

# **BGer 8C 386/2022 vom 13. September 2022**

Bundesgericht, 2022-09-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_386\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_386_2022)

FR: TF 8C 386/2022 du 13 septembre 2022

IT: TF 8C 386/2022 del 13 settembre 2022

## **Regeste**

Arbeitslosenversicherung (Kurzarbeitsentschädigung) | Arbeitslosenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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 ). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen. Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Pflicht zur Begründung der Beschwerde ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind ( BGE 141 V 234 E. 1 mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

### **E. 1.3**

Eine Beweiswürdigung ist nicht bereits dann offensichtlich unrichtig, d.h. willkürlich (zum Begriff der Willkür: BGE 147 IV 73 E. 4.1.2, 140 V 22 E. 7.3.1, 140 III 16 E. 2.1 mit Hinweisen), wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst dann, wenn der Entscheid - im Ergebnis - offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder auf einem offenkundigen Fehler beruht ( BGE 144 I 28 E. 2.4 mit Hinweisen; Urteil 8C\_518/2021 vom 16. Dezember 2021 E. 1.4).

### **E. 2.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie einen Anspruch des Beschwerdeführers auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat April 2020 in Bestätigung des Einspracheentscheids vom 12. November 2021 verneinte.

#### **E. 2.2.1**

Mit der Verordnung über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020 (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033) hat der Bundesrat Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeit eingeführt. In der Fassung vom 26. März 2020 (vgl. AS 2020 1075) bestimmte der Bundesrat in Art. 8b, dass der Arbeitgeber in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG und Art. 58 Abs. 1 bis 4 AVIV für die Anmeldung von Kurzarbeit keine Voranmeldefrist abwarten muss, wenn er beabsichtigt, für seine Arbeitnehmenden Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen (Abs. 1). In der Fassung vom 9. April 2020 (AS 2020 1201) bestimmte der Bundesrat schliesslich, dass diese (einschliesslich der bisher ergangenen Änderungen) rückwirkend per 1. März 2020 in Kraft gesetzt werde (Art. 9 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Da die vorliegende Problematik jedoch nicht die Voranmeldefrist betrifft, bildet die COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung hier keine Rechtsgrundlage.

### **E. 2.2.2**

Nach Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass ihre Arbeitsplätze durch Kurzarbeit erhalten werden können.

### **E. 2.2.3**

Gemäss Art. 38 Abs. 1 AVIG macht der Arbeitgeber den Entschädigungsanspruch seiner Arbeitnehmer sodann innert dreier Monate nach Ablauf jeder Abrechnungsperiode für den gesamten Betrieb bei der von ihm bezeichneten Kasse geltend. Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen ( Art. 32 Abs. 5 AVIG ). Die Frist zur Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs beginnt mit dem ersten Tag nach der Abrechnungsperiode ( Art. 38 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 61 AVIV ). Entschädigungen, die der Arbeitgeber nicht fristgemäss geltend macht, werden ihm nicht vergütet ( Art. 39 Abs. 3 AVIG ). Bei der dreimonatigen Frist zur Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung nach Art. 38 Abs. 1 AVIG handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die weder gehemmt noch unterbrochen werden kann, einer Wiederherstellung bei unverschuldeter Säumnis jedoch zugänglich ist ( BGE 124 V 75 E. 4b/bb, 114 V 123; ARV 2003 Nr. 27 S. 251, C 26/01 E. 2.4).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass die Voranmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ab 1. April 2020 fristgerecht erfolgt sei. Uneinig seien sich die Parteien aber darin, ob der Kurzarbeitsentschädigungsanspruch für den Monat April 2020 fristgerecht innerhalb dreier Monate, d.h. vor dem 31. Juli 2020 geltend gemacht worden sei. Die Behauptung des Beschwerdeführers, das Formular "Antrag und Abrechnung von KAE" mit dem Entschädigungsbetrag von Fr. 11'270.45 sei dem Beschwerdegegner eingereicht worden, und zwar vor Ende Juli 2020, sei nicht erstellt. Der Beschwerdeführer habe die Konsequenzen der Beweislosigkeit zu tragen. Notwendig sei ein auf feststellbare Umstände gestützter Beweis. Mit dem Eingangsstempel versehen sei einzig der Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung vom 22. März 2021, der den im April 2020 erlittenen Arbeitsausfall detailliert schildere. Ein Fehlverhalten könne dem Beschwerdegegner nicht vorgeworfen werden. Die Korrektur des formalen Fehlers hinsichtlich der separat einzureichenden Formulare zur Voranmeldung von Kurzarbeit mit je eigener

