Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 140/02

Urteil vom 8. Oktober 2002
III. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und nebenamtlicher Richter Maeschi; Gerichtsschreiberin Keel Baumann

Parteien
Firma X._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch den Walliser Baumeisterverband, rue de l'Avenir 11, 1950 Sitten,

gegen

Arbeitslosenkasse SYNA, 3900 Brig, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Kantonale Rekurskommission in Sachen Arbeitslosigkeit, Sitten

(Entscheid vom 30. April 2002)

Sachverhalt:
A.
Der Firma X._____ AG wurden von der Arbeitslosenkasse SYNA für Januar und Februar 1998 sowie Januar bis März 1999 Schlechtwetterentschädigungen ausbezahlt. In einem provisorischen Bericht vom 23. Dezember 1999 zur Arbeitgeberkontrolle stellte das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) fest, dass der Arbeitsausfall für die im Monatslohn beschäftigten Mitarbeiter mangels einer betrieblichen Arbeitszeiterfassung nicht überprüft werden könne; zudem seien teilweise wetterbedingte Ausfälle für Tage geltend gemacht worden, an denen die betroffenen Personen gearbeitet, in Ausbildung gestanden oder in den Ferien geweilt hätten. Nach Anhörung des Betriebes hielt das seco im definitiven Bericht zur Arbeitgeberkontrolle vom 21. Januar 2000 an den Beanstandungen fest und wies die Arbeitslosenkasse SYNA an, ausbezahlte Schlechtwetterentschädigung im Betrag von Fr. 32'165.85 zurückzufordern. Die entsprechende Verfügung der Arbeitslosenkasse erging am 26. Januar 2000.
B.
Vertreten durch den Walliser Baumeisterverband beschwerte sich die Firma X._____ AG bei der kantonalen Rekursbehörde und beantragte, die Rückforderungsverfügung sei aufzuheben. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, für die im Monatslohn angestellten Mitarbeiter gelte der von den Walliser Sozialpartnern aufgrund des Landesmantelvertrages für das schweizerische Bauhauptgewerbe festgelegte Arbeitszeitkalender und es würden im Falle von Schlechtwetter keine Stunden- oder Tagesrapporte erstellt. Solche Unterlagen seien von der Arbeitslosenkasse bisher nicht verlangt worden. Im Übrigen sei die Rückforderung zufolge verspäteter Geltendmachung verwirkt.

Mit Entscheid vom 30. April 2002 wies die Kantonale Rekurskommission in Sachen Arbeitslosigkeit, Sitten,

die Beschwerde ab.
C.
Weiterhin vertreten durch den Walliser Baumeisterverband führt die Firma X._____ AG Verwaltungsgerichtsbeschwerde, sinngemäss mit dem Rechtsbegehren, in Abänderung des angefochtenen Entscheids und der Verfügung vom 26. Januar 2000 sei der Rückforderungsbetrag auf Fr. 4'399.53 festzusetzen. Mit einer staatsrechtlichen Beschwerde beantragt der Verband die Aufhebung des kantonalen Entscheids wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs.

Die kantonale Rekurskommission lässt sich mit dem Antrag auf Nichteintreten auf die staatsrechtliche Beschwerde und auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde vernehmen. Die Arbeitslosenkasse und das seco verzichten auf Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Weil mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden kann und die staatsrechtliche Beschwerde gegenüber der Verwaltungsgerichtsbeschwerde subsidiär ist (Art. 84 Abs. 2 OG), sind die mit der staatsrechtlichen Beschwerde vorgebrachten Einwendungen im Rahmen des Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahrens zu prüfen (BGE 121 V 288 Erw. 3 mit Hinweisen).
2.
In formellrechtlicher Hinsicht macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei durch Nichtzustellung der Vernehmlassung der Arbeitslosenkasse und die Nichtabnahme von Beweisen durch die Vorinstanz im Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden.
2.1 Gemäss Art. 29 Abs. 2 BV haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dazu gehört insbesondere das Recht, sich vor Erlass eines in die Rechtsstellung einer Person eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56 Erw. 2b, 126 V 130 Erw. 2a). Der Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör beinhaltet auch das Recht, von sämtlichen dem Gericht eingereichten Eingaben oder Vernehmlassungen Kenntnis und zu diesen Stellung nehmen zu können. Unerheblich ist, ob die Vernehmlassung lediglich bereits in der angefochtenen Verfügung genannte Tatsachen und Begründungen enthält oder neue Entscheidgründe anführt. Denn es ist Sache der beteiligten Parteien, darüber zu befinden, ob sie zu einer Eingabe Bemerkungen anbringen oder darauf verzichten wollen (Urteil S. vom 17. Dezember 2001; SZIER 2000 S. 553 mit Hinweis auf VPB 61 [1997]Nr. 108 S. 955).

Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz unbestrittenermassen entschieden, ohne der Beschwerdeführerin vorgängig die Vernehmlassung der Arbeitslosenkasse zuzustellen. Sie hat die Beschwerdeführerin damit im Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Allerdings wiegt dieser Mangel nicht derart schwer, dass eine Heilung im letztinstanzlichen Verfahren nicht möglich wäre. Weil Versicherungsleistungen streitig sind und dem Eidgenössischen Versicherungsgericht deshalb sowohl in tatbeständlicher als auch in rechtlicher Hinsicht eine uneingeschränkte Überprüfungsbefugnis zusteht (Art. 132 OG), kann die Verletzung des rechtlichen Gehörs als geheilt gelten (BGE 126 I 72, 126 V 132 Erw. 2b, je mit Hinweisen). Ob die Vorinstanz gehalten gewesen wäre, einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen, weil mit der von der Verwaltung eingereichten Vernehmlassung neue Tatsachen, Beweismittel oder Rechtsgründe vorgebracht wurden (Erw. 2b des in BGE 121 V 5 ff. auszugsweise publizierten Urteils R. vom 28. Februar 1995, H 152/94), kann offen bleiben. Die Beschwerdeführerin hat sich im letztinstanzlichen Verfahren eingehend zur Vernehmlassung der Arbeitslosenkasse geäussert, weshalb eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz auf eine unnötige
Verfahrensverlängerung hinausliefe.
2.2 Die Beschwerdeführerin erblickt eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Untersuchungsgrundsatzes des Weitern darin, dass die Vorinstanz keine eigenen Sachverhaltsabklärungen vorgenommen und insbesondere den mit der Beschwerde vorgebrachten Beweisanträgen nicht entsprochen hat, ohne einen entsprechenden Zwischenentscheid zu erlassen.

Die Beschwerdeführerin hat in der Eingabe an die Vorinstanz keine konkreten Beweisanträge gestellt und sich

damit begnügt, als Beweismittel ḧinterlegte und noch zu hinterlegende Unterlagen, Zeugeneinvernahme, Parteienverhörżu nennen. Wenn die Vorinstanz hiezu festgestellt hat, auf eine Befragung der Arbeitgeberin und der Angestellten werde im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung verzichtet, so lässt sich dies im Hinblick darauf, dass Beweisanträgen nur so weit Folge zu leisten ist, als sie sich auf entscheidwesentliche Tatsachen beziehen, die nicht ausreichend geklärt sind, und Beweisanträge abgelehnt werden können, wenn von vornherein feststeht, dass der angebotene Beweis keine weitere Abklärung herbeizuführen vermag, nicht beanstanden. Eine in diesem Sinne antizipierte Beweiswürdigung verstösst gemäss ständiger Rechtsprechung nicht gegen den Untersuchungsgrundsatz und das rechtliche Gehör (SVR 2001 IV Nr. 10 S. 28 Erw. 4b; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 124 V 94 Erw. 4b, 122 V 162 Erw. 1d mit Hinweis). Es bestand für die Vorinstanz auch kein Anlass, einen beweisrechtlichen Zwischenentscheid zu erlassen. Zudem erübrigten sich weitere Abklärungen, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

3.

Materiell ist streitig, ob die am 26. Januar 2000 verfügte Rückforderung von Schlechtwetterentschädigung im Betrag von Fr. 32'165.85 zu Recht besteht.

3.1 Nach Art. 42 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer in Erwerbszweigen, in denen Arbeitsausfälle üblich sind (Art. 42 Abs. 2 AVIG in Verbindung mit Art. 65 AVIV), Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wenn ihr Arbeitgeber für die Versicherung beitragspflichtig ist (Art. 2 Abs. 1 lit. b AVIG) und sie einen anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 43 AVIG) erleiden. Gemäss Art. 42 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG keinen Anspruch haben u.a. Arbeitnehmer, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist. Der mit Verordnungsänderung vom 6. November 1996 eingefügte Art. 46b AVIV, in Kraft seit 1. Januar 1997 (AS 1996 3071), bestimmt, dass die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraussetzt (Abs. 1) und der Arbeitgeber die Unterlagen über die Arbeitszeitkontrolle während fünf Jahren aufzubewahren hat (Abs. 2). Es soll damit sichergestellt werden, dass der Arbeitsausfall für die Durchführungsorgane der Arbeitslosenversicherung überprüfbar ist (Gerhards, Kommentar zum Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung, Band I, Bern 1988, S. 407 N 34).

