Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess {T 7}
C 209/05

Urteil vom 10. Juli 2006
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ursprung, Bundesrichter Schön und Frésard; Gerichtsschreiber Grünvogel

Parteien
N._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Thomas Trafelet, Obere Jungfraustrasse 50, 3800 Interlaken,

gegen

beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, Laupenstrasse 22, 3011 Bern, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 20. Juni 2005)

Sachverhalt:
A.
Mit Verfügung vom 29. April 2004 verpflichtete das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) die Firma N._____ AG, die für die Zeit von Juli bis November 2003 und Februar 2004 bereits ausbezahlten Kurzarbeitsentschädigungen im Betrag von Fr. 77'168.- zurückzuerstatten. Mit Einspracheentscheid vom 2. Juni 2004 hielt es an seiner Auffassung fest. Die Rekurskommission der Eidgenössischen Volkswirtschaftsdirektion trat auf eine dagegen erhobene Verwaltungsbeschwerde nicht ein (Entscheid vom 10. September 2004).
In der Folge ersuchte die Firma um Erlass der Rückzahlung. Mit Verfügung vom 12. Oktober 2004 lehnte die kantonale Amtsstelle, das beco Berner Wirtschaft, dies ab, was es mit Einspracheentscheid vom 26. Januar 2005 bestätigte.
B.
Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 20. Juni 2005 ab.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lässt die Firma den Erlass der Rückforderung beantragen.
Beco und seco verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.
Unrechtmässig bezogene Leistungen sind gemäss Art. 25 Abs. 1 ATSG zurückzuerstatten (Satz 1); wer Leistungen in gutem Glauben empfangen hat, muss sie nicht zurückerstatten, wenn eine grosse Härte vorliegt (Satz 2; zur Rechtslage vor In-Kraft-Treten des ATSG vgl. Art. 95 Abs. 1 und 2 AVIG). Laut Art. 4 Abs. 1 ATSV wird die Rückerstattung unrechtmässig gewährter Leistungen, die in gutem Glauben empfangen wurden, bei

Vorliegen einer grossen Härte ganz oder teilweise erlassen. Abs. 2 derselben Bestimmung erklärt für die Beurteilung, ob eine grosse Härte vorliegt, den Zeitpunkt als massgebend, in welchem über die Rückforderung rechtskräftig entschieden ist. Nach Art. 4 Abs. 4 ATSV wird der Erlass auf schriftliches Gesuch gewährt (Satz 1); das Gesuch ist zu begründen, mit den nötigen Belegen zu versehen und spätestens 30 Tage nach Eintritt der Rechtskraft der Rückforderungsverfügung einzureichen (Satz 2). Sodann setzt eine erfolgreiche Berufung auf den guten Glauben voraus, dass die Firma sich keiner groben Nachlässigkeit schuldig gemacht hat (BGE 112 V 103 Erw. 2c, 110 V 180 Erw. 3c; ARV 2003 Nr. 29 S. 260 Erw. 1.2 mit Hinweisen [Urteil X. vom 12. Juni 2003, C 295/03]).

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).

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. 3a [Urteil S. vom 28. Juni 2002, I 553/01]; ARV 2001 Nr. 18 S. 162 Erw. 3b [Urteil P. Vom 5. Februar 2001, C 223/00]; alle mit weiteren Hinweisen).

3.

Zu beachten ist sodann, dass die Frage nach der Rechtmässigkeit der am 29. April 2004 verfügten Rückerstattung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sein kann. Mit rechtskräftigem Einspracheentscheid vom 2. Juni 2004 ist dieser Punkt bereits beurteilt worden. Danach hat die Rückforderung einerseits ihren Rechtsgrund darin, dass anlässlich der vom seco gestützt auf Art. 83 Abs. 1 lit. d AVIG und Art. 110 Abs. 4 AVIV am 23. April 2004 veranlassten Arbeitgeberkontrolle die Arbeitsstunden der von der Kurzarbeit betroffenen Angestellten für die Zeit von Juli bis November 2003 nicht überprüft werden konnten, da weder entsprechende Unterlagen vorgelegt noch auf Anfrage hin beigebracht wurden, weshalb ein Anspruch gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. a AVIG entfiel. Für den Monat Februar 2004 liegt der Rechtsgrund im Verschweigen der zum Zeitpunkt der Antragseinreichung auf Kurzarbeit bereits beabsichtigten Betriebsschliessung per Ende März 2004 und damit in der fehlenden Aussicht, durch Kurzarbeit Arbeitsplätze erhalten zu können, was einen Anspruch gemäss Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG ausschliesst. Diesbezüglich ist das Gericht an die Feststellungen im besagten Einspracheentscheid gebunden.

4.

Soweit die Beschwerdeführerin diese Punkte erneut zur Diskussion stellen will, indem sie insbesondere geltend macht, zum Zeitpunkt der Antragsstellung für Kurzarbeit im Februar 2004 sei die letztlich auf Mitte März 2004 vorgenommene Betriebsschliessung keineswegs absehbar gewesen, kann darüber nicht mehr befunden werden.

5.

Zu prüfen ist einzig, ob die Erlassvoraussetzungen gegeben sind.

