

200 22 459 ALV
FUE/SVE/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 26. September 2022

Verwaltungsrichter Furrer, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Schütz, Verwaltungsrichter Kölliker
Gerichtsschreiberin Schwitter

A. _____ GmbH
handelnd durch B. _____

Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 15. Juli 2022 (ER RD ...)



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ GmbH (Beschwerdeführerin) bezweckt den Betrieb eines ... (Handelsregisterauszug; <www.zefix.ch>). Für den Zeitraum vom 21. März bis zum 20. September, vom 13. November 2020 bis zum 7. Dezember und vom 14. Dezember 2021 bis zum 31. Mai 2022 bewilligte das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA bzw. Beschwerdegegner) auf Voranmeldung hin die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung unter der Bedingung, dass die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, welche durch die Arbeitslosenkasse geprüft würden (vgl. Akten des AVA, Dossier Kantonale Amtsstelle [KAST; act. IIA] 37-41, 50-54, 63-67, 71-75, 79-83, 88-92, 99-102). Nachdem die A. _____ GmbH am 30. Mai 2022 erneut eine Voranmeldung für Kurzarbeit vom 1. Juni bis zum 31. Oktober 2022 eingereicht hatte (act. IIA 30-36), erhob das AVA mit Entscheid vom 13. Juni 2022 (act. IIA 25-29) Einspruch gegen die Ausrichtung der beantragten Kurzarbeitsentschädigung mit der Begründung, der Arbeitsausfall sei weder anrechenbar noch voraussichtlich vorübergehend. Daran hielt es auf Einsprache (act. IIA 11-13) hin mit Entscheid vom 15. Juli 2022 (act. IIA 2-5) fest.

B.

Hiergegen erhob die A. _____ GmbH, handelnd durch B. _____, Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift, mit Eingabe vom 12. August 2022 Beschwerde und beantragte sinngemäss, in Aufhebung des Einspracheentscheids vom 15. Juli 2022 sei die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Juni bis zum 31. Oktober 2022 zu bewilligen, sofern die übrigen durch die Arbeitslosenkasse zu prüfenden Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien.

Der Beschwerdegegner schloss mit Beschwerdeantwort vom 23. August 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 einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 15. Juli 2022 (act. IIA 2-5). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum vom 1. Juni bis zum 31. Oktober 2022.

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 Vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1 S. 370, 144 V 210 E. 4.3.1 S. 213). Vorliegend ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Juni bis Oktober 2022 umstritten, weshalb die in diesem Zeitraum in Kraft stehenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zur Anwendung gelangen.

2.2 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.

2.3 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).

Der Zweck der Kurzarbeitsentschädigung besteht darin, einerseits den versicherten Personen einen angemessenen Ersatz für Erwerbsausfälle wegen Kurzarbeit zu garantieren und Ganzarbeitslosigkeit, d.h. Kündigung und Entlassung, zu verhindern. Andererseits dient die Kurzarbeitsentschädigung der Erhaltung der Arbeitsplätze im Interesse sowohl der Arbeit-

nehmer als auch der Arbeitgeber, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines „intakten Produktionsapparates“ über die Zeit der Kurzarbeit hinweggeboten wird (BGE 121 V 371 E. 3a S. 375).

2.4 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 Bundesrat regelt für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die unter anderem auf behördliche Massnahmen zurückzuführen sind (Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG). So sind etwa gemäss Art. 51 AVIV Arbeitsausfälle, die auf behördliche Massnahmen oder andere nicht vom Arbeitgeber zu vertretende Umstände zurückzuführen sind, anrechenbar, wenn der Arbeitgeber sie nicht durch geeignete, wirtschaftlich tragbare Massnahmen vermeiden oder keinen Dritten für den Schaden haftbar machen kann.

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). 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).

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 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 Im Rahmen der Voranmeldung von Kurzarbeit vom 30. Mai 2022 (act. IIA 30-36) ersuchte die Beschwerdeführerin um Kurzarbeitsentschädigung für eine arbeitnehmende Person vom 1. Juni bis 31. Oktober 2022 bei einem voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall von 100 %. Zur Begründung führte sie aus, die in Bezug auf das Coronavirus getroffenen Massnahmen des Bundes und des Kantons hätten

zu einer massiven Reduktion ihrer Mitglieder geführt. Bis heute sei es zu keiner Veränderung gekommen. Die Leute blieben aus (act. IIA 32 Ziff. 11 lit. a). Der Mitgliederbestand sei immer noch auf einem sehr tiefen Stand (act. IIA 31 Ziff. 10 lit. a). Als Massnahmen zur Vermeidung von Kurzarbeit habe man eine ... veranstaltet, E-Mails versendet und Telefonate geführt (act. IIA 32 Ziff. 11 lit. b). Irgendeinmal würden die Leute wieder ins ... kommen, weshalb lediglich von einem vorübergehenden Arbeitsausfall auszugehen sei (act. IIA 33 Ziff. 12). Im „Fragebogen für Betriebe mit Ausfallstunden ab 17. Februar 2022“ (Akten des AVA, Dossier Arbeitslosenkasse Bern [act. II] 14) gab die Beschwerdeführerin ebenfalls an, die Leute kämen nicht mehr ins Überdies seien vom 1. Februar bis 10. April 2022 keine ... verkauft worden (Ziff. 1).

Der Beschwerdegegner verneinte gestützt auf diese Angaben namentlich die vorübergehende Natur des Arbeitsausfalls mit der Begründung, weil die Beschwerdeführerin trotz der seit bereits mehreren Monaten aufgehobenen behördlichen Massnahmen den Mitgliederbestand nicht merklich habe steigern können, sei davon auszugehen, dass offenbar viele frühere Kunden ihre Gewohnheiten im Verlaufe der Pandemie verändert hätten (vgl. act. IIA 3).

3.2 Gemäss Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass ein Arbeitsausfall wahrscheinlich vorübergehend sein wird und die Arbeitsplätze durch die Einführung von Kurzarbeit erhalten werden können, solange nicht konkrete Anhaltspunkte die gegenteilige Schlussfolgerung zulassen (BGE 111 V 379 E. 2b S. 384 ff.; vgl. hierzu auch BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 257). Dabei sind die Verhältnisse prospektiv zu beurteilen, und zwar im Zeitpunkt des angefochtenen Einspracheentscheides (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2408 N. 472).

Mit Blick darauf, dass sich über die Monate seit der Aufhebung der Maskenpflicht in Innenräumen und der Aufhebung der Homeoffice-Empfehlung per 17. Februar 2022 sowie sämtlicher Massnahmen ab 1. April 2022 und trotz den durch die Beschwerdeführerin durchgeführten Werbe- bzw. Kun-

dengewinnungsmassnahmen (act. IIA 32 Ziff. 11 lit. b) keinerlei (positive) Veränderung des Mitgliederbestands ergab, wie die Beschwerdeführerin mit Voranmeldung vom 30. Mai 2022 konstatierte (vgl. act. IIA 32 Ziff. 11 lit. a), lagen prospektiv gesehen konkrete Anhaltspunkte für die Annahme des Beschwerdegegners vor, wonach es sich, wohl nicht zuletzt aufgrund der im Laufe der Corona-Pandemie veränderten Gewohnheiten der Zielgruppe – Wechsel auf ... oder auf andere ... bzw. vermutungsweise vermehrt ... – nicht nur um einen vorübergehenden, sondern einen längerdauernden Arbeitsausfall in Folge einer dauerhaften Änderung der Nachfrage handelt. Folglich war nicht mit der verlangten gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehbar, dass der Betrieb innert nützlicher Frist wieder zur vollen Beschäftigung zurückkehren kann (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2407 f. N. 472). Mithin fehlte es prospektiv gesehen bereits an der kumulativen Voraussetzung des vorübergehenden Arbeitsausfalls (vgl. E. 2.3 hiavor), womit ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu verneinen ist.

3.3 Was die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls anbelangt (vgl. E. 2.3 hiavor), wurden – wie der Beschwerdegegner in der Beschwerdeantwort (S. 3 Ziff. III Art. 3) zutreffend darlegte – per 17. Februar 2022 weitestgehend sämtliche Massnahmen aufgehoben (vgl. E. 2.5 hiavor). Mit der Aufhebung der Massnahmen entfiel auch die Notwendigkeit für die meisten wirtschaftlichen Unterstützungsmassnahmen. So konnte ab dem 17. Februar 2022 kein Anspruch auf Erwerbsausfall infolge Betriebschliessung, Veranstaltungsverbot, eingeschränkter Erwerbstätigkeit oder ausgefallener Fremdbetreuung mehr geltend gemacht werden (vgl. Medienmitteilung des SECO vom 16. Februar 2022; abrufbar: <www.seco.admin.ch> Rubrik: Das SECO > Medienmitteilungen > „Coronavirus: Bundesrat hebt Massnahmen auf – einzig Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen sowie Isolation bleiben noch bis Ende März“). Mithin ist der vorliegend geltend gemachte Arbeitsausfall nicht auf behördliche Massnahmen (Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG i.V.m. Art. 51 AVIV) zurückzuführen bzw. gilt dieser unter dem Titel der Härtefallklausel (vgl. NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2411 N. 481 f.) nicht als anrechenbar. Daran vermag der Umstand, dass sich das Verhalten der Kundenschaft pandemiebedingt veränderte, nichts zu ändern, handelt es sich – spätestens seit der Aufhebung sämtlicher behördlicher Massnahmen –

doch um ein *freiwilliges* Verhalten der Kunden. Die Covid-19-Verordnung besondere Lage enthält schliesslich auch keine Anspruchsgrundlage für eine Entschädigung von Arbeitsausfällen, welche nach erfolgter Aufhebung der behördlichen Massnahmen während der Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit weiter bestünden.

Bei dieser Ausgangslage (verneinte Voraussetzung des vorübergehenden Arbeitsausfalls) kann letztlich offengelassen werden, ob der Arbeitsausfall entsprechend der Ansicht des Beschwerdegegners (vgl. act. IIA 4), wonach in der ...branche harter Konkurrenzdruck herrsche (vgl. hierzu NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2412 f. N. 485) und sich in der Gehdistanz der Beschwerdeführerin eine Vielzahl anderer ... sowie noch viel mehr ... in ... fänden und sich potentielle Kunden für einen Konkurrenzbetrieb entschieden oder gar aktiv zu einem solchen wechselten, auf Umstände zurückzuführen ist, die zum ordentlichen, d.h. normalen Betriebsrisiko gehören (vgl. E. 2.4 hiavor).

4.

Zusammenfassend ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 15. Juli 2022 (act. IIA 2-5) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

5.

5.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 ^{fbis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBI 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

5.2 Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein 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.