3.2 In dem in ARV 1999 Nr. 34 S. 200 veröffentlichten Urteil hat das Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, dass - auch bei den im Monatslohn angestellten Personen - ein geltend gemachter Arbeitszeitausfall nur dann genügend überprüfbar ist, wenn die geleistete Arbeitszeit für jeden einzelnen Tag kontrollierbar ist. Es genügt nicht, wenn der Arbeitgeber eine An- und Abwesenheitskontrolle führt; vielmehr bedarf es Angaben über die täglich geleistete Arbeitszeit. Denn nur auf diese Weise besteht Gewähr dafür, dass die an gewissen Tagen geleistete Überzeit, welche innerhalb der Abrechnungsperiode auszugleichen ist, bei der Feststellung des monatlichen Arbeitsausfalls Berücksichtigung findet. Diese zum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ergangene Rechtsprechung gilt auch für den Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung, wo dem Arbeitgeber grundsätzlich die gleiche Beweispflicht bezüglich des Arbeitsausfalls obliegt. Bei Art. 46b Abs. 1 AVIV handelt es sich indessen um eine formelle Beweisvorschrift, deren strikte Anwendung im Einzelfall überspitzt formalistisch sein kann, in welchem Sinn das Eidgenössische Versicherungsgericht im Fall einer behördlich angeordneten Betriebsschliessung wegen akuter Lawinengefahr entschieden
hat (Urteil X. vom 5. November 2001, C 59/01, betreffend Kurzarbeitsentschädigung). Massgebend ist, ob das Führen einer Arbeitszeitkontrolle im konkreten Einzelfall unerlässlich war, um den Durchführungsorganen die Möglichkeit zu geben, den geltend gemachten Arbeitsausfall innert nützlicher Frist zuverlässig zu überprüfen (ARV 1999 Nr. 34 S. 202 Erw. 2a).

Anders als in dem im Urteil X. vom 5. November 2001 (C 59/01) beurteilten Sachverhalt geht es hier nicht um einen zeitlich eng begrenzten und anderweitig (behördliche Schliessung des Betriebes zufolge Lawinengefahr) dokumentierten Arbeitsausfall. Vielmehr beanspruchte die Beschwerdeführerin Schlechtwetterentschädigung für die Dauer von mehreren Monaten unter Hinweis darauf, dass ihr Tätigkeitsgebiet auf über 1300 m ü. M. liege und die meteorologischen Bedingungen im Januar 1998 und 1999 jegliches Arbeiten und für gewisse Beschäftigte auch in den Monaten Februar und März der beiden Jahre die Arbeit verunmöglicht hätten. Damit räumt die Beschwerdeführerin indessen selber ein, dass der Arbeitsausfall für die Arbeitnehmer je nach Tätigkeit und Einsatz unterschiedlich ausfiel. Sie war im Hinblick auf den Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung daher verpflichtet, den Arbeitsausfall im Rahmen einer überprüfbaren Arbeitszeitkontrolle zu erfassen, worauf die Arbeitgeber in den Informationen der Arbeitslosenversicherung aufmerksam gemacht werden und

woran auch der Umstand nichts ändert, dass die Arbeitslosenkasse entsprechende Unterlagen nicht ausdrücklich einverlangt hat.
3.3 Aus den in den Akten enthaltenen Lohnabrechnungen, Rapporten über die wetterbedingten Ausfallstunden und Abrechnungen über die wetterbedingten Arbeitsausfälle geht hervor, dass in der Abrechnungsperiode Januar 1998 für sämtliche Arbeitnehmer, einschliesslich der im Monatslohn beschäftigten Arbeitnehmer D._____ und K._____ ein voller wetterbedingter Arbeitsausfall geltend gemacht wurde. Im Februar 1998 wurde für die im Stundenlohn angestellten Arbeitnehmer ein voller und für die im Monatslohn beschäftigten Arbeitnehmer D._____ und K._____ ein reduzierter Arbeitsausfall gemeldet. Für Januar 1999 wurde erneut ein voller Arbeitsausfall für sämtliche im Stundenlohn und auch für die im Monatslohn angestellten Arbeitnehmer D._____, E._____, F._____ und G._____ angegeben, ebenso für Februar bezüglich der Arbeitnehmer E._____, F._____ und G._____. Schliesslich wurde für März 1999 bezüglich sämtlicher im Stundenlohn und auch der im Monatslohn beschäftigten Arbeitnehmer (E._____, F._____, G._____) ein reduzierter Arbeitsausfall zwischen 66,5 und 85 Stunden gemeldet. Für F._____ und G._____ bestehen vom Angestellten unterzeichnete Arbeitszeitrapporte mit Angaben über die geleisteten Arbeitsstunden, aus denen sich ergibt, dass keine wetterbedingten Arbeitsausfälle zu verzeichnen waren. Hinsichtlich der übrigen Abrechnungsperioden fehlen Arbeitszeitrapporte für die im Monatslohn angestellten Mitarbeiter. Es lässt sich daher nicht feststellen, inwieweit die geltend gemachten Ausfallstunden wetterbedingt oder auf sonstige Absenzen (Ferien, Krankheit, Unfall, Militär- oder Zivilschutzdienst) zurückzuführen waren. Wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, bei den im Monatslohn beschäftigten Arbeitnehmern sei eine Arbeitszeitkontrolle überflüssig gewesen, kann ihr schon deshalb nicht beigepflichtet werden, weil auch für diese Arbeitnehmer nicht durchwegs ein voller wetterbedingter Arbeitsausfall gemeldet wurde. Zudem bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht, dass ein wetterbedingter Arbeitsausfall teilweise auch für Tage geltend gemacht wurde, als die im Monatslohn beschäftigten Angestellten aus andern Gründen (Ferien, Ausbildung) nicht gearbeitet haben. Unter diesen Umständen hat die Verwaltung zu Recht auf Arbeitszeitkontrollen bestanden und mangels entsprechender Unterlagen den Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung für die im Monatslohn beschäftigten Arbeitnehmer für die fragliche Zeit verneint.
Unbestritten ist der sich daraus ergebende Rückerstattungsbetrag von Fr. 32'165.85.
4.
Nicht gefolgt werden kann der Beschwerdeführerin auch, soweit sie sich auf Verwirkung beruft. Nach Art. 95 Abs. 4 AVIG verjährt der Rückforderungsanspruch innert einem Jahr, nachdem die auszahlende Stelle davon Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach der Auszahlung der Leistung. Dabei handelt es sich um Verwirkungsfristen. Die einjährige (relative) Verwirkungsfrist beginnt in jenem Zeitpunkt zu laufen, in welchem die Verwaltung bei Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen für eine Rückerstattung bestehen (BGE 124 V 382 Erw. 1, 122 V 274 Erw. 5a, je mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall hat die Arbeitslosenkasse erst aufgrund des vom seco in Auftrag gegebenen (provisorischen) Berichts über die Arbeitgeberkontrolle vom 23. Dezember 1999 Kenntnis von der unrechtmässigen Leistung erhalten. Die Rückerstattungsverfügung erging bereits am 26. Januar 2000 und damit innert der einjährigen Verwirkungsfrist von Art. 95 Abs. 4 AVIG. Ebenso wenig war im Zeitpunkt der Rückforderung die (absolute) fünfjährige Verwirkungsfrist abgelaufen. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin lässt sich eine Verwirkung des Rückforderungsanspruchs nicht damit begründen, die Arbeitslosenkasse hätte die Mangelhaftigkeit der Unterlagen bereits früher feststellen müssen. Nach der gesetzlichen Regelung ist die Arbeitslosenkasse nicht verpflichtet, die Anspruchsberechtigung selber umfassend abzuklären. Vielmehr ist es Sache der kantonalen Amtsstelle, die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls zu prüfen und im Zweifel die geeigneten Abklärungen vorzunehmen (Art. 45 Abs. 4 Satz 1 AVIG). Anlass zu ergänzenden Abklärungen können auch die von der Ausgleichsstelle der Arbeitslosenversicherung (Art. 83 AVIG und Art. 110 Abs. 4 AVIV) oder - wie hier - von der Aufsichtsbehörde (Art. 110 Abs. 2 AVIG) angeordneten Arbeitgeberkontrollen bilden. Wird im Rahmen einer solchen Kontrolle die Unrechtmässigkeit eines Leistungsbezugs festgestellt, beginnt die Verwirkungsfrist für den Rückforderungsanspruch in der Regel erst im Zeitpunkt zu laufen, in welchem die Verwaltung von der Unrechtmässigkeit der Leistungen effektiv Kenntnis erhalten hat (vgl. zur Kurzarbeitsentschädigung BGE 124 V 384 Erw. 2c). Ein grobes Verschulden, welches allenfalls zu einer andern Beurteilung Anlass zu geben vermöchte, kann der Verwaltung im vorliegenden Fall nicht vorgeworfen werden.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Kantonalen Rekurskommission in Sachen Arbeitslosigkeit, Sitten, dem Kantonalen Arbeitsamt, Sitten, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 8. Oktober 2002
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der III. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: