

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 7. Mai 2021

Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiber Imhasly

A. _____
Beschwerdeführer

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 27. Januar 2021



Sachverhalt:

A.

A._____ (Beschwerdeführer) beschäftigt gemäss eigenen Angaben sechs Stunden wöchentlich die Raumpflegerin B._____ (Arbeitnehmerin; vgl. Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst [AVA bzw. Beschwerdegegner], Dossier Arbeitslosenkasse Bern [ALK; act. II] 71). Am 31. März 2020 reichte A._____ eine Voranmeldung von Kurzarbeit „vom 6. April 2020 bis unbestimmt“ bei einem voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall von 50 % für seine Arbeitnehmerin ein (Akten des AVA, Dossier Kantonale Arbeitsstelle [KAST; act. IIA] 65). Das AVA hiess sein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung (KAE) am 22. April 2020 unter Vorbehalt der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0) gut und bewilligte KAE für die Zeit vom 1. April – 30. September 2020 (act. II 91). Unter demselben Vorbehalt hiess das AVA mit Entscheid vom 7. September 2020 (act. IIA 51) eine weitere Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit „vom 9. Juli 2020 bis auf weiteres“ (act. IIA 55) gut und bewilligte KAE vom 10. September bis zum 9. Dezember 2020 (act. IIA 51).

Anlässlich eines Telefonates mit A._____ vom 1. Dezember 2020 stellte das AVA fest, dass die gemeldete Arbeitnehmerin in seinem Privathaushalt beschäftigt wird (act. IIA 45). Mit zwei Entscheiden vom 3. Dezember 2020 (act. IIA 39, 41) zog es die Entscheide vom 22. April (act. II 91) und 7. September 2020 (act. IIA 51) in Wiedererwägung und verneinte einen Anspruch auf KAE. Gegen die Wiedererwägungsentscheide (act. IIA 39, 41) erhob A._____ mit Schreiben vom 5. Januar 2021 (Postaufgabe) Einsprache (act. IIA 19), welche das AVA mit Einspracheentscheid vom 27. Januar 2021 (act. IIA 11) abwies.

B.

Dagegen erhob A. _____ mit Eingabe vom 24. Februar 2021 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Ausrichtung von KAE für die Periode vom 1. April bis 30. November 2020 (Beschwerde S. 4).

Mit Beschwerdeantwort vom 29. März 2021 schloss der Beschwerdegegner auf 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. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 100 Abs. 3 AVIG 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 vom 27. Januar 2021 (act. IIA 11). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf KAE betreffend eine Arbeitnehmerin bei einem geltend gemachten prozentualen Arbeitsausfall von 50 % für die Zeit vom 6. April bis 30. November 2020 (Beschwerde S. 3).

1.3 Beantragt wird die Ausrichtung von KAE für die Monate April – November 2020 für insgesamt 105 Ausfallarbeitsstunden (vgl. E. 4.3 hiernach), womit der Streitwert (bei einem Bruttostundenlohn von Fr. 25.-- [act. II 41 ff.]) unter Fr. 20'000.-- liegt und die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 Abs. 1 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 Anspruch auf KAE besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG).

2.2 Der Zweck der KAE besteht darin, einerseits den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung, zu verhindern. Andererseits dient die KAE der Erhaltung der Arbeitsplätze im Interesse sowohl der Arbeitnehmenden als auch der Arbeitgebenden, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines „intakten Produktionsapparates“ über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 371 E. 3a S. 375).

2.3 Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 121 V 371 E. 2a S. 373). Der Rückgang der Nachfrage nach den

normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern oder Dienstleistungen ist für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Grundes kennzeichnend (ARV 1985 S. 112 E. 3a).

Der Begriff der wirtschaftlichen Gründe ist stets weit ausgelegt worden. Insbesondere ist es im Hinblick auf die mit der KAE angestrebte Verhütung von Arbeitslosigkeit durch den Erhalt von Arbeitsplätzen bewusst unterlassen worden, die wirtschaftlichen von den strukturellen Gründen abzugrenzen. Abgesehen davon, dass eine solche jedenfalls im Gesetzeswortlaut nicht angelegte Differenzierung sich kaum vornehmen liesse, erwiese sich der generelle Ausschluss strukturell bedingter Arbeitsausfälle auch in sozialer Hinsicht als fragwürdig (BGE 128 V 305 E. 3a S. 307; ARV 1996/97 S. 216 E. 3a).

3.

3.1 Zu prüfen ist der Anspruch auf KAE, insbesondere das Vorliegen eines anrechenbaren, auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführenden Arbeitsausfalls (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG; E. 2.3 hiervor).

3.2 Im Zusammenhang mit der KAE führte der Bundesrat während der durch das SARS-CoV-2-Virus (Coronavirus bzw. COVID-19) verursachten Pandemiesituation diverse Erleichterungen ein, wobei diese teilweise rückwirkend in Kraft gesetzt wurden (vgl. Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; AS 2020 877 {Neu: Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; vgl. Verordnung vom 7. Oktober 2020 über die Abstützung der Covid-19-Verordnungen auf das Covid-19-Gesetz, AS 2020 3971}]; Änderung vom 25. März 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1075]; Verordnung vom 8. April 2020 über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1201]; Änderung vom 20. Mai 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1777]; Änderung vom 12. August 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 3569]; Änderungen vom 28. Oktober 2020 [AS 2020 4517];

vgl. auch UELI KIESER, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in AJP 2020 S. 552 ff.). An den Anspruchsvoraussetzungen des anrechenbaren Arbeitsausfalls änderte sich jedoch nichts.

3.3 Die als Raumpflegerin im Privathaushalt des Beschwerdeführers tätige Arbeitnehmerin gehört als solche prinzipiell zu den anspruchsberechtigten Personen (vgl. Art. 31 AVIG; THOMAS NUSSBAUMER, Die Kurzarbeitsentschädigung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2403 N. 459; Staatssekretariat für Wirtschaft [SECO], AVIG-Praxis KAE, B24 [abrufbar unter: www.arbeit.swiss]). Die KAE ist jedoch auf Unternehmen beschränkt, die aufgrund wirtschaftlicher Gründe einen Arbeitsausfall erleiden (vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG; BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, Vorbemerkungen zu Art. 31 ff. N. 6; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2410 N. 479; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 274; KURT PÄRLI, Corona-Verordnungen des Bundesrates zur Arbeitslosenversicherung und zum Erwerbsausfall, in SZS 2020 S. 125; AVIG-Praxis KAE, C1 f.).

Diese Voraussetzung ist bei in Privathaushalten tätigen Arbeitnehmenden nicht erfüllt, da in diesem Bereich mangels Partizipation am Markt von vornherein kein konjunktureller bzw. struktureller Nachfrage- bzw. Umsatzrückgang eintreten kann. Ein solcher wird vom Beschwerdeführer denn auch gar nicht geltend gemacht, was die Frage aufwirft, welchen (wirtschaftlichen) Schaden die beantragte KAE überhaupt ausgleichen soll, besteht deren Zweck doch gerade darin, Unternehmen bei der Bewältigung vorübergehender wirtschaftlicher Schwierigkeiten zu unterstützen (vgl. RUBIN, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 31 ff. N. 1). Auch sind die Erhaltung eines „intakten Produktionsapparates“ (vgl. E. 2.2 hiavor) und der für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Grundes kennzeichnende Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern oder Dienstleistungen (vgl. E. 2.3 hiavor) schon begrifflich unmöglich, weil der Beschwerdeführer weder Güter noch Dienstleistungen anbietet. Er trägt mithin kein Betriebs- resp. Konkursrisiko (vgl. Weisung des SECO vom 27. August 2020: Aktualisierung „Sonderregelungen aufgrund der Pandemie“, Weisung 2020/12, S. 12 Ziff. 2.7 [abrufbar unter:

www.arbeit.swiss]; vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen BGE 145 V 84 E. 6.1.1 S. 87, 144 V 195 E. 4.2 S. 198; SVR 2019 IV Nr. 43 S. 138 E. 3).

