Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 269/03

Urteil vom 25. Mai 2004
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Lustenberger und Kernen; Gerichtsschreiber Grünvogel

Parteien
D._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch
Dr. iur. Peter Wegmann, Seestrasse 357, 8038 Zürich,

gegen

Amt für Wirtschaft und Arbeit, Arbeitslosenversicherung, Stampfenbachstrasse 32, 8001 Zürich, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 17. Oktober 2003)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 30. Oktober 2001 verpflichtete die Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich die Firma D._____ AG, für die Zeit vom Januar bis April 1998, Januar bis März 1999 sowie Februar und März 2000 bereits ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen im Betrag von Fr. 63'468.10 zurückzuerstatten. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich bestätigte dies am 2. Dezember 2002. Dessen Entscheid erwuchs unangefochten in Rechtskraft. In der Folge ersuchte die Firma um Erlass der Rückzahlung. Mit Verfügung vom 28. Januar 2003 lehnte das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA), Zürich, das Erlassgesuch ab, was es mit Einspracheentscheid vom 10. April 2003 bestätigte.
B.
Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 17. Oktober 2003 ab.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt die Firma den vollständigen, eventuell teilweisen Erlass der Rückforderung beantragen.

Das AWA wie auch das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Die Verfügung vom 30. Oktober 2001, mit welcher die Beschwerdeführerin zur Rückerstattung von Kurzarbeitsentschädigung im Betrag von Fr. 63'468.10 verpflichtet wurde, ist vom kantonalen Gericht rechtskräftig

bestätigt worden. Im vorliegenden Verfahren ist nur noch zu prüfen, ob die Erlassvoraussetzungen gegeben sind.
1.1 Weil es in Verfahren um den Erlass der Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht (BGE 122 V 136 Erw. 1 und 222 Erw. 2, je mit Hinweisen), gilt die eingeschränkte Kognition mit der Folge, dass das Eidgenössische Versicherungsgericht lediglich zu prüfen hat, ob das kantonale Gericht als Vorinstanz Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).
1.2 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen auch im Arbeitslosenversicherungsbereich geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, gelangen im vorliegenden Fall noch die bis zum 31. Dezember 2002 gültig gewesenen Bestimmungen zur Anwendung (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen).
1.3 Gemäss Art. 95 Abs. 2 AVIG kann die Rückerstattung zu Unrecht bezogener Leistungen auf Gesuch hin ganz oder teilweise erlassen werden, wenn der Leistungsempfänger beim Bezug gutgläubig war und die Rückerstattung eine grosse Härte bedeuten würde. Die Erlassmöglichkeit steht auch juristischen Personen offen (BGE 122 V 274 Erw. 4 in fine; ARV 2003 Nr. 29 S. 260 Erw. 1.1). Nach der Rechtsprechung sind auf Art. 95 Abs. 2 AVIG die für die Erlassvoraussetzungen von Art. 47 Abs. 1 AHVG geltenden Regeln analog anwendbar. Danach liegt guter Glaube nicht schon bei Unkenntnis des