

200 18 646 ALV
SCP/PRN/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 12. Dezember 2018

Verwaltungsrichter Schütz, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Fuhrer
Gerichtsschreiberin Prunner

A. _____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

beco Berner Wirtschaft
Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 12. Juli 2018



Sachverhalt:

A.

Mit Revisionsverfügung vom 1. Dezember 2015 forderte das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) von der A._____ AG (Arbeitgeberin bzw. Beschwerdeführerin) unrechtmässig bezogene Schlechtwetterentschädigungen (SWE) für die Monate Dezember 2012, Februar 2013 und Februar 2015 von insgesamt Fr. 130'305.15 zurück (Akten des beco Berner Wirtschaft [beco bzw. Beschwerdegegner], Dossier Arbeitslosenkasse Bern [act. IIE] 200 - 204). Die hiergegen erhobene Einsprache wurde mit Entscheid vom 15. Februar 2016 abgewiesen (act. IIE 188 - 191), was vom Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 30. November 2017 bestätigt wurde (B-1832/2016; act. IIE 83 - 96). Dieses Urteil ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

Am 5. Februar 2018 stellte die A._____ AG, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, ein Gesuch um Erlass der Rückforderung für die Monate Dezember 2012 und Februar 2013 in der Höhe von Fr. 122'915.65 (act. IIE 14 - 22). Mit Entscheid vom 18. April 2018 wies das beco das Erlassgesuch ab, da das Fehlen einer Arbeitszeitkontrolle mindestens als grobe Nachlässigkeit der Arbeitgeberin zu qualifizieren und damit der gute Glaube als Erlassvoraussetzung zu verneinen sei (act. IIE 9 - 12). Die dagegen erhobene Einsprache (Akten des beco, Dossier Rechtsdienst [act. II] 29 - 36) wies das beco mit Entscheid vom 12. Juli 2018 ab (act. II 49 - 53).

B.

Hiergegen erhob die A._____ AG, weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt B._____, am 11. September 2018 Beschwerde. Sie beantragt die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 12. Juli 2018 sowie den Erlass der Rückerstattung von SWE in der Höhe von Fr. 122'915.65.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. November 2018 beantragt der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung vom 31. August 1983 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 12. Juli 2018 (act. II 49 - 53). Streitig und zu prüfen ist der Erlass der Rückerstattung zu Unrecht bezogener SWE im Umfang von Fr. 122'915.65. Die Rückerstattung als solche sowie über deren Höhe ist bereits rechtskräftig entschieden worden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2017, B-1832/2016; act. IIE 83 - 96), weshalb Bestand und Höhe der Rückerstattung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Sie beurteilen

offensichtlich begründete oder offensichtlich unbegründete Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 GSOG).

1.4 Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

2.

2.1 Unrechtmässig bezogene Leistungen sind zurückzuerstatten. Wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Art. 25 Abs. 1 ATSG).

2.2 Wer einen Rechtsmangel kennt, gilt diesbezüglich nicht als gutgläubig. Sodann darf sich derjenige nicht auf seinen guten Glauben berufen, dem der Mangel bei Anwendung zumutbarer Aufmerksamkeit erkennbar gewesen wäre. Dabei ist diejenige Aufmerksamkeit geboten, die nach den Umständen verlangt werden kann. Diese zivilrechtlichen Grundsätze gelten gleichermassen für den Bereich des Sozialversicherungsrechts (BGE 120 V 319 E. 10a S. 335).

Nach ständiger Rechtsprechung ist der gute Glaube als Erlassvoraussetzung nicht schon mit der Unkenntnis des Rechtsmangels gegeben. Vielmehr darf sich die Leistungsempfängerin oder der Leistungsempfänger nicht nur keiner böswilligen Absicht, sondern auch keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht haben. Daraus erhellt einerseits, dass der gute Glaube von vornherein entfällt, wenn die zu Unrecht erfolgte Leistungsausrichtung auf eine arglistige oder grobfahrlässige Melde- oder Auskunftspflichtverletzung zurückzuführen ist. Andererseits kann sich die rückerstattungspflichtige Person auf den guten Glauben berufen, wenn ihr fehlerhaftes Verhalten nur eine leichte Fahrlässigkeit darstellt. Wie in anderen Bereichen beurteilt sich das Mass der erforderlichen Sorgfalt nach einem objektiven Massstab, wobei aber das den Betroffenen subjektiv Mögliche und Zumutbare (Urteilsfähigkeit, Gesundheitszustand, Bildungsgrad usw.) nicht ausgeblendet werden darf (BGE 138 V 218 E. 4 S. 220).