Die behördliche Anweisung Kontakte zu minimieren hat den Beschwerdeführer dazu bewogen, sich in Isolation zu begeben und auf die Arbeitsleistung der Arbeitnehmerin teilweise zu verzichten (act. IIA 55). Die Gründe welche zur Reduktion der Arbeitszeit geführt haben, sind somit nicht wirtschaftlicher Natur, sondern haben ihren Ursprung beim Beschwerdeführer. Damit liegt kein anrechenbarer Arbeitsausfall gemäss Art. 32 AVIG vor, was nach gesetzgeberischem Willen den Anspruch auf KAE ausschliesst (vgl. E. 2.3).

3.4 Mit dem Postulat 20.3200 (abrufbar unter: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20203200>) wurde am 4. Mai 2020 ein Vorstoss eingereicht, welcher beabsichtigt, in Privathaushalten beschäftigte Personen zum Bezug von KAE zuzulassen. Der Bundesrat empfiehlt dessen Ablehnung, da Privathaushalte in der Regel keine Waren und Dienstleistungen anbieten und daher keinen Nachfragerückgang resp. wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall hinnehmen müssen. Die betroffenen Arbeitnehmer (Arbeitnehmende in Privathaushalten) können auch während der Pandemie weiterhin ihre Arbeitsleistungen erbringen. Privathaushalte sind als Arbeitgeber in allen Fällen verpflichtet, die Löhne der angestellten Personen weiter zu zahlen, auch wenn sie die Angestellten darum bitten, nicht zur Arbeit zu kommen. Das Geschäft wurde vom Parlament bisher noch nicht behandelt. Damit besteht nach geltendem Recht keine (pandemiebedingte) Ausnahmeregelung, welche den Arbeitnehmenden in Privathaushalten einen Zugang zur KAE gewährt.

4.

4.1 Weiter ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner die Entscheide vom 22. April 2020 (act. II 91) und 7. September 2020 (act. IIA 51), mittels welchen dem Beschwerdeführer grundsätzlich KAE bewilligt wurde, zu Recht in Wiedererwägung gezogen hat.

4.2 Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die Wiedererwägung dient der nachträglichen Korrektur einer ursprünglich unrichtigen Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststellung durch die Verwaltung (BGE 117 V 8 E. 2c S. 17; SVR 2019 IV Nr. 47 S. 153 E. 2.1; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 30. Oktober 2012, 9C_396/2012, E. 2.1).

Zweifellos unrichtig ist ein Verwaltungsakt gemäss Lehre und Rechtsprechung namentlich dann, wenn die massgeblichen Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 53 N. 61; MARGIT MOSER-SZELESS, in: Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, N. 72 zu Art. 53 ATSG; BGE 141 V 405 E. 5.2 S. 414, 140 V 77 E. 3.1 S. 79, 138 V 324 E. 3.3 S. 328). Massgebend für die Beantwortung der Frage nach der erheblichen Bedeutung sind nach der Rechtsprechung die gesamten Umstände des Einzelfalls, zu denen auch die Zeitspanne gehört, die seit der zu Unrecht erfolgten Leistungsgewährung verstrichen ist. Eine allgemeingültige betragliche Grenze lässt sich allerdings nicht festlegen. Die Höhe des unrechtmässig ausbezahlten Betrages ist dabei insofern von Bedeutung, als das Interesse der Verwaltung an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit in der Regel umso weniger ins Gewicht fällt, je geringer die zu Unrecht ausgerichteten Leistungen sind. Bei periodischen Leistungen wird die Erheblichkeit praktisch immer bejaht, während bei punktuellen Leistungen die Grenze praxismässig bei einigen hundert Franken liegt. Die Voraussetzung der Erheblichkeit der Berichtigung dient im Übrigen der Verwaltungs- und Prozessökonomie (BGE 107 V 180 E. 2b S. 182; ARV 2000 S. 211 E. 3b; Entscheid des BGer vom 4. Mai 2017, 8C_18/2017, E. 3.2.2).

