

200 19 697 ALV
JAP/BRO/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 4. Dezember 2019

Verwaltungsrichter Jakob, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Loosli, Verwaltungsrichter Ackermann
Gerichtsschreiberin Brunner

A. _____ GmbH

Beschwerdeführerin

gegen

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

Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 23. August 2019 (ER RD 914/2019)



Sachverhalt:

A.

Die A._____ GmbH (Beschwerdeführerin) bezweckt den Handel mit ...- und ... sowie die Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen ..., ..., ..., ... und ... (Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung [AVA bzw. Beschwerdegegner], Dossier der kantonalen Amtsstelle [act. IIA] 12; <www.zefix.ch>). Am 17. Juni 2019 reichte sie beim AVA eine Voranmeldung von Kurzarbeit für drei Mitarbeitende bei einem voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall von 60 % für die Dauer vom 1. Juli bis 30. September 2019 ein (act. IIA 7-14). Die A._____ GmbH begründete ihr Begehren mit einer Umsatzeinbusse von ca. 70 % aufgrund eines unerwarteten Strategiewechsels der B._____ (Schweiz) AG (B._____ [act. IIA 9 Ziff. 10a und 11a]). Das AVA erhob am 1. Juli 2019 Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung (act. IIA 2-5). Die dagegen von der A._____ GmbH geführte Einsprache (Akten des AVA, Dossier Rechtsdienst [act. IIB] 15-25) lehnte es mit Entscheid vom 23. August 2019 (act. IIB 10-13) ab.

B.

Hiergegen erhob die A._____ GmbH am 12. September 2019 Beschwerde mit dem sinngemässen Antrag, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben und ihr sei Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu gewähren.

Mit Beschwerdeantwort vom 11. Oktober 2019 schloss der Beschwerdegegner 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 23. August 2019 (act. IIB 10-13). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für drei Mitarbeitende in der Zeit vom 1. Juli bis 30. September 2019 bei einem prozentualen Arbeitsausfall von 60 % beziehungsweise 70 %.

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).

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 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).

2.5 Keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben gemäss Art. 31 Abs. 3 lit. c AVIG jene Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten.

3.

3.1 Vorab ist festzuhalten, dass in tatsächlicher Hinsicht aktenkundig und zwischen den Parteien denn auch nicht bestritten ist, dass C._____ als Gesellschafter und einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Beschwerdeführerin im Handelsregister eingetragen ist (vgl. act. IIA 12). Daher kommt ihm nach konstanter Rechtsprechung von Gesetzes wegen eine arbeitgeberähnliche Stellung (vgl. BGE 145 V 200 E. 4.2 S. 203; Entscheide des Bundesgerichts [BGer] vom 10. Januar 2018, 8C_412/2017, E. 5, vom 10. Januar 2018, 8C_413/2017, E. 5, und vom 18. November 2014, 8C_729/2014, E. 2; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2405 N. 465) und demnach von vornherein kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu (vgl. E. 2.5 hiervoor; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 265 ff.; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2405 N. 464; AVIG-Praxis KAE des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO], Stand: Juli 2019, Rz. B41 [abrufbar unter <www.arbeit.swiss>]). Damit bleiben als grundsätzlich in Frage kommende anspruchsberechtigte Arbeitnehmende D._____ und E._____, wobei angesichts des Verfahrensausganges (vgl. E. 3.2 hiernach) offen bleiben kann, ob diesen gestützt auf ihre Funktion (Leiterin Privatkundengeschäft bzw. Leiter KMU Sales [act. IIA 11]) ein massgeblicher Einfluss auf die Willensbildung des Betriebes zukommt (vgl. AVIG-Praxis KAE, Rz. B38-B40).

3.2 Es wird nicht verkannt, dass die geltend gemachten Arbeitsausfälle (vgl. act. IIA 9) auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und daher grundsätzlich anrechenbar sind (vgl. E. 2.2 hiervoor). Zu prüfen ist jedoch,

ob der Arbeitsausfall durch den Strategiewechsel der B. _____ – wie vom Beschwerdegegner ausgeführt (vgl. act. IIA 3-4; act. IIB 11-12; Beschwerdeantwort S. 3 Art. 4) – ein normales Betriebsrisiko darstellt (vgl. E. 2.3 hiervor) respektive auf branchenübliche Umstände zurückzuführen (vgl. E. 2.4 hiervor) und daher nicht anrechenbar ist. Zwischen dem Tatbestand des Betriebsrisikos gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG und jenem der Branchenüblichkeit gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG besteht eine enge Verwandtschaft, weshalb im Einzelfall eine Abgrenzung oft unterbleiben kann (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2413 N. 486).

Gemäss ihrem Internetauftritt (vgl. <www.....ch>) ist die Beschwerdeführerin auf ... aller Marken inklusive Zubehör spezialisiert und berät insbesondere Privat- sowie Geschäftskunden im Bereich ... und ... und tritt hierfür auch als Partnerin der B. _____ auf. Die Beschwerdeführerin verkennt bei ihrem einsprache- (act. IIB 15) und beschwerdeweise vorgebrachten Argument, wonach die B. _____ keine Grosskundin sondern ihre Vertriebspartnerin, d.h. ihre Gross- respektive Hauptauftraggeberin sei (vgl. dazu auch AVIG-Praxis KAE, Rz. D5), und daher die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Klumpenrisiko (vgl. E. 2.3 hiervor; Entscheid des BGer vom 20. Dezember 2017, 8C_549/2017, E. 4.2; KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 280 f.; AVIG-Praxis KAE, Rz. D6; vgl. auch BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, Art. 33 N. 13) nicht anwendbar sei, dass – wenigstens im vorliegenden Fall – hier wie dort durch eine bewusste, betriebswirtschaftlich motivierte Konzentration auf einen oder wenige Vertragspartner eine Abhängigkeit mit einem voraussehbaren Risiko resultiert. So wird die besagte Rechtsprechung denn auch nicht einzig bei Grosskunden angewendet, sondern beispielsweise auch bei Unternehmen, die durch den Beitritt zu einer Sortenorganisation von deren Mengensteuerung abhängig werden, was eine durchaus vergleichbare Konstellation darstellt (vgl. Entscheid des BGer vom 1. Juli 2010, 8C_205/2010; BVR 2010 S. 277). Durch die enge vertragliche Verflechtung der Beschwerdeführerin mit der B. _____ hat sich Erstere bewusst in eine nicht unerhebliche Bindung zur Letzteren begeben und das dadurch bestehende Klumpenrisiko in Kauf genommen (vgl. auch BGer 8C_205/2010, E. 3.2); für das Vorliegen eines Klumpenrisikos ist denn auch irrelevant, ob dieses auf der Lieferanten- oder Abnehmerseite eines Unternehmens vorliegt.

Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin gemäss ihrem Internet-auftritt (vgl. <www.....ch>) offenbar ebenfalls das Portfolio weiterer ... beziehungsweise ... anbietet, denn unbestrittenermassen hat einzig der Entscheid des Managements der B._____ zu den Arbeitsausfällen geführt (vgl. act. IIA 9 Ziff. 10a und 11a; act. IIB 15-16; Beschwerde), weshalb sich ein in der Branche liegendes Risiko verwirklicht hat, das durch das grosse Geschäftsvolumen mit der B._____ grosse Auswirkungen hatte. Es ist voraussehbar, dass bei einer engen Zusammenarbeit nicht nur vom Ruf einer Unternehmung profitiert werden, sondern auch ein Ansehensverlust auf das abhängige Unternehmen übergehen kann. Ebenso besteht in vertriebsvertraglichen Verhältnissen eine Abhängigkeit des Abnehmers zum Lieferanten in Bezug auf Produkte- oder Marketingstrategien des Letzteren. Vorliegend verwirklichte sich das Risiko, dass Managemententscheide der B._____ Einfluss auf die Nachfrage bei der Beschwerdeführerin haben können, ohne dass branchenunübliche Umstände (vgl. E. 2.4 hiervor) hinzutreten, welche sich vom normalen Geschäftsgang abheben (vgl. auch KUPFER BUCHER, a.a.O., S. 281 ff.). Ein solcher Ausfall kann erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten (vgl. E. 2.3 hiervor; NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2412 f. N. 485 f.). Demnach gehört die Ursache des Arbeitsausfalles zum normalen Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin und ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ist gestützt auf Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG zu verneinen (vgl. E. 2.3 hiervor).

Bei dieser Ausgangslage ist schliesslich unerheblich, dass die Kurzarbeitsentschädigung nur als vorübergehende Massnahme beantragt wurde (vgl. act. IIA 8 Ziff. 4) und gemäss Beschwerde sowohl die B._____ als auch die Beschwerdeführerin alle nötigen Massnahmen getroffen haben, die Partnerschaft auch für die Zukunft sicherzustellen.

3.3 Nach dem Gesagten hat jedenfalls der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin aufgrund seiner arbeitgeberähnlichen Stellung von vornherein keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (vgl. E. 3.1 hiervor). Im Übrigen ist der Arbeitsausfall als normales Betriebsrisiko zu betrachten und damit nicht anrechenbar (vgl. E. 3.2 hiervor). Der angefochtene Einspracheentscheid vom 23. August 2019 (act. IIB 10-13) 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 hat die unterliegende Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

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. _____ GmbH
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - 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.