

200 21 18 ALV  
WIS/SAW/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 29. November 2021**

Verwaltungsrichterin Wiedmer, Kammerpräsidentin  
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichterin Mauerhofer  
Gerichtsschreiberin Baumann

**A.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführer

gegen

**Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern**  
Arbeitslosenkasse, Lagerhausweg 10, 3018 Bern  
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 24. November 2020



## **Sachverhalt:**

### **A.**

A. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) betreibt eine .... Am 3. April 2020 bewilligte das Amt für Arbeitslosenversicherung (AVA), Rechtsdienst, auf "Vor Anmeldung von Kurzarbeit" hin die Kurzarbeitsentschädigung für die Dauer vom 17. März bis 16. September 2020 (Akten des AVA, Arbeitslosenkasse [Arbeitslosenkasse bzw. Beschwerdegegner], [act. II] 2) bzw. am 14. August 2020 wiedererwägungsweise vom 17. März bis 31. August 2020, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (act. II 7). Mit Verfügung vom 8. Oktober 2020 lehnte die Arbeitslosenkasse wegen verspäteter Geltendmachung den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Abrechnungsperioden März und April 2020 ab (act. II 65). Hiergegen erhob A. \_\_\_\_\_ am 21. Oktober 2020 (act. II 19) Einsprache und machte geltend, er habe die Abrechnung und die Unterlagen für die Kurzarbeitsentschädigung bereits am 29. Juni 2020 fristgerecht per A-Post zugestellt. Mit Entscheid vom 24. November 2020 (act. II 13) wies die Arbeitslosenkasse die Einsprache ab.

### **B.**

Dagegen erhob A. \_\_\_\_\_ am 6. Januar 2021 Beschwerde mit dem sinn gemässen Antrag, der angefochtene Einspracheentscheid vom 24. November 2020 sei aufzuheben und es sei für die Monate März und April 2020 Kurzarbeitsentschädigung auszurichten.

Mit Beschwerdeantwort vom 4. Februar 2021 beantragte der Beschwerdegegner, die Beschwerde sei abzuweisen.

Aufgrund der prozessleitenden Verfügung vom 27. August 2021 reichten der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 22. September 2021 und der Beschwerdegegner mit Eingabe vom 23. September 2021 je eine weitere Beilage zu den Akten (Akten des Beschwerdeführers, [act. I] 14 und Akten der Arbeitslosenkasse, [act. IIB] 1).

## **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 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 1 und Art. 119 Abs. 1 lit. b 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** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 24. November 2020 (act. II 13). Streitig und zu prüfen ist, ob für die Monate März und April 2020 Anspruch auf die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung besteht.

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 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 Kurzarbeitsentschädigung 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 Arbeitgeber macht den Entschädigungsanspruch seiner Arbeitnehmer innert dreier Monate nach Ablauf jeder Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb bei der von ihm bezeichneten Kasse geltend (Art. 38 Abs. 1 AVIG). Die Frist für die Geltendmachung des Entschädigungsanspruchs beginnt mit dem ersten Tag nach der Abrechnungsperiode (Art. 61 AVIG). Entschädigungen, die der Arbeitgeber nicht fristgemäss (Art. 38 Abs. 1 AVIG) geltend macht, werden ihm nicht vergütet (Art. 39 Abs. 3 AVIG). Die dreimonatige Frist zur Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung ist eine Verwirkungsfrist, die weder gehemmt noch unterbrochen werden kann, jedoch der Wiederherstellung bei unverschuldeter Säumnis (Art. 41 ATSG) zugänglich ist (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2424 N. 523; Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht {BGer}] vom 20. Juni 2006, C 13/06, E. 2.1).

**2.3** Schriftliche Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist dem Versicherungsträger eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 39 Abs. 1 ATSG). Grundsätzlich trägt in einem Verfahren jene Partei für die Rechtzeitigkeit einer Parteihandlung die Beweislast, welche diese Handlung vorzunehmen hat. Wenn die Ausübung eines Rechts während einer Verwirkungsfrist zu erfolgen hat, so trägt die das Recht ausübende Partei die Beweislast für die Einhaltung der Frist. Wird zur Übermittlung einer schriftlichen Eingabe die Post benützt, umfasst die Beweislast für die fristgerechte Rechtsausübung das Beweisrisiko der rechtzeitigen Postaufgabe. Eine Umkehr der Beweislast greift lediglich dann Platz, wenn die Partei den Beweis der Rechtzeitigkeit

aus Gründen nicht erbringen kann, die von der Behörde zu verantworten sind (EVG C 13/06, E. 2.3.1).

**2.4** Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhaltes genügt diesen Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429).

### **3.**

**3.1** Die dreimonatige Frist zur Geltendmachung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung lief für die Abrechnungsperioden März resp. April 2020 am 30. Juni bzw. am 31. Juli 2020 ab (vgl. E. 2.2 hiavor). Aktenkundig ist, dass der Beschwerdeführer den Antrag und die erforderlichen Unterlagen für die Kurzarbeitsentschädigung dem Beschwerdegegner am 3. September 2020 (Poststempel) mit eingeschriebener Sendung zugestellt hat (act. II 67, 85, 92). Der Beschwerdeführer bringt vor, er habe den Antrag und die entsprechenden Unterlagen bereits am 29. Juni 2020 per A-Post dem Beschwerdegegner eingereicht (vgl. Beschwerde S. 1).

**3.2** Als Träger der objektiven Beweislast (vgl. E. 2.3 hiavor) hat der Beschwerdeführer zu beweisen, dass der Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung tatsächlich bereits am 29. Juni 2020 der Post übergeben worden ist. Diesen Beweis vermag er jedoch nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. E. 2.4 hiavor) zu erbringen. Es liegen weder ein Beleg für die Postaufgabe oder eine Empfangsbestätigung des Beschwerdegegners noch andere Beweismittel vor (vgl. ergänzend auch BGE 142 V 389 E. 2.2 S. 391). Allein die Aussage des Beschwerdeführers, er habe die beiden Abrechnungen für die Monate März und April 2020 per A-Post dem Beschwerdegegner geschickt, genügt nicht. Unbehelflich ist zudem der Ein-

wand, der Zustellungsfehler könnte bei der Post oder sonst jemandem liegen (vgl. Einsprache vom 21. Oktober 2020, act. II 19 S. 2). Selbst wenn die Beweislosigkeit auf einem Fehler der Post beruhen würde, änderte sich nichts, hätte doch dafür ebenfalls der beweisbelastete Beschwerdeführer einzustehen. Er alleine hatte es in der Hand, dieses Beweisrisiko zu vermeiden, sei es durch Aufgabe einer eingeschriebenen Postsendung oder mittels rechtzeitiger Nachfrage beim Beschwerdegegner, ob der Antrag samt Unterlagen eingetroffen sei (vgl. Entscheid des EVG vom 3. Juli 2006, C 76/06, E. 2.2).

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass eine Umkehr der Beweislast lediglich dann Platz greift, wenn die Partei den Beweis der Rechtzeitigkeit aus Gründen nicht erbringen kann, die von der Behörde zu verantworten sind (vgl. E. 2.3 hiervor). Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die nicht fristgemäss erfolgte Rechtsausübung des Beschwerdeführers dem Beschwerdegegner anzulasten wäre. Mit Einsprache vom 21. Oktober 2020 (act. II 19) machte der Beschwerdeführer geltend, er habe die Abrechnungen am 29. Juni 2020 lediglich per A-Post geschickt, weil er „auf die eingeschriebene Zusendung ‚Vor Anmeldung zur Kurzarbeit‘ vom 20. März 2020 eine Info erhalten habe, dass man bitte davon absehen solle, Unterlagen eingeschrieben zu schicken“. Die Information vom 20. März 2020 (act. I 14), auf welche sich der Beschwerdeführer beruft, stammt jedoch von der B.\_\_\_\_\_ und nicht vom Beschwerdegegner. Diese kann dem Beschwerdegegner somit nicht angelastet werden. Zudem kann aus dieser Information nichts zu Gunsten des Beschwerdeführers abgeleitet werden. In dieser ging es einzig um die (Vor)anmeldung von Kurzarbeit und wie man diese per E-Mail fristwährend einreichen kann, ohne dass man daraus hätte ableiten können, für den späteren Schriftenverkehr seien keine eingeschriebenen Sendungen erwünscht. Ausserdem wurde in dieser Information darauf hingewiesen, dass „alles okay“ sei, „wenn man die automatisch generierte Eingangsbestätigung erhalte“, woraus durchaus abzuleiten war, dass ohne Eingangsbestätigung allenfalls nicht alles in Ordnung war. Ferner hielt das AVA, Rechtsdienst, mit Schreiben vom 20. September 2021 (act. IIB 1) fest, es habe keine allgemeine Information an die Betriebe gegeben, in welcher Form Unterlagen einzureichen seien. Für eine allfällige Beweislastumkehr bleibt somit kein Raum (vgl. E. 2.3 hiervor; BGE 138 V

218 E. 8.1.1 S. 223). Entschuldbare Gründe für die zu spät erfolgte Rechtsausübung des Beschwerdeführers (Art. 41 ATSG; vgl. E. 2.2 hier-vor) sind ebenfalls weder aktenkundig noch werden solche geltend gemacht.

Bei dieser Beweislage ist davon auszugehen, dass der erforderliche Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung samt den entsprechenden Unterlagen erst am 3. September 2020 und damit nicht fristgemäss eingereicht wurde. Da die objektive Beweislast beim Beschwerdeführer liegt, hat er die nachteiligen Folgen – Anspruchsverwirkung – der unbewiesenen rechtzeitigen Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung zu tragen.

**3.3** Nach dem Dargelegten vermag der Beschwerdeführer nicht mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass er den Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung für die Monate März und April 2020 rechtzeitig eingereicht hat. Folglich hat der Beschwerdegegner die strittige Kurzarbeitsentschädigung zu Recht nicht ausbezahlt. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 24. November 2020 (act. II 13) ist nicht zu beanstanden und die dagegen gerichtete Beschwerde ist abzuweisen.

#### **4.**

**4.1** Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f<sup>bis</sup> ATSG keine zu erheben.

**4.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

#### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

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

Die Kammerpräsidentin:

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.