

200 22 194 ALV
LOU/SVE/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 24. August 2022

Verwaltungsrichter Loosli
Gerichtsschreiberin Schwitter

A. _____ GmbH
vertreten durch B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern
Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 18. März 2022 (...)



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ GmbH (Beschwerdeführerin) bezweckt unter anderem den Betrieb eines ... für ... und ... sowie den Handel mit und den Verkauf von ..., ... und ... (<www.zefix.ch>). Sie betreibt das C. _____ in ... und reichte am 26. November 2021 eine Voranmeldung für Kurzarbeit für zwei Angestellte für die Zeit vom 17. November 2021 bis zum 30. September 2022 bei einem voraussichtlich prozentualen Arbeitsausfall von 60 bis 80 % ein (vgl. Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA], Dossier Kantonale Amtsstelle [KAST; act. IIA] 45-48, 57-60). Mit Entscheid vom 4. Januar 2022 (act. IIA 40-44) hielt der Rechtsdienst des AVA (Beschwerdegegner) fest, dass die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vom 26. November 2021 bis zum 25. Mai 2022 durch die Arbeitslosenkasse vorgenommen werden könne, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Nachdem die KAST den Arbeitsausfall für den Monat Dezember 2021 überprüft hatte (vgl. act. IIA 26-28), wurde der Entscheid vom 4. Januar 2022 (act. IIA 40-44) mit Entscheid vom 24. Februar 2022 (act. IIA 16-20) insofern in Wiedererwägung gezogen, als dass für den Monat Dezember 2021 die beantragte Kurzarbeitsentschädigung nicht ausbezahlt werden könne; vom 26. bis zum 30. November 2021 und vom 1. Januar bis zum 25. Mai 2022 könne die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vorgenommen werden, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Die dagegen erhobene Einsprache (act. IIA 7-9) wurde mit Entscheid vom 18. März 2022 (act. IIA 2-5) abgewiesen.

B.

Hiergegen erhob die A. _____ GmbH, vertreten durch B. _____, Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift, mit Eingabe vom 28. März 2022 Beschwerde und beantragte sinngemäss, in Aufhebung des Einspracheentseides vom 18. März 2022 sei die Kurzarbeitsentschädigung auch für den Monat Dezember 2021 auszurichten.

Der Beschwerdegegner schloss mit Beschwerdeantwort vom 2. Mai 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. 2 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 18. März 2022 (act. IIA 2-5). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Dezember 2021 betreffend zwei Arbeitnehmer bei einem geltend gemachten prozentualen Arbeitsausfall von 74.02 % (vgl. act. IIA 35).

1.3 Der Streitwert liegt mit Blick auf die AHV-pflichtige Lohnsumme der beiden Angestellten von Fr. 10'429.-- (vgl. act. IIA 34) 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 Dezember 2021 umstritten, weshalb die in diesem Zeitraum in Kraft stehenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zur Anwendung gelangen.

2.2 Im Rahmen der durch das SARS-CoV-2-Virus (Coronavirus bzw. COVID-19) verursachten Pandemiesituation wurden für den Bereich des Sozialversicherungsrechts verschiedene Verordnungen wohlfahrtsstaatlicher Ausrichtung erlassen, welche der Linderung der sozialen und wirtschaftlichen Folgen der Pandemiemassnahmen dienen (vgl. UELI KIESER, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in: AJP 2020 S. 552 ff.). Dazu gehört auch die rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft getretene Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033; in der bis 31. Dezember 2021 gültigen Fassung), mit welcher unter anderem diverse Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung eingeführt wurden. An den Anspruchsvoraussetzungen des anrechenbaren Arbeitsausfalls änderte sich jedoch nichts.

2.3 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).

2.4

2.4.1 Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein (BGE 121 V 371 E. 2a S. 373). Der Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern oder Dienstleistungen ist für das Vorliegen eines wirtschaftlichen Grundes kennzeichnend (ARV 1985 S. 112 E. 3a). Der Bundesrat regelt für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die unter anderem auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind (Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG).

2.4.2 Gemäss Ziff. 2.2 der Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) vom 1. Oktober 2021: Aktualisierung „Sonderregelungen aufgrund der Pandemie“ (SECO Weisung 2021/16) S. 10 (vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen BGE 145 V 84 E. 6.1.1 S. 87, 144 V 195 E. 4.2 S. 198; SVR 2019 IV Nr. 43 S. 138 E. 3) sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG anrechenbar. Der Arbeitgeber muss jedoch glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind. Der einfache Hinweis auf die Pandemie genügt als Begründung nicht.

Ebenso sind durch Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie als aussergewöhnliche Umstände zu betrachten, so dass Arbeitsausfälle aufgrund solcher Massnahmen unter die Sonderregelung von Art. 32 Abs. 3 AVIG fallen (vgl. SECO Weisung 2021/16 S. 11 Ziff. 2.3).

Im Rahmen abgestufter Massnahmen ist der Betrieb grundsätzlich wieder aufzunehmen bzw. weiterzuführen. Dennoch kann ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehen, wenn der Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen nur einen Teil der Arbeitnehmenden beschäftigen kann (vgl. SECO Weisung 2021/16 S. 12 Ziff. 2.5 Abs. 3).

2.5 Gemäss Art. 36 Abs. 1 AVIG muss ein Arbeitgeber, der beabsichtigt, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, dies der KAST mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Hat der Arbeitgeber die Kurzarbeit ohne entschuldbaren Grund nicht fristgemäss vorangemeldet, so wird der Arbeitsausfall nach Art. 58 Abs. 4 AVIV erst anrechenbar, wenn die für die Voranmeldung vorgeschriebene Frist abgelaufen ist.

Mit der dringlich erklärten Änderung vom 19. März 2021 wurde im Bundesgesetz vom 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) unter der Marginalie „Voranmeldung, Dauer und rückwirkende Gewährung der Kurzarbeit“ ein Art. 17b eingefügt. In dessen Abs. 1 (in Kraft vom 1. September 2020 bis zum 31. Dezember 2021 [AS 2021 153]) wurde – in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG – statuiert, dass keine Voranmeldefrist für Kurzarbeit einzuhalten ist (Satz 1).

3.

3.1 Aufgrund der Akten ist erstellt und wird von den Parteien nicht bestritten, dass der Arbeitsausfall der beiden Angestellten für die Abrechnungsperiode Dezember 2021 grundsätzlich 74.02 % betrug (vgl. act. IIA 35-38 [Sollstunden: 386.4; Ist-Stunden: 100.4; Ausfallstunden: 286]). So erreichte D. _____ (...) im Dezember 2021 bei einer Sollzeit

von 193.2 Stunden eine Ist-Zeit von 52.2 Stunden und damit 141 Ausfallstunden. E. _____ (...) kam bei einer Sollzeit von ebenfalls 193.2 Stunden auf eine Ist-Zeit von 48.2 Stunden und hatte damit 145 Ausfallstunden (act. IIA 37). Ferner ist ausgewiesen, dass das C. _____ wöchentlich während 54 Stunden geöffnet war (vgl. act. IIA 26). Mithin waren die beiden Arbeitnehmenden während rund drei Vierteln der Öffnungszeiten (vgl. act. IIA 26) nicht anwesend. Umstritten und nachfolgend zu prüfen ist, ob der Arbeitsausfall anrechenbar ist und infolgedessen ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht (vgl. E. 2.4 hiervor).

3.2 Der Geschäftsführer bringt beschwerdeweise vor, aufgrund der angeordneten Corona-Massnahmen praktisch keine Kundschaft gehabt zu haben, weshalb er die Mitarbeiter nach Hause geschickt und diese Zeit meistens alleine überbrückt habe, wobei ihm seine Ehefrau geholfen habe (vgl. Beschwerde S. 1). In der Einsprache hatte er dahingegen noch geltend gemacht, er habe den ... E. _____ für die Zeit, als er nicht da gewesen sei, meistens ersetzen können und in den letzten Monaten fast 170 % gearbeitet; um diese schwierige Zeit zu überbrücken, habe ihm seine Ehefrau am Abend jeweils geholfen (act. IIA 9). So oder anders räumt der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin damit implizit ein, die angefallenen Arbeiten – für die freigestellten Arbeitnehmer – übernommen zu haben, wobei er allein ein Pensum von rund 70 % und seine Frau ein solches von mindestens 50 % (vgl. act. IIA 4) erbracht hätten. Folglich liegt nicht ein Arbeitsausfall im eigentlichen Sinne vor. Vielmehr ist – übereinstimmend mit dem Beschwerdegegner (vgl. act. IIA 4) – erstellt, dass sowohl der Geschäftsführer als auch dessen Ehefrau ihre Arbeitspensen erhöhten und die Arbeit für die Angestellten übernahmen. Mithin ist der geltend gemachte Arbeitsausfall damit nicht auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen, sondern im Wesentlichen auf die Übertragung der fraglichen Pensen von den beiden Angestellten auf den Geschäftsführer und seine Ehefrau. Daher ist unerheblich, ob tatsächlich – wie beschwerdeweise vorgebracht (vgl. Beschwerde S. 1) – kaum ein Umsatz erzielt wurde. Denn der die beiden Angestellten betreffende Arbeitsausfall im Dezember 2021 von über 50 % ist – wie vorab dargelegt – nicht auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen. Es ist auch nicht ersichtlich und wird nicht vorgetragen, dass es den beiden

Angestellten aufgrund behördlicher Massnahmen unmöglich gewesen wäre, am Arbeitsplatz zu erscheinen.

Zusammenfassend ist der geltend gemachte Arbeitsausfall weder auf wirtschaftliche Gründe i.S.v. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG noch auf behördliche Massnahmen i.S.v. Art. 32 Abs. 3 AVIG zurückzuführen. Er ist somit nicht anrechenbar, weshalb kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Monat Dezember 2021 besteht (vgl. E. 2.3 f. hiervor).

4.

4.1 Weiter ist zu prüfen, ob der Beschwerdegegner den Entscheid vom 4. Januar 2022 (act. IIA 40-44), mittels welchem der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung grundsätzlich bewilligt worden war, mit Entscheid vom 24. Februar 2022 (act. IIA 16-20) zu Recht in Wiedererwägung zog.

4.2 Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die Wiedererwägung dient der nachträglichen Korrektur einer ursprünglich unrichtigen Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststellung durch die Verwaltung (BGE 117 V 8 E. 2c S. 17; SVR 2019 IV Nr. 47 S. 153 E. 2.1; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 30. Oktober 2012, 9C_396/2012, E. 2.1).

Zweifellos unrichtig ist ein Verwaltungsakt gemäss Lehre und Rechtsprechung namentlich dann, wenn die massgeblichen Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 4. Aufl. 2020, Art. 53 N. 61; MARGIT MOSER-SZELESS, in: Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, 2018, N. 72 zu Art. 53 ATSG; BGE 141 V 405 E. 5.2 S. 414, 140 V 77 E. 3.1 S. 79, 138 V 324 E. 3.3 S. 328). Die Wiedererwägung setzt voraus, dass die Berichtigung der zweifellos unrichtigen Verfügung von erheblicher Bedeutung ist. Massgebend für die Beantwortung dieser Frage sind nach der Rechtsprechung die gesamten Umstände des Einzelfalls, zu denen auch die Zeitspanne gehört, die seit der zu Unrecht erfolgten Leistungsgewährung verstrichen

ist. Eine allgemeingültige betragliche Grenze lässt sich allerdings nicht festlegen. Die Höhe des unrechtmässig ausbezahlten Betrages ist dabei insofern von Bedeutung, als das Interesse der Verwaltung an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit in der Regel umso weniger ins Gewicht fällt, je geringer die zu Unrecht ausgerichteten Leistungen sind. Bei periodischen Leistungen wird die Erheblichkeit praktisch immer bejaht, während bei punktuellen Leistungen die Grenze praxismässig bei einigen hundert Franken liegt. Die Voraussetzung der Erheblichkeit der Berichtigung dient im Übrigen der Verwaltungs- und Prozessökonomie (BGE 107 V 180 E. 2b S. 182; ARV 2000 S. 211 E. 3b; Entscheid des BGer vom 4. Mai 2017, 8C_18/2017, E. 3.2.2).

4.3 Mit Erlass des Entscheides vom 4. Januar 2022 (act. IIA 40-44) gewährte der Beschwerdegegner betreffend zwei Angestellte der Beschwerdeführerin unter anderem für den Monat Dezember 2021 Kurzarbeitsentschädigung unter der Voraussetzung, dass die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG, welche durch die Arbeitslosenkasse geprüft würden, erfüllt seien. Da die Beschwerdeführerin einen Arbeitsausfall von über 50 % geltend gemacht hatte, war dieser gegenüber der Arbeitslosenkasse zu begründen und mit plausiblen betrieblichen Unterlagen zu untermauern. Nicht plausibilisierte Abrechnungen über diesem Schwellenwert hatte die Arbeitslosenkasse der KAST zur Prüfung zu unterbreiten (vgl. SECO Weisung 2021/16 S. 13 Ziff. 2.5).

Im Rahmen dieser Überprüfung wurde festgestellt, dass der Arbeitsausfall von über 50 % darauf zurückzuführen war, dass sowohl der Geschäftsführer als auch dessen Ehefrau ihre Arbeitspensen erhöht hatten und deshalb der geltend gemachte Arbeitsausfall der Angestellten nicht anrechenbar ist. Wie vorstehend dargelegt (vgl. E. 3.2 hiervor), besteht in einer solchen Konstellation kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung. Die Zusprache von Kurzarbeitsentschädigung war damit zweifellos unrichtig.

Die Berichtigung ist daher unter Berücksichtigung der versicherten Verdienste der beiden Arbeitnehmer von Fr. 4'200.-- und Fr. 6'229.-- bzw. der sich daraus ergebenden potentiellen Kurzarbeitsentschädigung (act. IIA 34; Art. 34 Abs. 1 AVIG) auch von erheblicher Bedeutung (vgl. dazu BGE 107

V 180 E. 2b S. 182; ARV 2000 S. 211 E. 3b; BGer 8C_18/2017, E. 3.2.2), womit die Verwaltung befugt war, die Anspruchsvoraussetzungen wiedererwägungsweise zu überprüfen und die ursprüngliche unrichtige Rechtsanwendung zu korrigieren.

5.

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 18. März 2022 (act. IIA 2-5) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

6.

6.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61^f_{bis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

6.2 Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein 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):

- A. _____ GmbH, B. _____
- Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
- Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Der Einzelrichter:

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.