4.3 Der Beschwerdegegner ging gestützt auf eine entsprechende telefonische Auskunft des Beschwerdeführers (act. IIA 64) bei Gutheissung der Anträge auf KAE fälschlicherweise von einem selbstständigen – am Markt teilnehmenden – Unternehmer mit Angestellten aus. Erst während eines Telefonates mit dem Beschwerdeführer am 1. Dezember 2020 (act. IIA 45)

erfuhr der Beschwerdegegner vom Umstand, dass es sich bei der für KAE angemeldeten Angestellten um die Raumpflegerin in seinem privaten Haushalt handelt. Wie vorstehend dargelegt (E. 3.3), besteht in einer solchen Konstellation unter keinen Umständen ein Anspruch auf KAE. Die Zusprache einer solchen mittels Verfügungen vom 22. April 2020 (act. II 91) bzw. vom 7. September 2020 (act. IIA 51) verletzte offensichtlich Bundesrecht und war damit zweifellos unrichtig.

Der Beschwerdeführer bezifferte die Arbeitszeit mit 6 Stunden jeden Montag und den Lohnausfall auf maximal 50 % (vgl. u.a. act. II 57 f., 61 f., 65 f., 71), woraus sich für die massgebende Periode (bis zu den Wiedererwägungsentscheiden vom 3. Dezember 2020) 105 Ausfallstunden ([6 Arbeitsstunden x 35 Montage] / 2) ergeben. Bei einem Stundenlohn von Fr. 25.-- (act. II 41; inkl. Ferienentschädigung) zzgl. 13. Monatslohn (act. II 39) resultiert ein Betrag von maximal Fr. 2'274.50 (80 % [vgl. Art. 34 Abs. 1 AVIG] von 2'843.20) welcher als KAE abgerechnet wurde. Die Berichtigung der zweifellos unrichtigen Verfügungen (act. II 91, act. IIA 51) ist unter Berücksichtigung des vierstelligen Betrages sowie der bloss kurzen Zeitspanne zwischen Bejahung der KAE und der Wiedererwägung auch von erheblicher Bedeutung (vgl. dazu BGE 107 V 180 E. 2b S. 182; ARV 2000 S. 211 E. 3b; Entscheid des BGer vom 4. Mai 2017, 8C_18/2017, E. 3.2.2), womit die Verwaltung befugt war, die Anspruchsvoraussetzung wiedererwägungsweise zu überprüfen und die ursprünglich unrichtige Rechtsanwendung zu korrigieren.

4.4 Schliesslich wendet der Beschwerdeführer gegen den angefochtenen Einspracheentscheid sinngemäss ein, er sei angesichts der rechtskräftigen Entscheide vom 22. April (act. II 91) und 7. September 2020 (act. IIA 51) von einer rechtssicheren Situation ausgegangen und daher in seinem Vertrauen zu schützen.

Dieser Einwand verfängt nicht. Wenn – wie vorliegend – die Voraussetzungen der Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG erfüllt sind, erübrigt sich grundsätzlich die im Rahmen des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes vorzunehmende Abwägung zwischen der Durchsetzung des objektiven Rechts und dem Interesse an der Bestandeskraft des in Wiedererwägung gezogenen Verwaltungsakts (vgl.

BGE 138 V 258 E. 6 S. 269; MARGIT MOSER-SZELESS, a.a.O., N. 38 f. zu Art. 53 ATSG). Vorbehalten sind nur jene Situationen, in welchen sämtliche Voraussetzungen für eine – gestützt auf den Vertrauensschutz – vom Gesetz abweichende Behandlung gegeben sind (BGE 138 V 258 E. 6 S. 269 f., 144 V 127 E. 6.4 S. 138). Inwiefern die spezifischen Voraussetzungen für den Vertrauensschutz (BGE 143 V 341 E. 5.2.1 S. 346, 131 V 472 E. 5 S. 480) vorliegend erfüllt sein sollten, macht der Beschwerdeführer nicht geltend und solches ist auch nicht erkennbar.

4.5 Der angefochtene Einspracheentscheid vom 27. Januar 2021 (act. IIA 11) ist nach dem Dargelegten nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

5.

5.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61^{fbis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

5.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist dem Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____

- Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
- Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

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.