Das Verhalten, welches den guten Glauben ausschliesst, braucht nicht in einer Verletzung der Melde- oder Auskunftspflicht zu bestehen. Dies ist nur eine zwar häufige, aber nicht die einzige Form eines schuldhaften Verhaltens. Vielmehr fällt auch ein anderes Verhalten in Betracht, z.B. die Unterlassung, sich bei der Verwaltung zu erkundigen (ARV 2002 S. 195 E. 2a).

2.3 Eine grosse Härte im Sinne von Art. 25 Abs. 1 ATSG liegt vor, wenn die vom ELG anerkannten Ausgaben und die zusätzlichen Ausgaben nach Abs. 4 die nach ELG anrechenbaren Einnahmen übersteigen (Art. 5 Abs. 1 der Verordnung vom 11. September 2002 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSV; SR 830.11]). Massgebend für die Beurteilung, ob eine grosse Härte vorliegt, ist der Zeitpunkt, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden ist (Art. 4 Abs. 2 ATSV).

2.4 Guter Glaube und grosse Härte sind kumulativ geforderte Voraussetzungen für den Erlass einer Rückzahlung unrechtmässig bezogener Leistungen (BGE 126 V 48 E. 3c S. 53, Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 13. Juli 2015, 8C_129/2015, E. 4).

2.5 Die Erlassmöglichkeit steht auch juristischen Personen offen (BGE 122 V 270 E. 4 S. 274; ARV 2006 S. 314 E. 3).

3.

3.1 Der Beschwerdegegner hat das Erlassgesuch aufgrund des fehlenden guten Glaubens abgewiesen und liess ungeprüft, ob die Rückerstattung der SWE für die Beschwerdeführerin auch eine grosse Härte bedeuten würde. Ausgehend vom Anfechtungsobjekt ist demgemäss nachfolgend einzig zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin die SWE für die Monate Dezember 2012 und Februar 2013 entgegen dem angefochtenen Entscheid in gutem Glauben empfangen hat (vgl. E. 2.2 hiavor).

Aufgrund der Akten bzw. des rechtskräftigen Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2017 (B-1832/2016) ist erstellt, dass die von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellten Unterlagen zur Arbeitszeiterfassung den rechtlichen Anforderungen an eine betriebliche Ar-

beitszeitkontrolle, namentlich hinsichtlich der täglich geleisteten Arbeitszeit, nicht zu genügen vermögen und gestützt darauf, die bereits gewährten SWE zu Recht zurückgefordert werden (E. 3.3 und 4.3; act. IIE 83 - 96). Es stellt sich somit die Frage, ob die Beschwerdeführerin bei genügender Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass ihre Arbeitszeiterfassungen für die Monate Dezember 2012 und Februar 2013 ungenügend sind.

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, es sei (höchstens) von einer leichten Fahrlässigkeit auszugehen. Das Arbeitszeiterfassungssystem sei insgesamt genügend gewesen für eine zuverlässige Erfassung der Arbeits- und Ausfallzeiten der Arbeitnehmer, was ihre Treuhänderin ausdrücklich bestätigt habe. Die Beschwerdeführerin, deren Organpersonen keine Juristen seien, hätten unter diesen Umständen keinen Anlass gehabt, am formellen Genügen ihres Arbeitszeiterfassungssystems zu zweifeln, zumal auch seitens des Beschwerdegegners (Arbeitslosenversicherungskasse und Kantonale Amtsstelle) während Jahren nie irgendwelche Beanstandungen erfolgt seien. Zudem sei weder im Gesetz (AVIG) noch in der dazugehörigen Verordnung (AVIV) noch in den einschlägigen Informationen der Bundesbehörden zu Handen der Arbeitgeber (Kreisschreiben des SECO und Infoservice WBF) eine klare und eindeutige Definition und Umschreibung der formellen Anforderungen an das Zeiterfassungssystem enthalten. Schliesslich habe der Beschwerdegegner seine Pflicht zur Abklärung der Eintretensvoraussetzung einer formell genügenden Arbeitszeiterfassung nicht erfüllt (Beschwerde, S. 5 ff.).

3.3 Den Akten kann entnommen werden, dass sich die Beschwerdeführerin jeweils mit dem Formular „Meldung über wetterbedingten Arbeitsausfall“ für die SWE in den hier massgebenden Monate Dezember 2012 und Februar 2013 angemeldet hat (Akten des beco, Dossier RAV-Region Bern-Mittelland [act. IIB] 2 f.; 5 f.; 8 f.; 20 f.; 66 f.; 103 f.; 113 f.; 125 f.; 140 f.; 148 f.). In den entsprechenden Formularen wird unter dem Titel „Wichtige Hinweise“ unter anderem auf das Merkblatt für die Arbeitgeber über die Schlechtwetterentschädigung verwiesen. In diesem Merkblatt bzw. der Broschüre Info-Service Arbeitgeber, Information für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, Schlechtwetterentschädigung, steht in Ziffer 7 (Wer hat keinen Anspruch auf Schlechtwetterentschädigung ?) als erster Punkt „Arbeitneh-

mende, deren Arbeitsausfall nicht bestimmbar oder deren Arbeitszeit nicht ausreichend kontrollierbar ist. Die Erfüllung dieser gesetzlichen Bestimmung setzt eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle voraus (vgl. auch Ziff. 8)⁴. In Ziffer 8 (Welche Anforderungen muss die betriebliche Arbeitszeitkontrolle erfüllen ?) steht sodann: „Für von wetterbedingten Ausfallstunden betroffene Arbeitnehmende muss eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) geführt werden, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inkl. allfälliger Mehrstunden, die wetterbedingten Ausfallstunden sowie über sämtliche übrige Absenzen wie z.B. Ferien-, Krankheits-, Unfall- oder Militärdienstabwesenheiten Auskunft gibt“.

Die Beschwerdeführerin bzw. der Verwaltungsratspräsident C. _____ (mit Einzelunterschrift; vgl. www.zefix.ch) hat die Meldeformulare vom 28. Dezember 2012 und 1. März 2013 jeweils unterzeichnet und damit bestätigt, von deren Inhalt Kenntnis genommen zu haben. Damit hätten die Organe der Beschwerdeführerin – auch als juristische Laien – bei genügender Aufmerksamkeit vom Hinweis auf die Broschüre Info-Service Arbeitgeber, Information für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, Schlechtwetterentschädigung, bzw. der Erforderlichkeit einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inklusive allfälliger Mehrstunden etc. Auskunft gibt, Kenntnis haben müssen. So wurde denn auch in den Verfügungen des Beschwerdegegners vom 11. Februar und 14. März 2013, mit welchen die hier fraglichen SWE jeweils bewilligt wurden, unter dem Titel „Wichtige Hinweise betreffend Schlechtwetterentschädigung“ nochmals darauf aufmerksam gemacht, dass für die von wetterbedingten Ausfallstunden betroffenen Arbeitnehmenden eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle geführt werden muss, welche täglich über die geleisteten Arbeitsstunden inklusive allfälliger Mehrstunden, die wirtschaftlich bedingten Ausfallstunden sowie über sämtliche Absenzen Auskunft gibt. Ferner wurde auf weitere Informationen und notwendige Formulare im Internet hingewiesen (act. IIB 68 - 70; 127 - 129). Zwar erscheint es nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wünschbar, dass die Informationsblätter und die Formulare bezüglich der Anforderungen an die betriebliche Arbeitszeitkontrolle noch deutlicher abgefasst würden, als dies der Fall ist. Daraus kann die Beschwerdeführerin jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, wurde doch vom Bundesgericht weiter festgehalten, dass die Verwal-

