

200 17 59 ALV
SCJ/PRN/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 21. Juni 2017

Verwaltungsrichter Scheidegger, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Fuhrer, Verwaltungsrichter Schwegler
Gerichtsschreiberin Prunner

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt und Notar B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 2. Dezember 2016



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ (Beschwerdeführerin) bezweckt unter anderem die Herstellung und Montage von ...produkten sowie Erzeugnissen ähnlicher Fachrichtungen (Akten des beco Berner Wirtschaft [beco bzw. Beschwerdegegner], Dossier Kantonale Amtsstelle [act. IIB] 6 sowie www.zefix.ch). Am 16. August 2016 reichte die A. _____ eine Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. September 2016 bis 28. Februar 2017 bei einem voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall von 60% für 51 Arbeitnehmende ein. Zur Begründung brachte sie vor, die Auftragslage habe sich aufgrund eines tiefen Bestellungseinganges der C. _____ in ..., für welche sie ... und ... herstelle und die mit einem Umsatzanteil von 40,5% ihr grösster Kunde sei, markant verschlechtert (act. IIB 7 - 12). Nach Einholung weiterer Informationen (act. IIB 17 f., 29) erhob das beco gegen die Voranmeldung am 1. September 2016 Einspruch. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Arbeitsausfall der A. _____ gehöre zum normalen Betriebsrisiko (act. IIB 31 - 35). Die hiergegen erhobene Einsprache (act. IIB 67 - 72) wies das beco - nach Vornahme weiterer Abklärungen (act. IIB 99 - 101) - mit Entscheid vom 2. Dezember 2016 ab (act. IIB 102 - 105).

B.

Dagegen erhob die A. _____, vertreten durch Rechtsanwalt und Notar B. _____, mit Eingabe vom 19. Januar 2017 beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde und stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Der Einspracheentscheid der beco Berner Wirtschaft vom 2. Dezember 2016 (ER RD 1504/2016, BUR-Nr. 52201391) sei aufzuheben.
2. Der Anspruch auf Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung der Beschwerdeführerin sei gutzuheissen.
3. Die Angelegenheit ist an die Beschwerdeführerin (richtig: Beschwerdegegnerin) zurückzuweisen mit der Auflage, die Kurzarbeitsentschädigung antragsmässig auszurichten.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Zur Begründung liess die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vorbringen, sie habe keine bewusste und betriebswirtschaftlich motivierte Entscheidung getroffen, lediglich für drei Grosskunden und dabei zum überwiegenden Teil für die C._____ zu liefern. Sie sei ungewollt und aus von ihr nicht zu verantwortenden Gründen wirtschaftlich in eine gewisse Abhängigkeit geraten, aus der sie sich befreien wolle und dafür seit Jahren auch grosse Anstrengungen bei der Akquisition von Neukunden unternahme. Das „Klumpenrisiko“ sei eine unvermeidbare Tatsache. Der Arbeitsausfall sei sodann nicht vorhersehbar gewesen. Er basiere zu einem grossen Teil auf einer Fehleinschätzung bzw. einer nicht eingehaltenen Zusicherung der C._____ und stelle kein normales Betriebsrisiko dar. Auch sei der Betriebsausfall nicht branchen-, berufs- oder betriebsüblich. Weiter wird eine Verletzung von Treu und Glauben geltend gemacht, da die Anträge auf Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung in den Jahren 2010 und 2014 bei fast identischer Ausgangslage angenommen worden seien. Schliesslich machte die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf einen Härtefall geltend, die Euro-Schwäche habe aufgrund des daraus resultierenden Margenschwundes einen indirekten Einfluss auf den anrechenbaren Arbeitsausfall.

Mit Beschwerdeantwort vom 20. März 2017 beantragte das beco die 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 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 2. Dezember 2016 (act. IIB 102 - 105). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung für 51 Angestellte in der Zeit vom 1. September 2016 bis 28. Februar 2017.

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 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).

2.3 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).

2.4 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).

2.5 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).

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

3.1 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. 2.2 hiavor) und daher grundsätzlich anrechenbar sind. Diesbezüglich bleibt zu erwähnen, dass der von der Beschwerdeführerin - erstmals in der Einsprache (act. IIB 67 - 72) - erwähnte Margenverlust aufgrund der Euro-Schwäche nicht zum Arbeitsausfall hinzugerechnet werden kann. So hat der Devisenkurs vorliegend zwar Auswirkungen auf die Marge der Produkte, die Auftragslage an sich wurde dadurch jedoch im vorliegenden Fall nicht tangiert, was von der Beschwerdeführerin im Fragebrief vom 19. August 2016 (act. IIB 17 f.) und in der E-Mail vom 29. August 2016 (act. IIB 29) bestätigt worden ist. Insofern gelangen in diesem Zusammenhang auch die Bestimmungen zum Härtefall im Sinne von Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV nicht zur Anwendung.

Es bleibt zu prüfen, ob der Arbeitsausfall durch den tiefen Bestellungseingang der C._____ als normales Betriebsrisiko (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) oder als branchen-, berufs- oder betriebsüblich (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG) zu betrachten ist, womit ein nicht anrechenbarer Arbeitsausfall ge-

geben wäre (vgl. E. 2.3 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 gesprochen werden, wenn er auf ausserordentliche oder aussergewöhnliche Umstände zurückzuführen ist (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2412 f. N. 485 f.).

3.2 Die Beschwerdeführerin stellt im wichtigsten Geschäftsbereich ... für drei Hauptkunden - C._____, D._____ und E._____ - her. Die C._____, welche ihrerseits in Länder ... liefert (act. IIB 95 f.), ist mit einem Umsatzanteil von 40,5% ihr grösster Kunde (act. IIB 8). Bei dieser Ausgangslage ist die Beschwerdeführerin das Risiko eingegangen, bei einer Veränderung der Verhältnisse bei der C._____ auf einen Schlag mit einer grossen Auftragseinbusse konfrontiert zu sein. Dieses Abhängigkeitsverhältnis wird von der Beschwerdeführerin denn auch selber bestätigt (act. IIB 8). Gemäss Rechtsprechung beinhaltet die Geschäftsbeziehung mit einem Hauptkunden - selbst bei gutem Einvernehmen - denn auch das vorhersehbare Risiko, bei veränderten politischen oder wirtschaftlichen Verhältnissen einen Umsatzeinbruch zu erleiden (vgl. Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 17. Januar 2008, 8C_279/2007, E. 2.3). Darunter fällt vorliegend auch die Verzögerung einiger Projekte bei der C._____ aufgrund des Krieges zwischen ... und ... (vgl. act. IIB 99 f.). Die Beschwerdeführerin ist folglich ein Klumpenrisiko eingegangen, weshalb der Rückgang der Aufträge durch die C._____ rechtsprechungsgemäss zum normalen Betriebsrisiko gehört (vgl. E. 2.3 hiavor).

Die von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwände vermögen daran nichts zu ändern. Soweit sie vorbringt, sie habe ihre Geschäftstätigkeit nicht freiwillig auf lediglich drei Grosskunden und dabei überwiegend auf die C._____ ausgerichtet und daraus einen Anspruch ableitet, kann ihr

nicht gefolgt werden. Mit diesem Argument weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass der Kundenkreis auf dem Markt mit ... relativ klein und dementsprechend auch die Gewinnung neuer Kunden schwierig ist. Damit wird jedoch gerade eine branchenübliche und somit vorhersehbare Tatsache erwähnt, weshalb ein entsprechender Arbeitsausfall als nicht anrechenbar zu qualifizieren ist (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Der Umstand, dass die C._____ zu Beginn des Jahres 2016 ein grosses Auftragsvolumen in Aussicht gestellt hat und der Beschwerdeführerin - ohne jedoch rechtsverbindliche Garantien abzugeben - empfahl, die (personellen) Kapazitäten zu erhöhen, ändert nichts daran, dass die Beschwerdeführerin mit der Bindung an einen Hauptkunden das Risiko einging, bei einem Verlust oder der Reduktion dieser Geschäftsbeziehung - vorliegend ist die Bestellung fast gänzlich ausgeblieben - einen Arbeitsausfall zu erleiden (vgl. dazu Entscheidung des BGer vom 19. Juli 2010, 8C_291/2010, E. 4.4). Sodann liegt auch keine Verletzung von Treu und Glauben vor. Daraus, dass die Beschwerdeführerin in der Vergangenheit wiederholt Kurzarbeitsentschädigungen erhalten bzw. der Beschwerdegegner keinen Einspruch gegen die jeweiligen Voranmeldungen von Kurzarbeit erhoben hat, lässt sich nicht ohne Weiteres ein Anspruch auf erneute Ausrichtung ableiten. Es sind vielmehr die konkreten Verhältnisse im aktuellen Zeitpunkt zu beurteilen (vgl. E. 2.5 hiervoor).

3.3 Nach dem Gesagten ist der Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin aufgrund des tiefen Bestellungseingangs ihrer Hauptkundin als normales Betriebsrisiko bzw. als branchen-, berufs- oder betriebsüblich zu betrachten und damit nicht anrechenbar.

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. Dezember 2016 (act. IIB 102 - 105) erweist sich somit als rechtens und die dagegen erhobene 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):
 - Rechtsanwalt und Notar B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - 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.