

200 22 430 ALV  
MAK/SHE/WSI

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil der Einzelrichterin vom 24. Oktober 2023**

Verwaltungsrichterin Mauerhofer  
Gerichtsschreiber Schnyder

**Genossenschaft A. \_\_\_\_\_**  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 11. Juli 2022



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) ist eine nicht-kommerzielle ... ausserhalb des ... im Sinne des Bundesgesetzes über die ... vom .... Sie betreibt .... und ... für ..., ... und ... (vgl. act. IIA 241 Ziff. 9). Am 22. Dezember 2022 machte sie eine Voranmeldung zum Bezug von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Januar bis am 31. Mai 2022 (act. IIA 240 ff.). Das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (nachfolgend AVA oder Beschwerdegegner) verfügte am 3. Januar 2022, die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ vom 1. Januar 2022 bis 30. Juni 2022 durch die Arbeitslosenkasse könne vorgenommen werden, falls die übrigen Anspruchsvoraussetzungen, erfüllt seien, wobei Letzteres durch die Arbeitslosenkasse geprüft werde (act. IIA 234 ff.).

Am 15. Juni 2022 kam das AVA auf diese Verfügung zurück, annullierte und ersetzte sie und hielt fest, die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ könne vom 1. Januar 2022 bis zum 31. März 2022 vorgenommen werden, falls die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (act. IIA 29 ff.). Die Periode vom 1. April 2022 bis 30. Juni 2022 betreffend, könne die beantragte Kurzarbeitsentschädigung hingegen nicht ausbezahlt werden.

Die dagegen erhobene Einsprache (act. IIB 20 f.) wies das AVA mit Einspracheentscheid vom 11. Juli 2022 ab (act. IIB 2 ff.).

### **B.**

Mit Eingabe vom 18. Juli 2022 erhob die Genossenschaft A. \_\_\_\_\_ dagegen Beschwerde. Sie beantragt die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung über den 31. März 2022 hinaus bis Ende Juli 2022.

Der Beschwerdegegner schliesst mit Beschwerdeantwort vom 9. September 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 grundsätzlich (vgl. jedoch E. 1.2 hiernach) einzutreten.

**1.2** Anfechtungsgegenstand bildet der Einspracheentscheid vom 11. Juli 2022 [act. IIB 2 ff.]). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 1. April bis 30. Juni 2022. Über einen Leistungsanspruch über den 30. Juni 2022 hinaus hat der Beschwerdegegner im hier angefochtenen Entscheid nicht befunden und ein solcher bildet damit nicht Anfechtungsobjekt. Soweit die Beschwerdeführerin

Kurzarbeitsentschädigung bis Ende Juli 2022 beantragt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

**1.3** Was die hier fragliche Zeit vom 1. April bis 30. Juni 2022 betrifft, machte die Beschwerdeführerin für April 2022 eine Kurzarbeitsentschädigung von Fr. 2'804.60 (act. II 30) und für Mai 2022 eine solche von Fr. 3'693.25 (act. II 24) geltend. Die Zahlen für den Monat Juni 2022 sind nicht in den Akten. Aufgrund des Umstandes, dass die drei Mitarbeiter der Beschwerdeführerin zusammen einen monatlichen Gesamtlohn von Fr. 5'398.85 (act. II 66, 68, 69) beziehen, ergibt sich, dass der Streitwert unter Fr. 20'000.-- liegt, 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** Laut Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a-d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen.

**2.1.1** Ein Anspruch setzt namentlich voraus, dass 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).

**2.1.2** Sodann regelt der Bundesrat gemäss Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Ar-

beitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Von dieser Kompetenz hat er in Art. 51 AVIV f. Gebrauch gemacht. Art. 51 Abs. 2 AVIV nennt – in einer nicht abschliessenden Aufzählung – bestimmte Sachverhalte, welche unter die Härtefallklausel fallen, darunter etwa Ein- oder Ausfuhrverbote für Rohstoffe und Waren (lit. a; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 22. Oktober 2007, C 255/06, E. 3.1).

**2.2** Ein auf wirtschaftliche Gründe (vgl. E. 2.1.1 hiavor) oder die Härtefallklausel (vgl. E. 2.1.2 hiavor) 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; vgl. auch THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2412 f., N. 483 ff.). 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).

**2.3** 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), mit welcher unter anderem diverse Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung eingeführt wurden. An den Anspruchsvoraussetzungen des anrechenbaren sowie voraussichtlich vorübergehenden Arbeitsausfalls änderte sich – soweit hier von Interesse – jedoch nichts.

**2.4** Gestützt auf Art. 83 Abs. 1 lit. e i.V.m. Abs. 3 AVIG hat das hierfür zuständige Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) unter anderem Weisungen zur Handhabung von Arbeitsausfällen im Zusammenhang mit der Coronavirus-Pandemie erlassen („Sonderregelungen aufgrund der Pandemie“) und diese laufend aktualisiert. Die SECO Weisung 2021/16 S. 10 Ziff. 2.2 sah vor, dass 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 sind. Der Arbeitgeber musste jedoch glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen waren. Der einfache Hinweis auf die Pandemie genügte als Begründung nicht. Ebenso waren 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 fielen (SECO Weisung 2021/16 S. 11 Ziff. 2.3).

Die genannten Regelungen der SECO Weisung 2021/16 waren bis zum 31. Dezember 2021 befristet. Mit der aktualisierten Weisung des SECO vom 17. Dezember 2021 (SECO Weisung 2021/21) wurden sie nicht verlängert.

**2.5** Der Bundesrat hat die im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Coronavirus nach dem 16. März 2020 angeordneten Massnahmen der „ausserordentlichen Lage“ bzw. der „besonderen Lage“ (vgl. Art. 6 f. des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemiengesetz bzw. EpG; SR 818.101]; vgl. Medienmitteilung vom 17. März 2020; abrufbar: <www.admin.ch>, Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen) per 17. Februar 2022 weitestgehend aufgehoben und eine Rückkehr zur normalen Lage ab dem 1. April 2022 beschlossen (vgl. Medienmitteilungen vom 16. Februar 2022 [„Coronavirus: Bundesrat hebt Massnahmen auf – einzig Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen sowie Isolation bleiben noch bis Ende März“]) bzw. vom 30. März 2022 [„Coronavirus: Rückkehr in die normale Lage und Planung der Übergangsphase bis Frühling 2023“], je abrufbar: <www.admin.ch>, Rubrik:

Dokumentation/  
Medienmitteilungen).

Für die Zeit vom 17. Februar bis 31. März 2022 galt dabei im Wesentlichen noch eine Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske im öffentlichen Verkehr und in Spitälern, Kliniken, Alters- und Pflegeheimen sowie eine Pflicht zur Absonderung von an COVID-19 erkrankten oder mit Sars-CoV-2 angesteckten Personen von fünf Tagen (vgl. Art. 3 ff. und 7 ff. der Verordnung vom 16. Februar 2022 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der COVID-19-Epidemie [Covid-19-Verordnung besondere Lage] in der vom 16. Februar bis 31. März 2022 gültigen Fassung [AS 2022 97]).

### 3.

**3.1** Die Beschwerdeführerin machte am 22. Dezember 2022 (act. IIA 240 ff.) eine Voranmeldung zum Bezug von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Mai 2022. Sie begründete diese im Wesentlichen mit den damals geltenden behördlichen Massnahmen und der Angst der ... vor Ansteckungen. Der Beschwerdegegner bestätigte mit Verfügung vom 3. Januar 2022 (act. IIA 234 ff.) einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Januar bis längstens am 30. Juni 2022, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt seien. Nachdem der Bundesrat die behördlichen Massnahmen weitestehend per 17. Februar 2022 aufgehoben und eine Rückkehr zur normalen Lage mit Aufhebung sämtlicher Massnahmen ab dem 1. April 2022 beschlossen hatte (vgl. E. 2.5 hiervor), kam der Beschwerdegegner nach vorangehendem Schriftenwechsel mit der Beschwerdeführerin (act. IIA 35 ff.) auf seine frühere Verfügung zurück und ersetzte diese mit der Verfügung vom 15. Juni 2022 (act. IIA 23), wonach nur vom 1. Januar bis 31. März 2022 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehe, falls die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien und der Arbeitsausfall nicht auf die üblichen saisonalen Beschäftigungsschwankungen zurückzuführen sei. Für die Zeit von 1. April bis 30. Juni 2022 verneinte er hingegen einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung.

Im hier zu beurteilenden Zeitraum vom 1. April bis 30. Juni 2022 waren sämtliche schweizweiten Massnahmen zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie aufgehoben. Mit dem Dahinfallen der behördlichen Massnahmen entfällt auch der allfällige Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gestützt auf die Sonderregelung von Art. 32 Abs. 3 AVIG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 AVIV (vgl. E. 2.4 hiervor). Dies ist unbestritten.

Die Beschwerdeführerin macht jedoch sinngemäss geltend, das Ende der „besonderen Lage“ sei nicht gleichbedeutend mit einer Normalisierung des wirtschaftlichen Umfelds. Sie sei längerfristig durch die Massnahmen zur Bewältigung der Covid-19-Pandemie betroffen. Insbesondere bringt sie vor, zahlreiche Projekte könnten nicht durchgeführt werden, weil gewisse ... sich weiterhin vor Ansteckungen fürchteten, wobei nicht auf eine online-Durchführung ausgewichen werden könne (vgl. etwa. act. IIB 20 f., act. IIA 61, 134). Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin ist die positive epidemiologische Entwicklung entgegenzuhalten (vgl. betreffend die laborbestätigten Fälle: <https://www.covid19.admin.ch/de/epidemiologic/case>). Diesbezüglich hielt der Beschwerdegegner im Einspracheentscheid zu Recht fest, dass die Anzahl Ansteckungen nach einem Hoch in der ersten Hälfte des Monats März 2022 abgenommen und im April 2022 ein rasanter Rückgang der Fallzahlen festgestellt worden sei (act. IIB 4).

Die Beschwerdeführerin wendet ferner ein, zahlreiche Auftraggeber seien noch nicht zurück am Arbeitsplatz (act. IIB 20 f). Diese Argumentation mag zunächst, unmittelbar nach Aufhebung der Homeoffice-Empfehlung per 3. Februar 2022 (vgl. <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-87041.html>) noch zugetroffen haben. Diesem Umstand hat der Beschwerdegegner in der Folge denn auch Rechnung getragen, indem er die Kurzarbeit für die Beschwerdeführerin wegen der Auswirkungen der besonderen bzw. ausserordentlichen pandemiebedingten Lage über den 17. Februar 2022 hinaus bis am 31. März 2022 bewilligte. Die nach Aufhebung der bundesrätlichen Homeoffice-Empfehlung in den Betrieben eingeführten, ordentlichen Homeoffice-Regelungen gehören hingegen zum regulären Arbeitsalltag, stehen nicht mehr in Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie und bilden daher

keinen vorübergehenden und damit anrechenbaren Arbeitsausfall (vgl. auch die Ausführungen des Beschwerdegegners im angefochtenen Entscheid [act. IIB 4]). Auch der Umstand, dass Projekte und Aufträge der Beschwerdeführerin langfristig angelegt sind, ist als normales Betriebsrisiko zu werden. Dass es sich um einen vorübergehenden Arbeitsausfall handelt, weil die Beschwerdeführerin ab September 2022 wieder mit einer Vollbeschäftigung rechnete (vgl. Beschwerde), vermag ebenfalls keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu begründen. Wie der Beschwerdegegner zu Recht vorbringt (vgl. Beschwerdeantwort Ziff. 3), ist die Voraussetzung des vorübergehenden Charakters eines Arbeitsausfalls nur eine von mehreren Anspruchsvoraussetzungen. Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich vor, es sei ihr nicht möglich, die üblicherweise langfristig angelegten Projekte und Aufträge kurzfristig und jederzeit zu akquirieren. Ein solches Risiko besteht für die Beschwerdeführerin allerdings unter allen Umständen. Es sind vorliegend keine ausserhalb des branchen- und betriebsüblichen Risikos liegende Umstände gegeben, die den geltend gemachten Arbeitsausfall zu begründen vermöchten. Ein allfälliger ab 1. April 2022 erlittener Arbeitsausfall ist somit dem normalen Betriebsrisiko zuzuordnen.

**3.2** Aufgrund des Dargelegten hatte die Beschwerdeführerin für die Zeit vom 1. April bis 30. Juni 2022 keinen Anspruch auf Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung. Bei der Verfügung vom 15. Juni 2022 (act. IIA 29 ff.), mit welcher der Beschwerdegegner auf seine ursprüngliche Verfügung vom Januar 2022 (act. IIA 234 ff.) zurückkam, diese aufhob und annullierte und insbesondere einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung ab 1. April 2022 verneinte, handelt es sich nicht um die Korrektur einer ursprünglich (zweifellos) unrichtigen Verfügung. Damit liegt – ungeachtet der Bezeichnung im Entscheid vom 15. Juni 2022 – kein Fall von Art. 53 Abs. 2 ATSG (Wiedererwägung) vor. Nach der Rechtsprechung muss eine formell rechtskräftige Verfügung über ein Dauerrechtsverhältnis – die Existenz wohlervorbener Rechte vorbehalten – abgeändert werden, wenn seit deren Erlass eine Rechtsänderung eingetreten ist, welche die Verfügung als rechtswidrig erscheinen lässt (BGE 135 V 201 E. 6.1.1 S. 205, 121 V 157 E. 4a S. 162). In diesem Sinne wurde die Beschwerdeführerin in der ursprünglichen Verfügung vom 3.

Januar 2022 denn auch darüber informiert, dass Anspruchs- und Abrechnungsbedingungen während der Gültigkeit der Bewilligung ändern können (act. IIA] 234 ff.). Die Verfügung vom 3. Januar 2022 war ursprünglich korrekt und wurde später – zu Recht – der inzwischen geänderten Rechtslage angepasst.

#### 4.

Zusammenfassend ist der angefochtene Entscheid vom 11. Juli 2022 (act. IIB 2 ff.) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

#### 5.

**5.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. <sup>f</sup>bis ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**5.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht gemäss Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG (Umkehrschluss) kein Anspruch auf eine Parteientschädigung.

#### **Demnach entscheidet die Einzelrichterin:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - Genossenschaft A. \_\_\_\_\_
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Die Einzelrichterin:

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.