Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
C 5/04

Urteil vom 27. Mai 2004
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Lustenberger; Gerichtsschreiber Grünvogel

Parteien
Firma S._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Alois Schuler, Auf der Mauer 4, 8001 Zürich,

gegen

Arbeitslosenkasse der Gewerkschaft Bau & Industrie GBI, Werdstrasse 62, 8004 Zürich, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 24. November 2003)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 21. November 2002 verpflichtete die Arbeitslosenkasse GBI die Firma S._____ AG, für die Zeit vom November 2001 bis Februar 2002 bereits ausbezahlte Kurzarbeitsentschädigungen im Betrag von Fr. 49'552.55 zurückzuerstatten.
B.
Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 24. November 2003 ab.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt die Firma die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Verfügung vom 21. November 2002 beantragen, soweit der Rückforderungsbetrag Fr. 8'465.05 übersteige.

Die Kasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind Bestimmungen im Arbeitslosenversicherungsbereich geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1), und weil ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses

der streitigen Verfügung (hier: 21. November 2002) eingetretenen Sachverhalt abstellt (BGE 121 V 366 Erw. 1b), sind im vorliegenden Fall die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen anwendbar (BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen).
2.
2.1 Nach Art. 95 Abs. 1 AVIG muss die Kasse Leistungen der Versicherung, auf die der Empfänger keinen Anspruch hatte, zurückfordern. Zu Unrecht bezogene Geldleistungen können jedoch nur dann zurückgefordert werden, wenn die Voraussetzungen einer prozessualen Revision oder Wiedererwägung gegeben sind (vgl. BGE 122 V 368 Erw. 3 und ARV 1998 Nr. 15 S. 79 Erw. 3b). Eine formell rechtskräftige Verfügung kann die Verwaltung in Wiedererwägung ziehen, wenn sie nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (BGE 127 V 469 Erw. 2c mit Hinweisen).
2.2 Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über den Ausschluss von Arbeitnehmern, deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist, vom Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zutreffend wiedergegeben (Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG, Art. 46b AVIV; ARV 1999 Nr. 34 S. 200; Urteile B. AG vom 10. März 2002, C 61/01, Erw. 2, W. AG vom 22. August 2001, C 260/00, Erw. 2b, D. AG vom 30. Juli 2001, C 229/00, Erw. 2b, X. AG vom 5. Juni 2001, C 132/00, Erw. 2, H. AG vom 19. September 2000, C 370/99, Erw. 4b). Ferner hat das kantonale Gericht die Voraussetzungen, unter denen ein behördliches Verhalten nach dem Grundsatz von Treu und Glauben eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung gebietet, ebenfalls richtig dargelegt (BGE 127 I 36 Erw. 3a, 126 II 387 Erw. 3a; RKUV 2001 Nr. KV 171 S. 281 Erw. 3b, 2000 Nr. KV 126 S. 223, Nr. KV 133 S. 291 Erw. 2a; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 121 V 66 Erw. 2a mit Hinweisen). Darauf ist zu verweisen.
3.
Die Beschwerdeführerin bringt mehrere formelle Rügen vor, die es vorab zu behandeln gilt (BGE 124 V 92 Erw. 2, 121 V 152 Erw. 3 je mit Hinweisen).
3.1 Sie bemängelt zunächst, bis dato seien ihr die vom seco im provisorischen Bericht zur Arbeitgeberkontrolle vom 26. Juli 2002 erwähnten Hinweise ehemaliger Angestellter nicht offen gelegt worden, wonach an Tagen gearbeitet worden sein soll, für welche die Firma zugleich Arbeitsausfälle geltend gemacht habe; dergestalt sei es ihr verunmöglicht, diese Vorwürfe gehörig zu entkräften.

Sie übersieht dabei, dass vorliegend einzig die hinreichende Kontrollierbarkeit der Arbeitszeit zur Beurteilung ansteht, nicht jedoch die Frage, ob die Firma mit unwahren Angaben unrechtmässig Leistungen erwirkt hat. Dies ist gegebenenfalls im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens näher zu ergründen (Art 105 ff. AVIG). Inwieweit daher die Vorwürfe zutreffen, ist in diesem Verfahren - wie bereits von der Vorinstanz dargetan - ohne Belang, weshalb auch keine Abklärungen in diese Richtung angezeigt sind.
3.2 Wenn das kantonale Gericht nun den provisorischen Bericht zur Arbeitgeberkontrolle des seco vom 26. Juli 2002 im Sachverhalt wiedergibt und anschliessend in den Erwägungen in Ablehnung der von der Kasse in der Duplik beantragten Zeugeneinvernahmen unter anderem auf die fehlende Zuständigkeit zur strafrechtlichen Beurteilung des im fraglichen Bericht vorgeworfenen Fehlverhaltens verweist, verhält es sich korrekt. Der Anschein der Befangenheit der am Entscheid mitwirkenden Richter kann daraus im Widerspruch zur Behauptung der Beschwerdeführerin nicht abgeleitet werden.
4.
In materieller Hinsicht ist die Vorinstanz in einlässlicher Würdigung der Akten und Parteivorbringen zum Schluss gelangt, die Firma habe im fraglichen Zeitraum über keine täglich fortlaufend geführte Arbeitszeiterfassung verfügt, womit es an der für die Kurzarbeitsentschädigung anspruchsbegründenden hinreichenden Kontrollierbarkeit des Arbeitsausfalls gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG fehle. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, zielt an der Sache vorbei. Die Vorgabe von (reduzierten) Sollarbeitsstunden an die Arbeitnehmer wie auch die Erfassung der effektiven Arbeitsstunden am Ende des Monats gestützt auf die Angaben der Angestellten entspricht offenkundig nicht einer täglich fortlaufenden Aufzeichnung.

