

200 17 93 ALV
KOJ/GET/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 23. Mai 2017

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Schwegler, Verwaltungsrichter Knapp
Gerichtsschreiber Germann

A. _____
vertreten durch Fürsprecher B. _____,
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 14. Dezember 2016



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ bezweckt die Ausführung von ...-, ...- und ... sowie von aller Art (vgl. Akten des beco Berner Wirtschaft [nachfolgend beco bzw. Beschwerdegegner], Dossier kantonale Amtsstelle [act. IIA] 8; www.zefix.ch).

Am 19. September 2016 reichte die A. _____ beim beco (als kantonale Amtsstelle) eine Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 19. September 2016 bis 31. Januar 2017 bei einem voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall von 50% für den Gesamtbetrieb (16 Arbeitnehmende) ein (act. IIA 11-13). Sie begründete ihre Eingabe mit der Verschiebung und Nichtrealisierung von Projekten und den immer kurzfristigeren Auftragserteilungen (act. IIA 11; 30-31). Mit Entscheid Nr. ... vom 30. September 2016 (act. IIA 32-36) erhob das beco Einspruch gegen die Ausrichtung der beantragten Kurzarbeitsentschädigung. In der Begründung hielt es fest, Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf seien im Bau- und Baunebengewerbe üblich; auch Terminverschiebungen aufgrund eines Rechtsstreits gehörten zum normalen Betriebsrisiko, weshalb der darauf zurückzuführende Arbeitsausfall betriebsüblich und nicht anrechenbar sei. Somit könne vom 19. September 2016 bis 31. Januar 2017 keine Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt werden. Die dagegen erhobene Einsprache (act. IIA 47-53) wies das beco mit Einspracheentscheid vom 14. Dezember 2016 (act. IIA 58-61) ab.

B.

Mit Eingabe vom 27. Januar 2017 erhob die A. _____ (nachfolgend Beschwerdeführerin), vertreten durch Fürsprecher B. _____, Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Sie stellt die folgenden Anträge:

Es sei der Einspracheentscheid vom 14. Dezember 2016 aufzuheben und es sei der Beschwerdeführerin vom 19. September 2016 bis 31. Januar 2017 Kurzarbeitsentschädigung auszurichten.

Eventualiter: Es sei der Einspracheentscheid vom 14. Dezember 2016 aufzuheben und es seien die Akten zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

- unter Entschädigungsfolgen inkl. MWSt -

In der Begründung bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, entgegen dem beco gehe es vorliegend nicht bloss um übliche Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf, sondern um einen ausserordentlichen Rückgang der Nachfrage im Vergleich zu den Vorjahren. So sei der Umsatzliste der Beschwerdeführerin vom 27. Oktober 2016 zu entnehmen, dass der Umsatz des 3. Quartals 2016 von gut Fr. 1'100'000.-- (3. Quartal 2015) bzw. knapp Fr. 1'100'000.-- (3. Quartal 2014) um mehr als einen Drittel auf rund Fr. 730'000.-- eingebrochen sei. Noch drastischer verhalte es sich im Monat Oktober 2016, in welchem der Umsatz von gut Fr. 340'000.-- (Oktober 2015) bzw. knapp Fr. 520'000.-- (Oktober 2014) gar auf rund Fr. 175'000.-- gesunken sei. Indem das beco derartige Schwankungen als „branchen- und betriebsüblich“ erachte, verletze es Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG. Vielmehr handle es sich um einen ausserordentlichen Rückgang in der Nachfrage im Vergleich zu den Vorjahren, wobei es der Bauwirtschaft im Allgemeinen ansonsten ausgezeichnet gehe.

Mit Beschwerdeantwort vom 30. März 2017 beantragt der Beschwerdegegner 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 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 14. Dezember 2016 (act. IIA 58-61). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Gesamtbetriebs der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 19. September 2016 bis 31. Januar 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). Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er – kumulativ – auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG; BGE 121 V 371 E. 2a S. 373).

2.2

2.2.1 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). 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).

2.2.2 Ein im Sinne von Art. 32 AVIG an sich anrechenbarer Arbeitsausfall verleiht auch 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).

Wie das Bundesgericht in zahlreichen Fällen erkannt hat, sind bei Bauunternehmungen Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf, insbesondere ein Rückgang der Aufträge im Winter, erfahrungsgemäss durchaus üblich. Demzufolge ist der darauf zurückzuführende Arbeitsausfall saisonal und betriebsüblich und darum gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG nicht anrechenbar. Ferner hat das Bundesgericht ebenfalls festgehalten, dass auch Verschiebungen von Terminen auf Wunsch von Auftraggebern oder allenfalls auch aus anderen Gründen, die von dem mit der Ausführung von Arbeiten beauftragten Unternehmen nicht zu verantworten sind, im Baugewerbe nichts Aussergewöhnliches darstellen, weshalb die Arbeitslosenversicherung für entsprechende Auswirkungen auf die Beschäftigung der Belegschaft nicht einzustehen hat. Gleiches gilt für Arbeitsausfälle aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Bauherrn oder hängiger Rechtsmittelverfahren (ARV 1999 S. 51 E. 4a, 1993/94 S. 247 E. 2b).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin begründet ihr Begehren mit einem ausserordentlichen Rückgang der Nachfrage bzw. der Umsatzzahlen im Vergleich zu den Vorjahren (vgl. Beschwerde, S. 5 f.; Akten der Beschwerdeführerin, [act. I], 8).

Soweit sie damit direkt auf einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung schliesst, verkennt sie in grundsätzlicher Hinsicht, dass nicht der Arbeitsausfall als solcher (und ein allenfalls daraus resultierender Umsatzrückgang), sondern erst dessen Ursache (im Sinne eines anrechenbaren Arbeitsausfalls aufgrund ausserordentlicher, betriebs- und branchenunüblicher Umstände) Grundlage für einen Leistungsanspruch gestützt auf Art. 31 ff. AVIG bilden kann (vgl. E. 2.2.1 f. vorne). Andernfalls würden – wie der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort vom 30. März 2017 zutreffend ins Feld führt – die gesetzlichen Vorbehalte gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a und b AVIG ihres Sinnes entleert, liesse man den blossen Arbeitsausfall ungeachtet dessen Ursache als anspruchsbegründend im Sinne von Art. 31 ff. AVIG genügen.

Was die Gründe des Arbeitsausfalls betrifft, machte die Beschwerdeführerin im Verwaltungsverfahren in grundsätzlicher Hinsicht geltend, dass sich die Bauherrschaft sehr kurzfristig entscheide, ob sie ein Projekt ausführen wolle oder nicht und dass viele Projekte mit einem Ausführungstermin in der Submission fixiert, dann aber zu einem anderen Zeitpunkt oder gar nicht ausgeführt würden. Zur Untermauerung ihres Standpunkts legte die Beschwerdeführerin zwei Offerten eines Wohnbauprojekts – dessen Realisierung sich wegen eines Rechtsstreits auf unbestimmte Zeit verzögere – sowie drei Offerten für Projekte der öffentlichen Hand ins Recht, von welchen eines abgesagt worden und der Durchführungszeitpunkt der beiden anderen Projekte ungewiss sei (vgl. act. IIA 21-31).

Es wird nicht verkannt, dass durch die geltend gemachten Umstände ein (vorübergehender) erheblicher Umsatzrückgang resultiert. Mit ihren Vorbringen liefert die Beschwerdeführerin jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dahingehend, dass der Nachfragerückgang nicht zum normalen Betriebsrisiko gehören würde und solche sind auch anderweitig nicht er-

sichtlich: Dass Projekte nicht oder – sei es aufgrund eines Rechtsstreites oder sei es, dass die Planung nicht abgeschlossen ist – verzögert durchgeführt werden (vgl. act. IIA 30 f.), gehört nach der dargelegten Rechtsprechung (vgl. E. 2.2.2 vorne) zu den betriebs- und branchenüblichen Risiken, welche sich nicht im Sinne ausserordentlicher Umstände vom normalen Geschäftsgang abheben. Daran ändert – analog zur Rechtsprechung, wonach auch der Verlust eines Hauptkunden zum normalen Betriebsrisiko gehört (vgl. ARV 2011 S. 69 E. 4.4, 2008 S. 159 E. 2.3) – auch nichts, dass gemäss der Beschwerdeführerin der Zeitpunkt der Durchführung nicht nur eines, sondern mehrerer Projekte gleichzeitig ungewiss ist. Zudem betreffen die dargelegten Risiken, insbesondere auch die geltend gemachte generelle kurzfristige Vergabepaxis von Aufträgen, die gesamte Branche gleichermassen – woran nichts ändert, dass es der Bauwirtschaft gemäss der Beschwerdeführerin „zur Zeit ausgezeichnet“ geht (vgl. Beschwerde, S. 6) – und können demnach jeden Arbeitgeber des Bau- oder Bauneben-gewerbes treffen.

Es kann letztlich offen bleiben, ob der Tatbestand des normalen Betriebsrisikos (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG) oder derjenige der Branchen-, Berufs- oder Betriebsüblichkeit (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG) gegeben ist. So oder anders liegen keine ausserordentlichen, betriebs- und branchenunüblichen Umstände vor, welche sich allenfalls vom normalen Betriebsrisiko abheben. Infolgedessen kann der geltend gemachte Arbeitsausfall des Gesamtbetriebes der Beschwerdeführerin für die Zeit vom 19. September 2016 bis 31. Januar 2017 nicht als anrechenbar gelten.

3.2 Nach dem Gesagten hat der Beschwerdegegner einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu Recht verneint. Der angefochtene Einspracheentscheid besteht somit zu Recht 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):
 - Fürsprecher B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Kammerpräsident:

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