BUR-Nummer sei zudem nicht nachteilig für den Beschwerdeführer gewesen, nachdem die Einhaltung der Voranmeldefrist nicht infrage gestellt worden sei. Das Wiedererwägungsverfahren habe ferner einzig die Voranmeldung betroffen und nicht den Entschädigungsanspruch, weshalb kein Anlass bestanden habe, einen erneuten Entschädigungsantrag einzuverlangen. Hieraus lasse sich nichts für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat April 2020 ableiten.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer wendet dagegen ein, die Praxis C.\_\_\_\_\_ habe der Arbeitslosenkasse (Zahlstelle Biel) mit einfacher Post im Juli 2020 das Formular "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung" mit dem Betrag von Fr. 11'270.45 eingereicht. Die Arbeitslosenkasse habe es unterlassen, den Eingang des Formulars auf diesem zu vermerken und das Zustellkuvert mit dem Absendepoststempel aufzubewahren. Der Beschwerdegegner behaupte tatsachenwidrig, der Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung sei erstmals am 22. März 2021 - und damit zu spät - eingereicht worden. Vielmehr ergebe sich aus einer verwaltungsinternen Notiz vom 21. Dezember 2020, dass der Verwaltung die Abrechnung dazumal vorgelegen habe. Es sei höchst wahrscheinlich, dass die Abrechnung tatsächlich der Arbeitslosenkasse Biel fristwährend noch im Juli 2020 eingereicht worden sei. Die Vorinstanz habe in aktenwidriger und damit willkürlicher Weise die in der Notiz vom 21. Dezember 2020 getroffene Feststellung des Beschwerdegegners ignoriert, wonach der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt bereits abgerechnet habe. Bezüglich der E-Mail vom 1. April 2021 von D.\_\_\_\_\_, Sachbearbeiterin des Beschwerdegegners, worin diese u.a. mitgeteilt habe "Ende Juli 2020 (genaues Datum unbekannt) hat der Betrieb den Antrag für den Monat April 2020 an die ALK gesandt", habe die Vorinstanz willkürlich festgestellt, dass damit die Sachbearbeiterin lediglich die Auffassung des Beschwerdeführers wiedergebe. Überdies wäre die Wiedererwägung der Verfügung vom 21. April 2020 im Dezember 2020 ein Leerlauf gewesen, wenn die fristgemäss eingereichte Abrechnung nicht vorgelegen sei. Die Vorinstanz habe diesem Umstand in willkürlicher Weise keine Beachtung geschenkt. Ebenso wenig habe sie beachtet, dass die Buchhalterin des Beschwerdeführers, E.\_\_\_\_\_, im Dezember 2020 den Beschwerdegegner angefragt habe, ob die Abrechnung nochmals eingereicht werden müsse. Dies sei ein Hinweis dafür, dass die Abrechnung längst eingereicht gewesen sei, als die ursprüngliche Verfügung bezüglich der Voranmeldung in Wiedererwägung gezogen worden sei. Der Beschwerdegegner habe E.\_\_\_\_\_ anlässlich ihrer Anfrage nicht mitgeteilt, dass die Antragsfrist verpasst worden sei. Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, es sei höchst unbillig, die pflichtwidrige Unterlassung der Arbeitslosenkasse, auf dem erhaltenen Formular den Eingangsstempel anzubringen und das Zustellkuvert aufzubewahren, dem Beschwerdeführer anzulasten. Es könne aufgrund der ausserordentlichen Verhältnisse zufolge der Corona-Pandemie nicht kategorisch ausgeschlossen werden, dass dieser Fehler der Arbeitslosenkasse bei der Abrechnung unterlaufen sei, was die Aktenführungspflicht ( Art. 46 ATSG ) verletze. Die Vorinstanz sei dieser Möglichkeit willkürlich und in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes nicht nachgegangen. Die Verletzung von Art. 46 ATSG stelle eine Beweisvereitelung dar und führe zur Umkehr der Beweislast, was die Vorinstanz verkannt habe.

### **E. 4.1**

In tatsächlicher Hinsicht ist unbestritten und erstellt, dass am 22. März 2021 ein (undatiertes und nicht unterzeichneter) Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung mit der BUR-Nummer des Beschwerdeführers in der Höhe der geforderten Entschädigungssumme von Fr. 11'270.45 - und damit nach Ablauf der in Art. 38 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 61 AVIV verankerten Dreimonatsfrist - bei der Arbeitslosenkasse einging. Ebenso steht fest, dass die behauptete rechtzeitige Geltendmachung des Anspruchs im Juli 2020 nicht mit dem elektronischen Suchsystem "Track & Trace" der Schweizerischen Post belegt werden kann, da der Antrag gemäss dem Beschwerdeführer mittels einfacher A-Post und nicht mit A-Post plus oder eingeschrieben versandt wurde.

#### **E. 4.2**

Mit den erhobenen Einwänden lässt sich keine willkürliche Beweiswürdigung durch die Vorinstanz begründen. Diese hielt fest, dass am 21. Dezember 2020 eine neue Voranmeldung lautend auf A.\_\_\_\_\_ eingereicht worden sei, was unbestritten ist. In der internen Aktennotiz des Rechtsdienstes des Beschwerdegegners vom 21. Dezember 2020 wird festgehalten, bei der Voranmeldung für die BUR-Nummer 89476848 "steht bei der Dauer 4.04.2020-30.04.2020, da das Unternehmen nur den April abgerechnet hat. Die Wiedererwägung wird jedoch für die Daten vom März bis August gemacht". Dass die Voranmeldung in Wiedererwägung zu ziehen ist, wurde dem Beschwerdeführer mit E-Mail vom 15. Dezember 2020 durch den Rechtsdienst des Beschwerdegegners zur Kenntnis gebracht und festgehalten, dass die korrigierten Voranmeldungen für die Zeitspanne 24. März 2020 bis 31. August 2020 eingereicht werden sollen. Der fristgerechte Eingang des Antrags auf Kurzarbeitsentschädigung bei der Arbeitslosenkasse ergibt sich demnach aus der Aktennotiz vom 21. Dezember 2020 nicht zwingend, zumal diese im Zusammenhang mit der neu einzureichenden Voranmeldung ergangen ist. Dass die Vorinstanz diesbezüglich den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig erhoben haben soll, ist nicht ersichtlich. Eine willkürliche Beweiswürdigung oder eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes ist nicht auszumachen (vgl. vorstehende E. 1.3). Vor Augen zu halten gilt es, dass das Kurzarbeitsentschädigungsverfahren zweistufig ist und sich unterteilt in die bei der kantonalen Arbeitslosenkasse einzusendende Voranmeldung ( Art. 36 AVIG ) und den bei der gewählten Arbeitslosenkasse geltend zu machenden Entschädigungsanspruch. Dieser ist unabhängig von der Voranmeldung innerhalb der hierfür normierten Frist einzureichen ( Art. 38 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 61 AVIV ). Daher greift auch der Einwand nicht, dass der Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung bei der Wiedererwägung der Voranmeldung vorgelegen habe müsse und der Beschwerdegegner der Buchhalterin des Beschwerdeführers auch nicht mitgeteilt habe, dass der Antrag nochmals einzureichen sei. Mit Blick auf das zweistufige Verfahren erfolgte die Bearbeitung der Voranmeldung durch den Rechtsdienst der Arbeitslosenkasse unabhängig von der durch die Arbeitslosenkasse zu prüfende Frage der fristgerechten Einreichung des Entschädigungsantrags nach Art. 38 AVIG . Daher musste sich der Rechtsdienst auch nicht dazu äussern, ob der Antrag nach Art. 38 AVIG rechtzeitig bei der Arbeitslosenkasse eingegangen war.

#### **E. 4.3**

Einer Willkürprüfung stand hält auch die vorinstanzliche Würdigung der E-Mail vom 1. April 2021 von D.\_\_\_\_\_ an eine Arbeitskollegin. Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Sachbearbeiterin der Arbeitslosenkasse darin lediglich die Sicht des Beschwerdeführers zum Geschehensablauf wiedergebe, ist ohne Weiteres haltbar. Die Dokumentation über den vom Beschwerdeführer geschilderten Ablauf erhielt sie zuvor von

der Buchhalterin des Beschwerdeführers mit E-Mail vom 22. März 2021, worin angegeben wurde, dass gegen Ende Juli 2020 (genaues Datum sei unbekannt) die Abrechnung für die Kurzarbeitsentschädigung April an die Arbeitslosenkasse Biel gesandt worden sei. Gestützt darauf bat D. \_\_\_\_\_ ihre Arbeitskollegin um Hilfe bei dem Fall. Einleitend hielt sie fest, dass sie die Frist für den Betrieb "A. \_\_\_\_\_" für den Antrag des Monats April 2020 zu prüfen habe und gab weiter an, es sei kein entsprechender Antrag im System erfasst. Entspräche die Bemerkung, dass der Betrieb Ende Juli 2020 den Antrag für Kurzarbeitsentschädigung der Arbeitslosenkasse Biel eingereicht habe, der von ihr bestätigten Faktenlage, hätte sich eine Prüfung, ob der Antrag fristgerecht eingereicht wurde, erübrigt. Die Vorinstanz gelangte daher in haltbarer Weise zum Schluss, dass die Sachbearbeiterin hinsichtlich des Ende Juli 2020 an die Arbeitslosenkasse eingereichten Antrags für den Monat April 2020 lediglich die Ansicht des Beschwerdeführers wiedergegeben habe. Die Antwort der Arbeitskollegin lautete denn auch "Frist ist verpasst". Der Betrieb müsse belegen können, wie und wann er die Abrechnung eingereicht habe.

#### **E. 4.4**

Richtig ist zwar, dass es aufgrund der ausserordentlichen Verhältnisse zufolge der Corona-Pandemie möglich ist, dass bei der Arbeitslosenkasse in fehlerhafter Weise der Eingang des Antrags nicht registriert wurde und die eingegangenen Dokumente verlegt wurden. Ebenso möglich ist aber, dass der Beschwerdeführer den Antrag nicht bis Ende Juli 2020 eingereicht hat oder das Scheitern der fristgerechten Antragszustellung auf einen Fehler der Post zurückzuführen ist. Eine Verletzung der Aktenführungspflicht ( Art. 46 ATSG ) infolge einer pflichtwidrigen Unterlassung kann dem Beschwerdegegner jedenfalls bei dieser Sach- und Rechtslage nicht vorgeworfen werden.

#### **E. 4.5**

Die Beweislast für die Vornahme einer Parteihandlung im Verfahren trägt grundsätzlich diejenige Partei, welche sich auf diese beruft. Wird für die Übermittlung einer schriftlichen Eingabe die Post benützt, umfasst die Beweislast das Beweisrisiko für die effektive Postaufgabe ( BGE 109 Ia 183 E. 3b). Eine Umkehr der Beweislast fällt nur in Betracht, wenn die Partei den Beweis aus Gründen nicht erbringen kann, die von der Behörde zu verantworten sind ( BGE 138 V 218 E. 8.1.1), wofür hier jegliche Anhaltspunkte fehlen. Da der Antrag, wie bereits dargelegt (vorstehende E. 4.1), nicht eingeschrieben oder per A-Post plus versandt wurde, kann bei der Post auch kein Nachforschungsbegehren gestellt werden. Wird die Tatsache (wie auch das Datum) der Aufgabe einer Postsendung ohne Ausstellnachweis bestritten, muss im Zweifel aber auf die Darstellung des Empfängers abgestellt werden (Urteil 9C\_433/2015 vom 1. Februar 2016 E. 4.1 mit Hinweisen auf BGE 129 I 8 E. 2.2 und 124 V 400 E. 2a).

#### **E. 4.6**

Nach dem Gesagten durfte die Vorinstanz nach willkürfreier Beweiswürdigung die fristgerechte Einreichung des Antrags Ende Juli 2020 als unbewiesen erachten. Nachdem der Beschwerdegegner bestreitet, innert der genannten Frist den Antrag für die Kurzarbeitsentschädigung erhalten zu haben, und sich ein entsprechendes Dokument nicht bei den Akten befindet, kann ihm auch nicht im Sinne einer Verletzung der Aktenführungspflicht vorgeworfen werden, das angeblich rechtzeitig eingegangene Formular nicht mit einem entsprechenden Stempel quittiert zu haben. Deshalb besteht entgegen dem Beschwerdeführer auch kein Raum für eine Umkehr der Beweislast. Wenn

der vom Beschwerdeführer geschilderte Geschehensablauf nach den haltbaren Feststellungen im angefochtenen Urteil bloss möglicherweise zutrifft, hat er den Nachweis der tatsächlich erfolgten Postaufgabe nicht erbracht. Diese Beweislosigkeit wirkt sich zu seinen Ungunsten aus, was bedeutet, dass die Vorinstanz zu Recht den fehlenden Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat April 2020 infolge des nicht fristgerecht eingereichten Antrags vom 22. März 2021 bestätigte. Gründe für eine Wiederherstellung der Frist (vgl. Art. 41 ATSG und vorstehende E. 2.2.3) werden schliesslich nicht dargetan. Damit hat es beim vorinstanzlichen Urteil sein Bewenden.

#### **E. 5**

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG ).

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