Rechtsmangels vor. Vielmehr darf sich der Leistungsempfänger nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht haben. Daraus erhellt, dass der gute Glaube von vornherein entfällt, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- und Auskunftspflichtverletzung zurückzuführen ist. Anderseits kann sich der Rückerstattungspflichtige auf den guten Glauben berufen, wenn sein fehlerhaftes Verhalten nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt (BGE 112 V 103 Erw. 2c, 110 V 180 Erw. 3c; ARV 2003 Nr. 29 S. 260 Erw. 1.2 mit Hinweisen).
2.
Praxisgemäss ist zu unterscheiden zwischen dem guten Glauben als fehlendem Unrechtsbewusstsein und der Frage, ob sich jemand unter den gegebenen Umständen auf den guten Glauben berufen kann oder ob er bei zumutbarer Aufmerksamkeit den bestehenden Rechtsmangel hätte erkennen sollen. Die Frage nach dem Unrechtsbewusstsein gehört zum inneren Tatbestand und ist daher Tatfrage, die nach Massgabe von Art. 105 Abs. 2 OG von der Vorinstanz verbindlich beurteilt wird. Demgegenüber gilt die Frage nach der gebotenen Aufmerksamkeit als frei überprüfbare Rechtsfrage, soweit es darum geht, festzustellen, ob sich jemand angesichts der jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse auf den guten Glauben berufen kann (BGE 122 V 223 Erw. 3; AHI 2003 S. 161 Erw. 3.a; ARV 2001 Nr. 18 S. 162 Erw. 3b; je mit Hinweisen).
3.
Das kantonale Gericht hat die Frage, ob den Verantwortlichen der Beschwerdeführerin beim Bezug der Kurzarbeitsentschädigung ein Unrechtsbewusstsein fehlte, nicht näher geprüft; stattdessen sprach es der Firma das Recht ab, sich unter den konkreten Umständen auf den guten Glauben berufen zu können. Eine erfolgreiche Berufung auf den guten Glauben setzt voraus, dass die Firma sich keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat, was im Folgenden näher zu prüfen ist. Dabei ist davon auszugehen, dass die Rückforderung ihren Rechtsgrund darin hatte, dass anlässlich der vom seco gestützt auf Art. 83 Abs. 1 lit. d AVIG und Art. 110 Abs. 4 AVIV veranlassten Arbeitgeberkontrolle mangels hinreichender Unterlagen keine Überprüfung der Arbeitszeiten der von der Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer vorgenommen werden konnte, weshalb ein Anspruch gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG entfiel. Die Firma macht geltend, die betrieblichen Zeitkontrollen nach drei Jahren vorzeitig weggeworfen zu haben. Dennoch hätte sie über ausreichende Möglichkeiten verfügt, den Arbeitszeitausfall zu belegen, was ihr aber durch verweigerte Beweisabnahmen verwehrt worden sei.
3.1 Was das letzte Argument anbelangt, so ist dieses im Zusammenhang mit dem hier allein streitigen Erlass der Rückerstattung nicht zu hören. Es hätte vielmehr im Rahmen der Rückforderungsstreitigkeit, über welche die Vorinstanz am 2. Dezember 2002 rechtskräftig entschieden hat, eingebracht werden müssen. Ohnehin wäre diesem Vorbringen kein Erfolg beschieden gewesen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat schon verschiedentlich festgehalten, dass dem Erfordernis einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle, vorbehältlich ganz

