallkonstellation, in welcher sich Firmen mit eingeführter Kurzarbeit ganz allgemein und die im Recht stehende Firma im Besonderen befinden. Die Arbeitsreserven sind reduziert und es wird nur noch teilzeitlich gearbeitet. Oftmals werden - wie vorliegend - einzelne Mitarbeiter oder die gesamte Belegschaft für ganze Arbeitstage vom Erscheinen am Arbeitsplatz befreit. Umgekehrt sind insbesondere Zulieferbetriebe wie derjenige der Beschwerdegegnerin gehalten, Aufträge termingerecht zu erledigen. Auch bei anderen Betrieben ist es zumindest wenig wahrscheinlich, dass sich der an den übrigen Tagen zu bewältigende Arbeitsanfall jeweils exakt in den üblicherweise vorgegebenen Tagesarbeitsstunden erledigen lässt. Denkbar ist, dass gewisse Restarbeiten an einzelnen Tagen über diese ordentliche Tagesarbeitszeit hinaus zum Abschluss gebracht werden, damit die Arbeit nicht doch am Folgetag zum Beispiel einzig für eine Arbeitsstunde wieder aufgenommen werden muss. Auch der umgekehrte Fall
ist denkbar. Aus diesem Grund kommt der in Art. 46b Abs. 1 AVIV geforderten Arbeitszeitkontrolle als beweismässige Anspruchsvoraussetzung auch im vorliegenden Fall durchaus ihre Berechtigung zu. Nachträglich beigebrachte Bestätigungen von Arbeitnehmern über die Arbeitszeiten dagegen sind nicht gleichwertig. Die

Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalles gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG ist dadurch nicht gewährleistet (ARV 1999 Nr. 34 S. 200; sodann neueren Datums: Urteile H. AG vom 19. August 2004, C 64/04, Erw. 2.1, und B. AG vom 10. März 2003, C 61/01, Erw. 2). Insoweit kann nicht von einer überspitzt formalistischen Vorgehensweise der Verwaltung gesprochen werden, wenn sie in Nachachtung von Art. 46b Abs. 1 AVIV wegen der fehlenden betrieblichen Arbeitszeitkontrolle den Arbeitszeitausfall für nicht hinreichend kontrollierbar bezeichnete.
2.3 Vielmehr müssen bei dieser Ausgangslage die Verfügungen, mit denen der Beschwerdegegnerin für die Zeit vom März bis Dezember 2003 Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet worden sind, als zweifellos unrichtig bezeichnet werden; da die zugesprochenen Beträge in der Höhe von insgesamt Fr. 82'259.15 zudem erheblich sind, hat eine Rückerstattung zu erfolgen.
3.
Die Vorinstanz erwog in ihrem Entscheid die Möglichkeit einer vom materiellen Recht abweichende Behandlung wegen unzureichender Auskunfterteilung durch die Verwaltung. Dazu nahm sie aber nicht abschliessend Stellung.
3.1 Der Firmeninhaber wurde bei der kantonalen Amtsstelle anlässlich der Gesuchseinreichung um Kurzarbeitsentschädigung vorstellig und liess sich die von ihm auszufüllenden Formulare erklären. Der Sachbearbeiter der Amtsstelle orientierte ihn dementsprechend, ohne indessen ausdrücklich auf die Pflicht zur Führung einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle hinzuweisen.
3.2 Das seco weist zu Recht darauf hin, dass einer über die konkrete Fragestellung hinausgehenden allgemeinen Informationspflicht zur Arbeitszeitkontrolle gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG mit der Abgabe der Informationsbroschüre "Kurzarbeitsentschädigung", Ausgabe 2003, genüge getan ist (ebenso Urteil H. vom 26. Oktober 2005, C 114/05, Erw. 3). In Ziffer 6 dieses Merkblattes ist das gesetzliche Erfordernis der Bestimm- und Kontrollierbarkeit des Arbeitszeitausfalls entsprechend Art. 46b Abs. 1 AVIV dahingehend konkretisiert, dass dies eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) voraussetze; in Ziff. 12 findet sich sodann der Hinweis, dass die Arbeitgeber alle betrieblichen Unterlagen während fünf Jahren aufzubewahren und auf Verlangen der Ausgleichsstelle vorzulegen haben.