5.1 Das kantonale Gericht ging in den Erwägungen vom Fehlen eines Unrechtsbewusstseins aus. Es sprach indessen 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.

5.2 Das kantonale Gericht hat bezogen auf die Monate Juli bis November 2003 in zutreffender Weise auf Ziffer 12 der von kantonalen Arbeitsämtern den Arbeitgebern abgegebenen Informationsbroschüre "Kurzarbeitsentschädigung", Ausgabe 2003, verwiesen, wonach die Arbeitgeber alle betrieblichen Unterlagen während fünf Jahren aufzubewahren und auf Verlangen der Ausgleichsstelle vorzuweisen haben. In der gleichen Broschüre ist in Ziffer 6 das gesetzliche Erfordernis der Bestimm- und Kontrollierbarkeit des Arbeitszeitausfalls entspre-

chend Art. 46b Abs. 1 AVIV konkretisiert: Dies setze eine betriebliche Arbeitszeitkontrolle (z.B. Stempelkarten, Stundenrapporte) voraus. In Abs. 2 dieser Verordnungsbestimmung ist übrigens auch die in Ziff. 12 der Broschüre genannte fünfjährige Aufbewahrungspflicht für die betriebliche Arbeitszeitkontrolle erwähnt.
5.3 Die Verantwortlichen der Firma hätten die Verordnung und die Informationsbroschüre konsultieren und diese mit der gebotenen Sorgfalt lesen müssen. Anhand der darin befindlichen klaren Hinweise hätten sie bei Anwendung eines Mindestmasses an Aufmerksamkeit erkennen können und müssen, dass bei einer angekündigten Arbeitgeberkontrolle sämtliche der in den letzten fünf Jahren geltend gemachten, bisher nicht kontrollierten Kurzarbeitszeiten überprüft werden können und als Beweis für den abgerechneten Arbeitszeitausfall die entsprechenden Arbeitszeitkontrollen bereitzustellen sind. Weshalb der für die Firma handelnde Direktor gestützt auf die Ankündigung der Revision und die dort gemachten Angaben zunächst von einer sich auf die den Februar 2004 beschränkenden Arbeitgeberkontrolle ausgegangen sein soll, wie nunmehr geltend gemacht, ist nicht nachvollziehbar. Statt dessen erklärte er gegenüber dem Kontrollorgan ausdrücklich, die aus dem Jahr 2003 stammenden Arbeitszeiterfassungen seien bereits vernichtet worden. Dass er sich dabei insoweit in einem Irrtum befunden hat, als die Arbeitspläne aus dieser Zeit elektronisch noch auf einem PC greifbar gewesen wären, kann im Widerspruch zu den Ausführungen in der
Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht als kleine Nachlässigkeit bezeichnet werden, wurde dadurch doch die Kontrolle verunmöglicht. Ob diese Arbeitspläne überhaupt den Anforderungen einer Arbeitszeitkontrolle genügt hätten, was im Einspracheentscheid vom 2. Juni 2004 im Sinne einer Zusatzbegründung für die Rückforderung verneint wird, ist hier nicht zu beantworten.
5.4 Demnach sind die Beschwerdeführerin und ihre verantwortlichen Organe dem unter den gegebenen Umständen gebotenen Mindestmass an Sorgfalt nicht nachgekommen, ansonsten sie anlässlich der Arbeitgeberkontrolle die notwendigen Unterlagen verfügbar gehabt hätten oder zumindest über deren Existenz (korrekt) Auskunft hätten geben können, damit zumindest die entsprechenden Massnahmen zur Beweissicherung hätten getroffen werden können. Ihr Verhalten kann nicht mehr als leichte Nachlässigkeit eingestuft werden, womit es an der Erlassvoraussetzung des guten Glaubens fehlt.
5.5 Das zur Rückforderung der Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Februar 2004 führende Fehlverhalten ist ebenfalls als grobe Nachlässigkeit einzustufen, womit auch hier der für den Erlass notwendige gute Glaube nicht gegeben ist.
Denn das jeweils von der Antrag stellenden Firma auszufüllende Formular zur Voranmeldung von Kurzarbeit verlangt unter Ziff. 10 Angaben zur voraussichtlichen Entwicklung des Geschäftsganges der nächsten vier Monate; ferner ist gemäss Ziff. 12 zu begründen, warum der Arbeitsausfall lediglich vorübergehend sein soll.
Angesichts dieser klaren Fragen hätte der dieses Formular am 1. Februar 2004 unterzeichnende Direktor der Beschwerdeführerin bei Anwendung eines Mindestmasses an Aufmerksamkeit ohne weiteres auch auf die per Ende März 2004 geplante Betriebsschliessung hinweisen müssen. Diese Nachlässigkeit ist bei der nicht das erste Mal um Kurzarbeit ersuchenden Firma als schwer einzustufen.
5.6 Erwägungen über das Vorliegen der für den Erlass zusätzlich geforderten grossen Härte erübrigen sich somit.
6.
Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Unia Arbeitslosenkasse, Zürich, und dem Staatssekretariat für Wirtschaft zugestellt.
Luzern, 10. Juli 2006

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: