

# **BGer 8C\_297/2022 vom 15. Februar 2023**

Bundesgericht, 2023-02-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_297\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_297_2022)

FR: TF 8C\_297/2022 du 15 février 2023

IT: TF 8C\_297/2022 del 15 febbraio 2023

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ), doch prüft es, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern allfällige weitere rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (vgl. BGE 147 I 73 E. 2.1; 145 V 304 E. 1.1). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 148 V 209 E. 2.2).

### **E. 2**

Streitig ist, ob die vorinstanzliche Herabsetzung der Einstellungsdauer für die Kontrollperioden Mai und Juni 2021 von je 40 auf 20 Tage vor Bundesrecht standhält. Prozessthema bildet dabei die Frage, inwiefern mit Blick auf Art. 26 Abs. 2 und Art. 45 Abs. 5 AVIV allenfalls sanktionsmindernde Umstände zu berücksichtigen sind.

### **E. 3.1**

Der Versicherte, der Versicherungsleistungen beanspruchen will, muss seine Arbeitsbemühungen gemäss Art. 17 Abs. 1 und 2 AVIG unter anderem nachweisen können und die Kontrollvorschriften des Bundesrates befolgen. Nach Art. 30 Abs. 1 lit. d AVIG ist der Versicherte beispielsweise dann in der Anspruchsberechtigung einzustellen, wenn er die Kontrollvorschriften oder die Weisungen der zuständigen Amtsstelle nicht befolgt. Art. 26 Abs. 2 AVIV sieht vor, dass der Nachweis der Arbeitsbemühungen für jede Kontrollperiode spätestens am fünften Tag des folgenden Monats oder am ersten auf diesen Tag folgenden Werktag einzureichen ist. Die Arbeitsbemühungen werden nicht mehr berücksichtigt, wenn die versicherte Person die Frist verstreichen lässt und keinen entschuldbaren Grund geltend macht. Gemäss Art. 45 Abs. 3 AVIV dauert die Einstellung 1 bis 15 Tage bei leichtem (lit. a), 16 bis 30 Tage bei mittelschwerem (lit. b) und 31 bis 60 Tage bei schwerem Verschulden (lit. c). Wird die versicherte Person wiederholt in der Anspruchsberechtigung eingestellt, so wird die Einstellungsdauer laut Art. 45 Abs. 5 AVIV angemessen verlängert. Für die Verlängerung werden die Einstellungen der letzten zwei Jahre berücksichtigt.

### **E. 3.2**

Nach der Rechtsprechung kommt es bei der Festsetzung der Einstellungsdauer auf die nach dem Gesamtverhalten der versicherten Person zu beurteilende Schwere ihres Verschuldens an (SVR 2014 ALV Nr. 11 S. 34, 8C\_257/2014 E. 4.3). Eine ausdrückliche Zuordnung zum Grad des Verschuldens (als schwer) findet sich lediglich für die Aufgabe einer zumutbaren

Arbeitsstelle ohne Zusicherung einer neuen sowie für die Ablehnung einer zumutbaren Arbeit ohne entschuldbaren Grund ( Art. 45 Abs. 4 AVIV ). Im Übrigen hat das SECO diesbezüglich weitergehende Vorgaben für die Verwaltung publiziert (AVIG-Praxis ALE). Die Verwaltungsweisungen sind für das Gericht grundsätzlich nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen ( BGE 141 V 362 E. 2.4). Gemäss Einstellraster des SECO unter Ziff. D79 der AVIG-Praxis ALE (1.E, 1-3) ist zu unterscheiden zwischen Verstössen während der Kündigungsfrist einerseits und während der Kontrollperiode andererseits. Bei zu spät eingereichten Nachweisen über die Arbeitsbemühungen während der Kontrollperiode gilt das Verschulden erstmals als leicht (5-9 Einstelltage), zweitmals als leicht bis mittel (10-19 Einstelltage) und ab dem dritten Mal ist die Sache an die kantonale Amtsstelle zum Entscheid zu überweisen.

### **E. 3.3**

Die konkrete Festlegung der Einstellungsdauer stellt eine typische Ermessensfrage dar, deren Beantwortung letztinstanzlicher Korrektur nur dort zugänglich ist, wo das kantonale Gericht das Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt hat, das heisst ein Ermessensmissbrauch oder eine Ermessensüber- beziehungsweise -unterschreitung vorliegt (vgl. BGE 137 V 71 E. 5.1; SVR 2014 ALV Nr. 11 S. 34, 8C\_257/2014 E. 3.2; Urteile 8C\_40/2019 vom 30. Juli 2019 E. 5.6; 8C\_846/2018 vom 28. März 2019 E. 4.5).

### **E. 4**

Das kantonale Gericht stellte fest, die Beschwerdegegnerin habe ihre persönlichen Arbeitsbemühungen für die Zeit vom Mai und Juni 2021 erst mit E-Mail vom 14. Juli 2021 verspätet nachgewiesen. Es sei ihr nicht wie behauptet gelungen, die fristgerechte Einreichung der Dokumente, wofür sie als Absenderin objektiv beweibelastet sei, zu belegen. Die Vorinstanz erwog, das AWA habe deren späteren Erhalt in Anwendung von Art. 26 Abs. 2 AVIV zu Recht nicht berücksichtigt und die Einstellung gestützt auf Art. 30 Abs. 1 AVIG grundsätzlich zutreffend verfügt. Ihrer Ansicht nach liess das AWA trotz zweifellos bestehender und zahlreicher vorangegangener Einstellungen allerdings Gründe, die sich sanktionsmindernd hätten auswirken müssen, zu Unrecht ausser Acht. So habe es übergangen, dass die eingereichten Unterlagen in Bezug auf die effektiv getätigten Arbeitsbemühungen weder in qualitativer noch quantitativer Hinsicht zu beanstanden seien und die Beschwerdegegnerin gesundheitlich angeschlagen gewesen sei. Vor diesem Hintergrund reduzierte das kantonale Gericht die Einstelltage jeweils um die Hälfte.

### **E. 5.1**

Mit dem vorinstanzlichen Urteil steht unbestritten fest, dass die Beschwerdegegnerin ihre Arbeitsbemühungen nicht fristgerecht innert der geltenden Kontrollperioden ( Art. 26 Abs. 2 Satz 1 AVIV ) eingereicht hatte respektive sie die vor dem kantonalen Gericht behauptete fristgerechte Einreichung nicht rechtsgenügend nachzuweisen vermochte (siehe E. 4 hiervor). Die Rechtsfolge eines verspätet erbrachten Nachweises über die Arbeitsbemühungen ist in Art. 26 Abs. 2 Satz 2 AVIV geregelt: Die Arbeitsbemühungen werden nicht mehr berücksichtigt, wenn die versicherte Person die Frist verstreichen lässt

und keinen entschuldbaren Grund geltend macht. Nach der Rechtsprechung kann ohne Nachweis eines triftigen Grundes die Einstellung des Anspruchs auf Arbeitslosenentschädigung ausgesprochen werden, wenn die Beweise nicht innerhalb der Frist von Art. 26 Abs. 2 AVIV erbracht werden, ohne dass hierfür eine Nachfrist gesetzt werden müsste. Dabei ist es unerheblich, ob die Beweise später, zum Beispiel im Einspracheverfahren, vorgelegt werden (vgl. BGE 145 V 90 E. 3.1; 139 V 164 E. 3.3; Urteil 8C\_40/2016 vom 21. April 2016 E. 4.2 mit Hinweisen).

### **E. 5.2**

Die Vorinstanz erachtete eine Reduktion der vom AWA verfügbaren Einstelltage als angezeigt, da die Beschwerdegegnerin im Mai 2021 gesundheitlich angeschlagen gewesen sei (siehe E. 4. hiervor). Laut Arztzeugnissen war sie vom 12. Mai 2021 bis 21. Mai 2021 und nochmals vom 25. Mai 2021 bis 28. Mai 2021 wegen Krankheit für insgesamt 14 Tage zu 100 % arbeitsunfähig. Jedoch stellte das kantonale Gericht nicht fest, die Beschwerdegegnerin habe die Nachweise über ihre Arbeitsbemühungen krankheitshalber nicht innert der jeweiligen Kontrollfrist eingereicht. Dies ist denn auch nicht ohne Weiteres ersichtlich, da die Beschwerdegegnerin nach ihrer Genesung ab dem 31. Mai 2021 eine ganze Arbeitswoche Zeit gehabt hätte, um die nötigen Unterlagen bis spätestens am 7. Juni 2021 ordnungsgemäss einzureichen. Ein entschuldbarer, triftiger Grund im Sinne von Art. 26 Abs. 2 AVIV (siehe E. 5.1 hiervor), welcher die verspätete Einreichung hätte sachlich erklären und objektiv rechtfertigen können, liegt somit nicht vor.

### **E. 5.3**

Das kantonale Gericht begründete die Reduktion der Einstelltage mit der angeschlagenen Gesundheit der Beschwerdegegnerin und den angeblich quantitativ und qualitativ nicht zu beanstandenden, wenn auch verspätet eingereichten, Nachweisen über die Arbeitsbemühungen. Auf die AVIG-Praxis ALE des SECO (siehe E. 3.2 hiervor) nahm es indes nicht Bezug, ohne dies zu begründen. Es übersah dabei, dass der Verwaltung bei der Sanktionszumessung ein Ermessensspielraum zukommt, den die richterliche Beschwerdeinstanz grundsätzlich zu respektieren hat, falls ein Eingreifen nicht aus triftigen Gründen angezeigt ist (vgl. Urteile 8C\_775/2012 vom 29. November 2012 E. 3.3; C 187/03 [des Eidg. Versicherungsgerichts] vom 13. Oktober 2003 E. 2.2 mit Hinweisen; siehe ferner KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 239 f.). Indem es die Krankheitsdauer von gesamthaft 14 Tagen im Mai 2021 als Grund nannte, um die vom AWA verfügbaren 40 Einstelltage um die Hälfte auf 20 Einstelltage zu reduzieren, verletzte es die in Art. 26 Abs. 2 AVIV niedergelegten Vorgaben des Bundesrechts. Hat die Krankheit nicht unmittelbar den Grund für die verspätete Einreichung der Nachweise gesetzt, kann sie aufgrund des klaren Wortlauts (vgl. BGE 144 V 224 E. 4.1) dieser Bestimmung, wonach verspätet nachgewiesene Arbeitsbemühungen nicht mehr berücksichtigt werden, in der Folge auch nicht als Grund für die Reduktion der Einstelltage dienen. Selbst wenn dies der Fall wäre, könnte eine 14 Tage dauernde Krankheit nicht als Grund für die vom kantonalen Gericht vorgenommene Herabsetzung der Einstelltage der Kontrollperiode Juni 2021 dienen.

### **E. 5.4**

Ohne entschuldbaren, triftigen Grund sind verspätet eingereichte Nachweise zudem nicht mehr inhaltlich daraufhin zu prüfen, wie die Arbeitsbemühungen in quantitativer und qualitativer Hinsicht zu beurteilen wären. Nach Ablauf der Kontrollfrist eingereichte

Nachweise über allfällig getätigte Arbeitsbemühungen bleiben diesfalls schlicht unbeachtlich (vgl. BGE 139 V 164 E. 3.1; Urteile 8C\_683/2021 vom 13. Juli 2022 E. 3.3.2; 8C\_675/2018 vom 31. Oktober 2019 E. 2.2; 8C\_239/2018 vom 12. Februar 2019 E. 3.1; 8C\_604/2018 vom 5. November 2018 E. 4.1). Der Umstand, dass die Vorinstanz trotz allem eine materielle Prüfung der Unterlagen vornahm, verletzt wiederum die in Art. 26 Abs. 2 AVIV enthaltenen Vorgaben des Bundesrechts.

#### **E. 5.5**

Das AWA begründete die Höhe der jeweils 40 Einstelltage für die Kontrollperioden Mai und Juni 2021 damit, die Beschwerdegegnerin sei wiederholt, namentlich bereits in den Kontrollperioden Oktober 2019, November 2019, Dezember 2019, Januar 2020 und Februar 2020, in der Anspruchsberechtigung eingestellt worden. Da seither noch keine zwei Jahre vergangen seien, wirke sich dies hinsichtlich Art. 45 Abs. 5 AVIV erhöhend auf die Dauer der Einstellung aus. Das neuerlich zu beanstandende Verhalten der Beschwerdegegnerin sei im unteren Bereich des schweren Verschuldens einzuordnen, weshalb 40 Einstelltage hier angemessen erschienen. Diese Festsetzung ist, nicht zuletzt unter Berücksichtigung der AVIG-Praxis ALE des SECO (siehe E. 3.2 hiavor) und angesichts der Vorgaben des Art. 45 Abs. 3 AVIV (siehe E. 3.1 hiavor), nachvollziehbar. Die Vorinstanz hingegen griff in die pflichtgemässe Ermessensausübung der Verwaltung ein und setzte ihr eigenes Ermessen ohne triftigen Grund, das heisst in unzulässiger Weise, an die Stelle desjenigen der Verwaltung (siehe E. 3.3 hiavor; vgl. BGE 137 V 71 E. 5.2; SVR 2021 ALV Nr. 10 S. 31, 8C\_214/2020 E. 3.4; SVR 2020 ALV Nr. 11 S. 35, 8C\_332/2019 E. 3.3).

#### **E. 5.6**

Zusammengefasst hätte die Vorinstanz bei korrekter Anwendung des Bundesrechts keine Gründe für eine Sanktionsminderung bejahen dürfen und hätte von einer Reduktion der Einstellungsdauer für die Kontrollperioden Mai und Juni 2021 absehen müssen. Entsprechend ist die Beschwerde gutzuheissen und das angefochtene Urteil in Bestätigung der beiden Einspracheentscheide des AWA aufzuheben.

#### **E. 6**

Die Gerichtskosten werden der unterliegenden Beschwerdegegnerin auferlegt ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Das AWA, welches in seinem amtlichen Wirkungskreis obsiegt, hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung ( Art. 68 Abs. 3 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.