3.3 Zwar wäre es wünschenswert, diese Hinweise angesichts ihrer Bedeutung für die in wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen befindlichen Arbeitgeber in der Broschüre speziell hervorzuheben und allenfalls den Begriff der betrieblichen Arbeitszeitkontrolle mit "täglich fortlaufend geführter Arbeitszeitkontrolle" näher zu umschreiben. Auch wäre es sinnvoll, zusätzlich den im Antragsformular für Kurzarbeitsentschädigung unter der Rubrik "Nicht anspruchsberechtigte Arbeitnehmer" angebrachten Hinweis auf den fehlenden Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bei nicht ausreichend kontrollierbarer Arbeitszeit mit einem Verweis auf die geforderte Arbeitszeitkontrolle zu präzisieren. Ebenfalls könnten die auf der Rückseite des Formulars "Entscheide betreffend Kurzarbeitsentschädigung" bereits angebrachten "wichtige(n) Hinweise" mit der Erwähnung der Pflicht des Arbeitgebers, alle betrieblichen Unterlagen, einschliesslich der täglich fortlaufend zu führenden Arbeitszeitkontrolle, während fünf Jahren aufzubewahren und auf Verlangen vorzulegen, ergänzt werden. Dadurch könnten möglicherweise vermehrt Rückforderungen vermieden werden.
3.4 Dies alles ändert aber nichts daran, dass die Verwaltung mit der Abgabe der Broschüre der allgemeinen Informationspflicht gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG in ausreichendem Masse nachgekommen ist. Obwohl die Broschüre einen gewissen Umfang aufweist, ist deren Lektüre zumutbar. Es liegt in erster Line am jeweiligen Gesuchsteller, die Informationsbroschüre (und das Antragsformular für Kurzarbeitsentschädigung) mit der gebotenen Sorgfalt zu lesen und bei Zweifeln mit konkreten Fragen an die zuständigen Stellen zu gelangen. Verzichtet er darauf, trägt er die damit verbundenen Nachteile.
3.5 Der Verweis der Vorinstanz auf den Entscheid W. vom 28. Oktober 2005, C 157/05, vermag daran nichts zu ändern. Dieses Urteil bezog sich auf die arbeitgeberähnliche Stellung von Bezügern von Arbeitslosengeldern. Es wurde darin festgehalten, dass die Verwaltung gehalten gewesen wäre, einen Bezüger von Arbeitslosenentschädigungen darüber aufzuklären, dass Personen mit arbeitgeberähnlicher Stellung keine Ansprüche zustehen. Darin wurde eine Verletzung der Aufklärungspflicht gemäss ATSG erblickt. Eine solche Verletzung liegt indessen in casu nicht vor, steht doch fest, dass die Beschwerdegegnerin im Besitz der genannten Broschüre war.
3.6 Dergestalt bleibt es bei der Feststellung, dass die Rückforderungen rechtens sind.
4.
Abschliessend sei die Vorinstanz an das bereits im Urteil H. vom 26. Oktober 2005, C 114/05, Gesagte erinnert: Gemäss Art. 4b der Verordnung über die Kosten und Entschädigung im Verwaltungsverfahren dürfen bei Streitigkeiten über die Bewilligung oder Verweigerung von Leistungen der Sozialversicherung - worunter

Rückforderungsstreitigkeiten von Kurzarbeitsentschädigungen fallen - keine Verfahrenskosten erhoben werden, es sei denn, es handle sich um mutwillige oder leichtfertige Beschwerden. Dies ist bereits beim Erheben eines Kostenvorschusses zu beachten (a.a.O. Erw. 5).
5.
Das Verfahren ist kostenfrei (e contrario Art. 134 OG). Parteientschädigung ist keine zu sprechen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid der Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements vom 23. März 2006 aufgehoben.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Rekurskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements und der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Solothurn zugestellt.
Luzern, 4. September 2006
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: