

200 16 69 ALV
LOU/PRN/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 9. Mai 2016

Verwaltungsrichter Loosli, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Fuhrer, Verwaltungsrichter Knapp
Gerichtsschreiberin Prunner

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

beco Berner Wirtschaft
Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern
Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 1. Dezember 2015



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ (Beschwerdeführerin) exportiert ... und ... sowie ... nach ... (vgl. Akten des beco Berner Wirtschaft [beco bzw. Beschwerdegegner], Dossier Arbeitslosenkasse Bern [act. IIB] 4 sowie www.zefix.ch). Aufgrund der politischen Krise in ... bzw. der verhängten Sanktionen betreffend Handel und Export gegen ... wurde der A. _____ von April bis September 2015 Kurzarbeitsentschädigung bewilligt (act. IIB 4 ff.).

Am 18. September 2015 nahm die A. _____ eine weitere Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2015 bei einem voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall von 50% für drei Arbeitnehmende vor (act. IIB 20 f.). Hiergegen erhob das beco am 8. Oktober 2015 Einspruch und führte insbesondere aus, die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Situation in ... würden für ein direkt für den Export tätiges Unternehmen nicht mehr ausserordentliche Umstände darstellen. Schwankungen in der Auftragslage und im Devisenkurs seien üblich und würden zum normalen Betriebsrisiko eines Unternehmens gehören. Davon seien alle Anbieter dieser Branche gleichermassen betroffen, weshalb der daraus entstandene Arbeitsausfall nichts Aussergewöhnliches darstelle (act. IIB 22 - 26). Die hiergegen erhobene Einsprache (Akten des beco, Dossier Rechtsdienst [act. II] 2 f.) wies das beco mit Entscheid vom 1. Dezember 2015 ab (act. II 6 - 8).

B.

Dagegen erhob die A. _____ mit Eingabe vom 5. Januar 2016 beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Entscheides und die Bewilligung der beantragten Kurzarbeitsentschädigung für die Dauer vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2015. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, sie habe mit Unterstützung der Lieferanten wie auch ihrer lokalen ... Vertriebspartnern alle möglichen Anstrengungen unternommen, um die Geschäfte an-

zukurbeln und weiter auszubauen. Leider hätte sich die politische und wirtschaftliche Situation nicht wesentlich verändert, es seien zusätzliche weitere Verzögerungen eingetreten und Projekte seien zurückgestellt worden. Die Krise in ... sei nicht vorhersehbar gewesen. Ein Krieg (wie in der ..., welcher zur Krise geführt habe) sei ein ausserordentlicher Umstand. Auch grosse Firmen würden und könnten nicht innerhalb so kurzer Zeit neue Märkte und Beziehungen aufbauen oder sich anders organisieren.

Mit Beschwerdeantwort vom 22. Februar 2016 beantragte das beco die Abweisung der Beschwerde. Der Beschwerdegegner legte insbesondere dar, der Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin sei als normales Betriebsrisiko anzusehen, da sie sich seit mehreren Jahren vornehmlich auf den Wirtschaftsraum ... konzentriere und somit das Risiko eingehe, dass bei Veränderungen der wirtschaftlichen und politischen Umstände Auftragseinbussen entstehen. Zudem halte die Krise zwischen ... und der ... mit den daraus folgenden Sanktionen gegen ... bereits seit 2014 an und sei daher nicht mehr ausserordentlich.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom 11. Juni 2009 (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 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 25. Juni 1982 [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzentschädigung vom 31. August 1983 [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 über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 1. Dezember 2015 (act. II 6 - 8). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung für drei Angestellte in der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2015.

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 Umstand, dass ein Arbeitgeber in der Vergangenheit wiederholt Kurzarbeit eingeführt hat, erlaubt für sich allein nicht den Schluss, dass ein neuerlicher Arbeitsausfall nicht vorübergehend sein werde und dass mit der Kurzarbeit die Arbeitsplätze nicht erhalten werden könnten (ARV 1995 S. 112). Beim Entscheid, ob die Voraussetzungen des Art. 31 Abs. 1 lit. d AVIG gegeben sind, ist davon auszugehen, dass ein Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend sein wird und die Arbeitsplätze erhalten werden

können, solange nicht konkrete Sachverhalte vorliegen, welche die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen (BGE 111 V 379 E. 2b S. 386 = Pra 1988 Nr. 26; ARV 1989 S. 124 E. 3a). Dabei sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der angefochtenen Einspruchsverfügung prospektiv zu beurteilen (BGE 121 V 371 E. 2a S. 373).

2.3 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 Begriff der wirtschaftlichen Gründe ist stets weit ausgelegt worden. Insbesondere ist es im Hinblick auf die mit der Kurzarbeitsentschädigung angestrebte Verhütung von Arbeitslosigkeit durch den Erhalt von Arbeitsplätzen bewusst unterlassen worden, die wirtschaftlichen von den strukturellen Gründen abzugrenzen. Abgesehen davon, dass eine solche jedenfalls im Gesetzeswortlaut nicht angelegte Differenzierung sich kaum vornehmen liesse, erwiese sich der generelle Ausschluss strukturell bedingter Arbeitsausfälle auch in sozialer Hinsicht als fragwürdig (BGE 128 V 305 E. 3a S. 307; ARV 1996/97 S. 216 E. 3a).

2.4 Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und darum grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG). Der Begriff "normales Betriebsrisiko" darf nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemein gültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall aufgrund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen. Mit dem normalen Betriebsrisiko sind die "gewöhnlichen" Arbeitsausfälle gemeint, mithin jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind (BGE 138 V 333 E. 4.2.2 S. 337; ARV 2004 S. 128 E. 1.3). So gehört nach

der Rechtsprechung auch der Verlust eines Hauptkunden (Klumpenrisiko) zum normalen Betriebsrisiko (ARV 2011 S. 69 E. 4.4, 2008 S. 159 E. 2.3).

2.5 Ein im Sinne von Art. 32 AVIG an sich anrechenbarer Arbeitsausfall verleiht dann keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a S. 374).

Die auf behördlich angeordnete Produktionseinschränkungen zurückzuführenden Arbeitsausfälle sind dann branchenüblich, wenn sie sowohl im Grundsatz als auch im Ausmass nicht aussergewöhnlich, mithin voraussehbar waren und im Rahmen der Unternehmensstrategie berücksichtigt werden konnten (ARV 1996/97 S. 219 E. 5).

3.

3.1 Zu prüfen ist zunächst, ob die Arbeitsausfälle der Beschwerdeführerin anrechenbar sind (vgl. E. 2.1 hiavor).

3.2 Gestützt auf die Akten ist erstellt und von den Parteien denn auch nicht bestritten, dass die Arbeitsausfälle der Beschwerdeführerin auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen (vgl. E. 2.3 hiavor) und daher grundsätzlich anrechenbar sind. Vorbehalten bleiben Arbeitsausfälle, welche unter das normale Betriebsrisiko fallen bzw. die als branchen-, berufs- oder betriebsüblich zu betrachten sind (vgl. E. 2.4 f. hiavor). Zwischen den Tatbeständen von Art. 33 Abs. 1 lit. a und b AVIG besteht eine enge Verwandtschaft, weshalb im Einzelfall eine Abgrenzung oft unterbleiben kann (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2413 N. 486). Bei der Beurteilung sowohl des normalen Betriebsrisikos als auch der Branchen-, Berufs- oder Betriebsüblichkeit kommt der Vorhersehbarkeit des Arbeitsausfalls massgebende Bedeutung zu. Von der Verneinung des normalen Betriebsrisikos oder fehlender Branchen-, Berufs- oder Betriebsüblichkeit des Arbeitsausfalls kann nur

gesprächen werden, wenn er auf ausserordentliche oder aussergewöhnliche Umstände zurückzuführen ist (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2412 f. N. 485 f.).

Dieser Vorbehalt gilt nicht nur bei Arbeitsausfällen aus wirtschaftlichen Gründen gemäss Art. 32 Abs. 1 AVIG, sondern auch bei Härtefällen im Sinne von Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV (BGE 138 V 333 E. 4.2.1 S. 336). Laut Art. 32 Abs. 3 AVIG regelt der Bundesrat für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen die (unter anderem) auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind. Dabei sind insbesondere Arbeitsausfälle anrechenbar, welche durch Ein- oder Ausfuhrverbote für Rohstoffe oder Waren verursacht wurden (Art. 51 Abs. 2 lit. a AVIV).

Die Frage, ob und in welchem Ausmass die Erschwernisse im Handel und Export mit ... auf die durch die Schweiz direkt verhängten Sanktionen gegen ... (vgl. Verordnung vom ... 2014 über ... [SR ...]) oder indirekt auf die durch die EU verhängten Sanktionen (vgl. <http://...>) oder gar auf das von ... als Reaktion auf die Sanktionen verhängte Importverbot für Lebensmittel aus der EU (vgl. <http://www....>) zurückzuführen sind und insofern als behördliche Massnahmen einzustufen wären, kann vorliegend offen gelassen werden. Denn wie nachfolgend dargelegt wird, stehen die Arbeitsausfälle unter dem Vorbehalt des normalen Betriebsrisikos bzw. der Betriebsüblichkeit (vgl. ARV 1987 Nr. 8 S. 83 E. 2b).

3.3 Die Beschwerdeführerin fokussiert ihre Tätigkeit ausschliesslich auf den Export und zusätzlich auf ein einziges Exportland. Dieses Vorgehen ist vergleichbar mit dem sog. Klumpenrisiko, wie es die Abhängigkeit von einem Grosskunden darstellt (vgl. E. 2.4 hiavor). Bei der Einschränkung der Geschäftstätigkeit auf einen isolierten Absatzmarkt im Ausland (z.B. durch Kurs- oder Konjunkturschwankungen, politisch motivierte Sanktionen oder behördliche Massnahmen) musste die Beschwerdeführerin damit rechnen, bei wirtschaftlich oder politisch schwierigen Zeiten in ... unmittelbar mit einer grossen Auftragseinbusse konfrontiert zu sein (vgl. ARV 2011 S. 73 E. 3.3). So erlaubt es eine solche Geschäftsstrategie nur bedingt, rasch auf die Absatzschwankungen zu reagieren. Entsprechende Schwankungen sind zwar nicht konkret voraussehbar, aber der Exporttätigkeit inhärenten und bilden insofern ein normales Betriebsrisiko (vgl. E. 2.4 hiavor) bzw.

sind für eine ausschliesslich im Export in ein einzelnes Land tätige Firma betriebsüblich. Die Arbeitsausfälle hätten somit im Rahmen der Unternehmensstrategie berücksichtigt werden müssen, was jedoch von der Beschwerdeführerin - trotz des offensichtlichen Klumpenrisikos - nicht gemacht wurde (vgl. E. 2.5 hiervor). Soweit die Beschwerdeführerin in der Voranmeldung noch einen Kurseinbruch bzw. eine Währungskrise Rubel/Euro vorbrachte (act. IIB 4), ist dem entgegenzuhalten, dass eine Schwankung des Devisenkurses im Allgemeinen ebenfalls unter das normale Betriebsrisiko fällt (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 28. September 2012, 8C_267/2012, E. 3.6).

3.4 Nach dem Gesagten sind die Absatzschwierigkeiten der Beschwerdeführerin aufgrund der politischen und wirtschaftlichen Situation in ... als normales Betriebsrisiko bzw. als branchen-, berufs- oder betriebsüblich zu betrachten, womit die Arbeitsausfälle der Beschwerdeführerin in der Zeit von Oktober bis Dezember 2015 - sowohl im Rahmen von Art. 32 Abs. 1 AVIG als auch Art. 32 Abs. 3 AVIG - nicht angerechnet werden können.

Darüber hinaus bleibt darauf hinzuweisen, dass in absehbarer Zeit überwiegend wahrscheinlich keine Verbesserung der politischen und wirtschaftlichen Situation in ... zu erwarten ist. Aus diesem Grund kann nicht (mehr) von einem vorübergehenden Arbeitsausfall gesprochen werden (vgl. E. 2.2 hiervor). Auf diesen Umstand wurde die Beschwerdeführerin denn auch bereits im Einspruch vom 18. Juni 2015 hingewiesen (act. IIB 14).

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 1. Dezember 2015 erweist sich daher als rechtens und die Beschwerde ist abzuweisen.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

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. _____
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung
 - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Kammerpräsident:

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.