tung ihrer Informationspflicht gemäss Art. 27 Abs. 1 ATSG durch die Abgabe der aktuell gebräuchlichen Informationsbroschüre und den entsprechenden Hinweis im Formular in ausreichendem Masse nachkommt (vgl. Entscheid des BGer vom 19. März 2008, 8C_775/2007, E. 2.2). Die Notwendigkeit einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle (mit Angaben betreffend die geleistete [tägliche und wöchentliche] Arbeitszeit) sowie die Pflicht zur Aufbewahrung der entsprechenden Unterlagen während mindestens fünf Jahren besteht für die im ...gewerbe tätige Beschwerdeführerin – ungeachtet der Beanspruchung von SWE – zudem von Gesetzes wegen (Art. 46 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel [Arbeitsgesetz, ArG; SR 822.11] i.V.m. Art. 73 Abs. 1 [Bst. c] der Verordnung 1 vom 10. Mai 2000 zum Arbeitsgesetz [ArGV 1; SR 822.111]; vgl. auch ROLAND MÜLLER UND THOMAS OECHSLE, Die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, in: AJP 7/2007 S. 847 ff. sowie LUCA CIRIGLIANO, Die Auswirkungen fehlender Arbeitszeiterfassung auf die Kurzarbeitszeit nach Art. 31 ff. AVIG, in: Jusletter vom 15. Juli 2013, Rz. 5). Aus dem Umstand, dass in den Ausführungsbestimmungen zur SWE (Art. 65 ff. AVIV) nicht explizit auf Art. 46b Abs. 1 AVIV bzw. auf die entsprechenden Artikel des Arbeitsgesetzes und dessen Ausführungsverordnung verwiesen wird, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, zumal sich die Erforderlichkeit einer betrieblichen Arbeitszeitkontrolle – wie bereits erwähnt – aus der Informationsbroschüre SWE ergibt. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin – gerade weil sie zur Erhaltung der Arbeitsplätze auf die finanzielle Unterstützung in Form von SWE angewiesen war – hätte veranlasst sehen müssen, den Anforderungen an den Erhalt von SWE in jeder Hinsicht hohe Beachtung zu schenken und sich bei allfälligen Unklarheiten umgehend an die zuständigen Ämter zu wenden. Dies hat sie unterlassen (vgl. BGer 8C_775/2007, E. 2.1). Soweit sich die Beschwerdeführerin schliesslich auf den Vertrauensschutz beruft, weil der Beschwerdegegner auf die Gesuche für SWE eingetreten sei und sie daher davon ausgehen konnte, dass das betriebliche Arbeitszeitsystem genügend sei, vermag dies nicht zu überzeugen. Die Prüfung der ausbezahlten SWE fällt in die Zuständigkeit des SECO (Art. 110 AVIV) und nicht der Arbeitslosenkasse und der Kantonalen Amtsstelle. Somit bedeutet die Leistungszusprechung durch die Arbeitslosenkasse noch keine Anerkennung der Rechtsgültigkeit der SWE und begründet damit keinen Vertrau-

ensschutz (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. November 2017, B-1832/2016, E. 4.3.2; act. IIE 83 - 96). Somit ist der Beschwerdeführerin entgegen ihrer Auffassung nicht bloss eine leichte, sondern eine grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen.

3.4 Nach dem Dargelegten hat der Beschwerdegegner zu Recht die Voraussetzung des guten Glaubens für den Erlass der Rückerstattung verneint und auf die Prüfung der weiteren Voraussetzung der grossen Härte verzichtet (vgl. E. 2.4 hiavor). Die Beschwerde erweist sich im Lichte der Ausführungen hiavor als offensichtlich unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

4.

4.1 Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

4.2 Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG); der Beschwerdegegnerin steht praxisgemäss ebenfalls keine Parteientschädigung zu (Art. 104 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. a VRPG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.

3. Zu eröffnen (R):

- Rechtsanwalt B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
- beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
- Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Der Kammerpräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.