

200 22 145 ALV  
FUE/SHE/WSI

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 17. Mai 2022**

Verwaltungsrichter Furrer  
Gerichtsschreiber Schnyder

**A. \_\_\_\_\_ AG**  
handelnd durch B. \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 1. Februar 2022



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Nachdem die A.\_\_\_\_\_ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin) bereits ab 17. März 2020 für mehrere Perioden Kurzarbeitsentschädigung abgerechnet hatte (vgl. Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [nachfolgend AVA bzw. Beschwerdegegner], Antwortbeilage [AB] 128 ff.), stellte sie am 3. November 2021 (AB 117) für den Monat Oktober 2021 Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung. Am 26. November 2021 (AB 115) teilte das AVA der A.\_\_\_\_\_ AG formlos mit, da seit April 2021 bereits Kurzarbeitsentschädigung für vier Abrechnungsperioden mit einem wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall von über 85% ausbezahlt worden und damit die maximale Bezugsdauer über dem Wert von 85% Arbeitsausfall erschöpft sei, werde der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Oktober 2021 bei einem wirtschaftlich bedingten Arbeitsausfall von 86.11% abgelehnt. Mit Verfügung vom 17. Dezember 2021 (AB 93) und Einspracheentscheid vom 1. Februar 2022 entschied das AVA wie in Aussicht gestellt (AB 58).

### **B.**

Mit Eingabe vom 7. März 2022 erhob die A.\_\_\_\_\_ AG, handelnd durch B.\_\_\_\_\_, Mitglied des ... und ... mit ..., vertreten durch Rechtsanwalt C.\_\_\_\_\_, dagegen Beschwerde. Sie beantragt, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und der Beschwerdegegner sei anzuweisen, ihr für den Monat Oktober 2021 Kurzarbeitsentschädigung auszurichten.

Der Beschwerdegegner schliesst mit Beschwerdeantwort vom 29. März 2022 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. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie 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 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; vgl. auch Postsendungsverfolgung [in den Gerichtsakten] sowie Akten des Beschwerdeführers, Beschwerdebeilage [BB] 2) 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** Anfechtungsgegenstand bildet der Einspracheentscheid vom 1. Februar 2022 (AB 58). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Oktober 2021 und hierbei, ob der Arbeitsausfall in diesem Monat mehr als 85% betrug.

**1.3** Bei einer geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Oktober 2021 von Fr. 6'070.80 (AB 118) liegt der Streitwert unter Fr. 20'000.--, weshalb 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** Vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1 S. 370, 144 V 210 E. 4.3.1 S. 213). Vorliegend ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Oktober 2021 umstritten, weshalb die in diesem Zeitraum in Kraft stehenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zur Anwendung gelangen.

**2.2** 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). Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung 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 Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung der Arbeitsplätze im Interesse sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber, 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** Innerhalb von zwei Jahren wird die Kurzarbeitsentschädigung während höchstens zwölf Abrechnungsperioden ausgerichtet. Diese Frist gilt für den Betrieb und beginnt mit dem ersten Tag der ersten Abrechnungsperiode, für die Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet wird (Art. 35 Abs. 1 AVIG).

**2.4** Der Arbeitsausfall darf während längstens vier Abrechnungsperioden 85 Prozent der normalen betrieblichen Arbeitszeit

überschreiten (Art. 35 Abs. 1<sup>bis</sup> AVIG). Gemäss dem bis am 8. April 2020 und vom 1. April bis 31. Dezember 2021 wieder in Kraft gestandenen Abs. 1 von Art. 57a AVIV besteht nur für die ersten vier Abrechnungsperioden ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall innerhalb der Rahmenfrist während mehr als vier zusammenhängenden oder einzelnen Abrechnungsperioden 85 Prozent der normalen betrieblichen Arbeitszeit überschreitet.

In Abweichung von Artikel 35 Absatz 1<sup>bis</sup> AVIG durfte der Arbeitsausfall von über 85 Prozent der normalen betrieblichen Arbeitszeit zwischen dem 1. März 2020 und dem 31. März 2021 und zwischen dem 1. Januar 2022 und dem 31. März 2022 vier Abrechnungsperioden überschreiten. Die Abrechnungsperioden für Kurzarbeitsentschädigung, für die zwischen dem 1. März 2020 und dem 31. März 2021 und zwischen dem 1. Januar 2022 und dem 31. März 2022 der Arbeitsausfall von 85 Prozent der betrieblichen Arbeitszeit überschritten wurde, werden für die Berechnung des Anspruchs von vier Abrechnungsperioden nach Artikel 35 Absatz 1<sup>bis</sup> AVIG vom 1. April 2021 bis zum 31. Dezember 2021 und ab dem 1. April 2022 nicht berücksichtigt (Art. 8g Abs. 1 und 2 der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033]).

**2.5** Der den Sozialversicherungsprozess beherrschende Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Gerichts – und der verfügenden Behörde – ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Die Parteien tragen mithin in diesem Verfahrensbereich in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheidung zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, durch die Beweismwürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429, 138 V 218 E. 6 S. 222; SVR 2021 UV Nr. 27 S. 129 E. 2.2.2). Für eine anspruchsbegründende Tatsache liegt die objektive Beweislast bei der leis-

tungsansprechenden Person (BGE 121 V 204 E. 6a S. 208). Das Sozialversicherungsrecht kennt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach im Zweifelsfalle zugunsten der versicherten Person zu entscheiden sei. Ein Anspruch auf Leistungen besteht nur, wenn die Voraussetzungen dafür mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erfüllt sind (ZAK 1983 S. 260 E. 2b).

Im Sozialversicherungsrecht gilt die Beweismaxime, wonach die sogenannten spontanen "Aussagen der ersten Stunde" in der Regel unbefangener und zuverlässiger sind als spätere Darstellungen, die bewusst oder unbewusst von nachträglichen Überlegungen versicherungsrechtlicher oder anderer Art beeinflusst sein können (BGE 143 V 168 E. 5.2.2 S. 174, 121 V 45 E. 2a S. 47).

### 3.

Aufgrund der Akten ist erstellt und wird von den Parteien zu Recht nicht bestritten, dass der Arbeitsausfall in den Abrechnungsperioden April, Mai, Juni und August 2021 – in welchen Art. 57a Abs. 1 AVIV in Kraft stand bzw. für welche keine Abweichung von Art. 35 Abs. 1<sup>bis</sup> AVIG galt (vgl. E. 2.4 hiervor) – mehr als 85% betrug (AB 225, 220, 210, 161), womit für eine weitere Abrechnungsperiode mit mehr als 85% Arbeitsausfall kein Anspruch mehr auf Kurzarbeitsentschädigung besteht (Art. 57a Abs. 1 AVIV). Umstritten und nachfolgend zu prüfen ist dagegen, ob der Arbeitsausfall für den Monat Oktober 2021 gestützt auf den Stundenrapport vom 2. November 2021 (AB 123) und das damit übereinstimmende Formular „Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung“ vom 3. November 2021 (AB 117) bei über 85% (86.11%;  $151.9 / 176.4 \times 100$ ) liegt (176.4 Sollstunden, 24.5 Ist-Stunden, 151.9 wirtschaftlich bedingte Ausfallstunden) oder ob – wie geltend gemacht (Beschwerde S. 4) – zusätzlich fünf Arbeitsstunden, die am 28. und 29. Oktober 2021 im Zusammenhang mit der Fertigstellung der Buchhaltung 2020 angefallen sein sollen, zu berücksichtigen sind, womit der Arbeitsausfall unter 85% (83.27%;  $[151.9 - 5] / 176.4 \times 100$ ) läge.

Die ausgedruckte „Whats-App“-Nachricht, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft (Beschwerde S. 4) und die mit „29. Oktober“,

„10:17“ Uhr datiert ist (BB 4), zeigt ein Foto mit einer Kiste mit fünf Bundesordnern, wobei auf den dem Betrachter zugewandten drei Orderrücken „Paypal“, „...astercard“ und „Bank Jul.-Dez. 2020“ zu lesen ist. Die unter dem Bild eingefügte Nachricht lautet: „Habe fertig (es folgen diverse sogenannte „Emoticons“) wann darf ich Dir sie vorbeibringen. (Emoticon) Gruss D.\_\_\_\_\_“. Damit sowie mit einem Ausdruck aus dem elektronischen Wochenkalender betreffend den Zeitraum vom 25. bis 31. Oktober 2021 des D.\_\_\_\_\_, wo am Donnerstag den 28. Oktober 2021 (für welchen im Stundenrapport vom 2. November 2021 ein Ausfall von 6.4 Stunden rapportiert wurde) zwischen 10.00 und 16.30 Uhr (in teilweiser Überschneidung mit dem Termin „Ausschreibung ... Passwort Safe“ von 14.00 bis 15.00 Uhr) und am Freitag, 29. Oktober 2021, zwischen 10.00 und 16.30 Uhr „Buchhaltung 2020“ eingetragen ist (BB 3), will die Beschwerdeführerin beweisen, dass ihr (einziger) Mitarbeiter D.\_\_\_\_\_ am 28. und 29. Oktober 2021 insgesamt fünf Arbeitsstunden für die Zusammenstellung der Unterlagen für die Buchhaltung aufgewendet hat (Beschwerde S. 4). Diese Arbeitsstunden seien aus Versehen nicht in den Stundenrapport eingetragen worden (Beschwerde S. 4 f.).

Mit dieser Argumentation dringt die Beschwerdeführerin nicht durch. Zwar erscheint, unter der Prämisse, dass das Beweismittel einer fachtechnischen Überprüfung standhielte, gestützt auf den Ausdruck der „WhatsApp“-Nachricht durchaus plausibel, dass – wie vorgebracht – D.\_\_\_\_\_ den Geschäftsführer darüber informiert hat, dass er die Buchhaltungsunterlagen pro 2020 zusammengestellt hatte. Diesbezügliche Weiterungen, insbesondere zur Echtheit der Nachricht, sind indes nicht angezeigt. Selbst wenn zu Gunsten der Beschwerdeführerin hiervon ausgegangen wird, fehlen jegliche Beweise für die geltend gemachte Arbeitsdauer. Ob und falls ja wie lange der Mitarbeiter mit dem Zusammenstellen der Buchhaltungsunterlagen beschäftigt war, ergibt sich weder aus der „WhatsApp“-Nachricht noch dem (jederzeit abänderbaren) elektronischen Wochenkalender. Diesbezüglich fällt einzig auf, dass gemäss Wochenkalender die Buchhaltung am 29. Oktober 2021 (erst) ab 10.00 Uhr angesetzt war, die „WhatsApp“-Nachricht indes bereits um 10.17 Uhr versendet worden sei, wobei eine Restarbeitsdauer von 17 Minuten eher unrealistisch erscheint bzw. Zweifel an der Stimmigkeit der

Eintragungen des Wochenkalenders wecken. Hinzu kommt – wie vom Beschwerdegegner zutreffend dargelegt (Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. 4) – dass die Nachmeldung der fünf Arbeitsstunden (AB 113) erst zu einem Zeitpunkt erfolgte, in dem der abschlägige Entscheid bereits in Aussicht gestellt worden war (AB 115), womit nicht mehr von einer sozialversicherungsrechtlich unbeeinflussten Aussage (vgl. E. 2.5 hiervor) ausgegangen werden kann. Mithin wäre, selbst wenn zu Gunsten der Beschwerdeführerin von Arbeiten betreffend die Buchhaltung am 28. bzw. 29. Oktober 2021 auszugehen wäre, von Beweislosigkeit hinsichtlich der Dauer auszugehen. Damit bleibt es bei den im Stundenrapport dokumentierten Angaben, womit ein Arbeitsausfall von über 85% und damit für Oktober 2021 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht.

#### **4.**

Aufgrund des Dargelegten ist der Einspracheentscheid vom 1. Februar 2022 (AB 58) 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<sup>fbis</sup> ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**5.2** Die unterliegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG)

**Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt C. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführerin
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse
  - 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

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 17. Mai 2022, ALV/22/145, Seite 10

Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.