besonderer, hier nicht gegebener, Umstände (vgl. hiezu Urteil X. vom 5. November 2001, C 59/01), nur mit einer täglich fortlaufend geführten Arbeitszeiterfassung über die effektiv geleisteten Arbeitsstunden der von der Kurzarbeit betroffenen Mitarbeiter Genüge getan ist, die nicht durch erst nachträglich erstellte Dokumente ersetzt werden kann. Dabei müssen die gearbeiteten Stunden keineswegs zwingend mit einem elektronischen oder mechanischen System erfasst sein. Wesentlich ist allein die ausreichende Detailliertheit und die zeitgleiche Dokumentierung (statt vieler: Urteile V. AG vom 25. März 2004, C 35/03, W. vom 22. August 2001, C 260/00, und D. vom 30. Juli 2001, C 229/00), weshalb die Beweisofferten
(Befragungen der geschäftsführenden sowie der von Kurzarbeit betroffenen Personen; OR-Revisionsberichte; Befragung der Revisionsstelle zum Umsatzeinbruch) untauglich sind.
3.2 Die Firma erachtet das vorzeitige Entsorgen der (behaupteten) betrieblichen Arbeitszeitkontrolle nach drei Jahren als leichtes Fehlverhalten. Zur Begründung führt sie aus, nach Erhalt der rechtskräftigen Steuereinschätzung der Jahre 1998 und 1999 am 15. Juni 2000 bzw. 31. August 2001 habe sie mit keinen weiteren, diesen Zeitraum betreffenden Kontrollen gerechnet, weshalb gewisse Detailbelege vernichtet worden seien. Ohnehin sei gemäss Art. 95 Abs. 2 AVIG allein entscheidend, ob zum Bezugszeitpunkt Gutgläubigkeit vorgelegen habe.
3.2.1 Der Umstand, dass in Art. 95 Abs. 2 AVIG vom guten Glauben des Leistungsempfängers beim Bezug die Rede ist, ändert nichts daran, dass vorliegend massgebend ist, ob in der erst nach dem Leistungsbezug erfolgten Aktenentsorgung ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten liegt. Weil bei der Kurzarbeitsentschädigung Leistungen aufgrund summarischer Abklärungen provisorisch gewährt werden und ein gründliches Beweisverfahren erst nachträglich anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle stattfindet (vgl. BGE 124 V 384 Erw. 2c), muss trotz des Wortlautes von Art. 95 Abs. 2 AVIG einem vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Verhalten im Rahmen des nach dem Leistungsbezug erfolgenden Abklärungsverfahrens im Hinblick auf die Frage des Erlasses der Rückerstattung die gleiche Bedeutung zukommen wie einem entsprechenden Verhalten vor dem Leistungsbezug. Die gegenteilige wörtliche Auslegung und Anwendung der Bestimmung würde zu Ergebnissen führen, die sich mit Sinn und Zweck der Norm und mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbaren liessen. Denn es sind keine Gründe und keine Rechtfertigung ersichtlich, weshalb der Erlass der Rückerstattung von Kurzarbeitsentschädigung unter weniger strengen Voraussetzungen gewährt werden sollte als jener der
Rückerstattung anderer Leistungen. Anders zu entscheiden, hiesse, eine Person, die in einem nachträglichen Abklärungsverfahren vorsätzlich oder grobfahrlässig handelt, gegenüber einer Person, die in einem vorgängigen Abklärungsverfahren ein solches Verhalten an den Tag legt, zu bevorzugen (ARV 2001 Nr. 18 S. 162 Erw. 4a/bb).
3.2.2 Gemäss Abs. 1 von Art 46b AVIV setzt die genügende Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus. Nach Abs. 2 dieser Bestimmung hat der Arbeitgeber die Unterlagen während fünf Jahren aufzubewahren. In der von kantonalen Arbeitsämtern den Arbeitgebern abgegebenen Informationsbroschüre Kurzarbeitsentschädigung des seco wird dies in der hier interessierenden Ausgabe 1997 unter den Fragen Wer hat keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung? (Seite 5, Punkt 2) und Welche zusätzlichen Pflichten hat der Arbeitgeber? (Seite 10, Punkt 6) ebenfalls unmissverständlich festgehalten.
3.2.3 Entweder haben die Verantwortlichen der Firma weder die Verordnung noch die Informationsbroschüre konsultiert oder sie haben diese nicht mit der gebotenen Aufmerksamkeit gelesen. Anhand der darin befindlichen klaren Hinweise hätten sie bei Anwendung eines Mindestmasses an Aufmerksamkeit erkennen können und müssen, dass die fraglichen Belege während fünf Jahren aufzubewahren sind. Keinesfalls durften sie aus der definitiven Steuerveranlagung für die Perioden 1998 und 1999 vom Wegfall der Aufbewahrungspflicht nach AVIV ausgehen. Diese steht offenkundig in keinem Zusammenhang mit der Steuerveranlagung. Im Zweifelsfall hätte es an der Firma gelegen, sich bei der Kasse darüber näher zu informieren, genau so wie es praxisgemäss der Antrag stellenden Firma obliegt, abzuklären, ob ihr Zeiterfassungssystem eine im Hinblick auf die Anspruchsberechtigung ausreichende Kontrolle gewährleistet (vgl. ARV 2002 Nr. 37 S. 255 Erw. 4b). Unterlässt sie dies, trägt sie die damit verbundenen Risiken.
3.3 Zusammengefasst sind die Beschwerdeführerin und ihre verantwortlichen Organe dem unter den gegebenen Umständen gebotenen Mindestmass an Sorgfalt nicht nachgekommen. Ihr Verhalten kann nicht als leichte Nachlässigkeit eingestuft werden. Aus diesem Grund fehlt es bereits an der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens, ohne dass das Vorliegen einer grossen Härte noch zu prüfen wäre.
4.
Da im vorliegenden Verfahren nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen streitig

ist (Erw. 1.1 hiervor), fällt es nicht unter die Kostenfreiheit gemäss Art. 134 OG. Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt (Art. 135 In Verbindung mit Art. 156 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 25. Mai 2004
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber:
i.V.