Damit erweist sich die Auszahlung als zweifellos unrichtig. Angesichts des in Frage stehenden Betrages ist die Berichtigung sodann von erheblicher Bedeutung, womit die Voraussetzungen für die Rückforderung grundsätzlich erfüllt sind.
5.

Die Firma verlangt indessen ferner unter Berufung auf den Vertrauensschutz eine vom materiellen Recht abweichenden Behandlung.
5.1 Dabei macht sie zunächst geltend, von der Beschwerdegegnerin nur unzureichend über die Anforderungen an eine Arbeitszeitkontrolle informiert worden zu sein.

Es obliegt praxisgemäss der Antrag stellenden Firma, abzuklären, ob ihr Zeiterfassungssystem eine im Hinblick auf die Anspruchsberechtigung ausreichende Kontrolle gewährleistet (vgl. ARV 2002 Nr. 37 S. 255 Erw. 4b). Aus der eigenen Rechtsunkenntnis kann sie nichts zu ihren Gunsten ableiten (BGE 124 V 220 Erw. 2b/aa mit Hinweisen). Erforderlich ist vielmehr, dass die Verwaltung tatsächlich eine falsche Auskunft erteilt hat; von sich aus - spontan, ohne von der Firma angefragt worden zu sein - brauchen die Organe der Arbeitslosenversicherung hingegen nicht Auskünfte zu erteilen - worauf die Vorinstanz ebenfalls richtigerweise verwiesen hat (Urteil W. AG. vom 22. August 2001, C 260/00, Erw. 3). Ein gesetzlicher Informationsauftrag besteht nicht (vgl. BGE 124 V 220 Erw. 2b/aa).
5.2 Weiter behauptet die Beschwerdeführerin sinngemäss, ein Kassenmitarbeiter habe dem für sie zum damaligen Zeitpunkt die Buchhaltung erledigenden Herrn J._____ von der Firma X._____ GmbH anlässlich einer Besprechung Ende November oder anfangs Dezember 2001 im - letztinstanzlich erstmals behaupteten - Beisein ihres Bürovorstehers mitgeteilt, die Arbeitszeiterfassung der Firma (Wochenarbeitszeitvorgaben für die Mitarbeiter sowie eine Aufstellung der daraus abzuleitenden Ausfallstunden) sei zur Anspruchsbegründung ausreichend. Dem steht jedoch die an diese Besprechung anschliessende Korrespondenz des Kassenmitarbeiters mit der Beschwerdeführerin bzw. der Firma X._____ GmbH vom 19. Dezember 2001 und 10. Januar 2002 entgegen, worin zunächst die internen Stundenkontrollen erbeten und anschliessend darauf hingewiesen wurde, dass die Wochenzeitvorgaben in Kombination mit der Zusammenstellung der Ausfallstunden nicht genügen würden. Eine Auskunft im umschriebenen Sinn kann daher nicht als erstellt gelten, zumal dies von der Kasse bestritten wird. Ohne dass es weiterer Abklärungen bedürfte, muss es bei der Feststellung bleiben, dass zwar möglicherweise zumindest zwischen Herrn J._____ und der Kasse Ende November oder Anfang Dezember 2001 ein Gespräch stattgefunden hat, eine vom geltenden Recht abweichende Behandlung gebietende Auskunft aber nicht nachweisbar ist. Ob die Firma Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden konnten, wie von der Beschwerdeführerin behauptet und der Vorinstanz verneint, braucht dergestalt nicht näher geprüft zu werden.
5.3 Zuletzt kann die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass das Schreiben vom 10. Januar 2002 nicht an sie direkt, sondern an Herrn J._____ adressiert wurde, nichts zu ihren Gunsten ableiten, durfte die Verwaltung zum damaligen Zeitpunkt doch von einem Erfüllungsgehilfen ausgehen und bestand darüber hinaus ohnehin keine Informationspflicht. Diesbezüglich ist auf die vorinstanzlichen Erwägungen zu verweisen, denen nichts beizufügen ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zürich, Arbeitslosenversicherung, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 27. Mai 2004
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber:
i.V. i.V.