

200 22 551 ALV  
KNB/ISD/LAB

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 6. Februar 2023**

Verwaltungsrichter Knapp, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Ackermann  
Gerichtsschreiber Isliker

**A. \_\_\_\_\_ GmbH**  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 2. August 2022 (ER RD ...)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die A. \_\_\_\_\_ GmbH wurde am 17. Dezember 2019 gegründet und bezweckt den Betrieb eines ...- und ... und ...arbeiten sowie alle damit zusammenhängenden Arbeiten (vgl. Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner], act. IIA/512; SHAB-Nr. ... vom TT. MM 2019). Nachdem sie mit Voranmeldung vom 21. Februar 2021 (act. IIA/534 f.) Kurzarbeitsentschädigung ab 1. März 2021 für sämtliche Angestellte beantragt hatte, verfügte das AVA am 31. März 2021, dass vom 5. März bis 4. September 2021 Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt werden könne, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (act. IIA/526-530).

Mit E-Mail vom 6. September 2021 (act. IIA/511) reichte die A. \_\_\_\_\_ GmbH ein weiteres Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung vom 1. September 2021 bis 28. Februar 2022 für sämtliche Angestellte ein (act. IIA/513-517). Dagegen erhob das AVA mit Verfügung vom 24. September 2021 (act. IIA/501-506) soweit den Zeitraum vom 1. Januar bis 28. Februar 2022 betreffend Einspruch; im Übrigen, das heisst betreffend den Zeitraum vom 5. September bis 31. Dezember 2021, könne die beantragte Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt werden, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien und der Arbeitsausfall nicht auf die üblichen saisonalen Beschäftigungsschwankungen zurückzuführen sei.

Mit Voranmeldung von Kurzarbeit vom 21. März 2022 (act. IIA/297-299) ersuchte die A. \_\_\_\_\_ GmbH um Kurzarbeitsentschädigung vom 1. April bis 30. September 2022 für sämtliche Angestellte.

Nach weiteren Abklärungen zu den angegebenen Arbeitsausfällen ab Juli 2021 und zur Personalsituation kam das AVA mit zwei separaten Wiedererwägungs-Entscheiden vom 28. April 2022 (act. IIA/215-221, 222-228) auf ihre Verfügung vom 31. Mai (recte: März) 2021 (act. IIA/526-530) und vom 24. September 2021 (act. IIA/510-506) zurück und erhob Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Juli bis 31. Dezember 2021. Weiter erhob das AVA mit Verfügung vom 2. Mai 2022

(act. IIA/207-210) Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung ab 1. April 2022. Die dagegen erhobene Einsprache (vgl. act. IIA/195 f., 161-167) wies das AVA mit Einspracheentscheid vom 2. August 2022 (act. IIA/68-74) ab.

## **B.**

Hiergegen erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 14. September 2022 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 2. August 2022 sowie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung nach Massgabe der Entscheide der Kantonalen Amtsstelle (KAST) des AVA vom 31. Mai (recte: März) 2021 (act. IIA/526-530) und vom 24. September 2021 (act. IIA/501-506). Weiter beantragte sie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung ab 1. April 2022.

Mit Beschwerdeantwort vom 24. Oktober 2022 beantragte 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 insoweit auf die Beschwerde einzutreten, als Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Juli bis Dezember 2021 sowie April bis Juni 2022 strittig ist (vgl. E. 1.2 hiernach).

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 2. August 2022 (act. IIA/68-74). Dieser trat soweit den strittigen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Juli bis 31. Dezember 2021 betreffend an die Stelle der zwei Wiedererwägungsentscheide vom 28. April 2022 (act. IIA/215-221, 222-228) bzw. soweit den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab 1. April 2022 betreffend an die Stelle der Verfügung vom 2. Mai 2022 (act. IIA/207-210), auch wenn er diese bloss bestätigt (BGE 119 V 347 E. 1b S. 350; SVR 2020 AHV Nr. 9 S. 25 E. 1; RKUV 1998 U 308 S. 454 E. 2a).

Die Beschwerdeführerin machte mit Voranmeldung vom 21. März 2022 (act. IIA/297-299) einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zwischen 1. April und 30. September 2022 geltend (vgl. auch Beschwerde S. 2 Ziff. I./3). Wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert, ist die Voranmeldung zu erneuern (Art. 36 Abs. 1 AVIG), so dass der Beschwerdegegner in der Verfügung vom 2. Mai 2022 (act. IIA/207-210) nicht über den 30. Juni 2022 hinaus verfügen konnte. Folglich hier streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Juli bis Dezember 2021 sowie von April bis Juni 2022. Soweit in der Beschwerde mehr oder anderes beantragt wird liegt dies ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, sodass diesbezüglich nicht auf die Beschwerde einzutreten ist (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1 S. 165; SVR 2010 BVG Nr. 14 S. 56 E. 4.1).

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Sie beurteilen offensichtlich begründete oder offensichtlich unbegründete Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 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 148 V 162 E. 3.2.1 S. 166, 144 V 210 E. 4.3.1 S. 213). Vorliegend ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung einerseits für die Zeit vom 1. Juli bis 31. Dezember 2021 (vgl. dazu hinten E. 3) und andererseits für die Zeit vom 1. April bis zum 30. Juni 2022 (vgl. dazu hinten E. 4) umstritten. Es gelangen daher die in den jeweiligen Zeiträumen in Kraft stehenden Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen zur Anwendung.

**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 erlassen, welche der Linderung der sozialen und wirtschaftlichen Folgen der Pandemie-massnahmen dienen. Dazu gehört auch die Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033; in der hier massgebenden zwischen dem 1. Juli und 31. Dezember 2021 [AS 2021 593 bzw. AS 2022 39] bzw. zwischen dem 1. April und 30. Juni 2022 gültigen Fassung [AS 2022 39]), mit welcher unter anderem diverse Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung eingeführt wurden. An den Anspruchsvoraussetzungen des anrechenbaren Arbeitsausfalls (vgl. dazu hinten E. 2.4) änderte sich 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 Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber, indem die Möglichkeit der Erhaltung eines "intakten Produktionsapparates" über die Zeit der Kurzarbeit hinweg geboten wird (BGE 121 V 371 E. 3a S. 375).

## **2.4**

**2.4.1** 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).

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).

**2.4.2** 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 Coronavirus-Pandemie erlassen. So etwa sah die bis 31. Dezember 2021 gültige Fassung der Weisung des SECO vom 1. Oktober 2021: Aktualisierung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" (SECO Weisung 2021/16) S. 10 Ziff. 2.2 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 seien. Der Arbeitgeber muss jedoch glaubhaft darlegen können, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind. Der einfache Hinweis auf die Pandemie genügt als Begründung nicht. Ebenso sind 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 fallen (vgl. SECO Weisung 2021/16 S. 11 Ziff. 2.3). Diese Bestimmungen waren bis zum 31. Dezember 2021 befristet und wurden mit der aktualisierten Weisung des SECO vom 17. Dezember 2021, Aktualisierung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" (SECO Weisung 2021/21, S. 1, 3 Ziff. 2.2 bzw. 2.3) nicht verlängert.

**2.5** Der Versicherungsträger kann auf formell rechtskräftige Verfügungen oder Einspracheentscheide zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind und wenn ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die Wiedererwägung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststellung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts (BGE 148 V 195 E. 5.3 S. 202).

**2.5.1** Nach der Rechtsprechung kann die Wiedererwägung rechtskräftiger Verfügungen bzw. Einspracheentscheide nur in Betracht kommen, wenn es sich um die Korrektur grober Fehler der Verwaltung handelt (ZAK 1988 S. 555 E. 2b). Zweifellos ist die Unrichtigkeit, wenn kein vernünftiger Zwei-

fel daran möglich ist, dass die Verfügung unrichtig war. Es ist nur ein einziger Schluss – derjenige auf die Unrichtigkeit der Verfügung – denkbar. In diesem Sinne qualifiziert unrichtig ist eine Verfügung, wenn die notwendigen Abklärungen überhaupt nicht oder nicht mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt wurden, oder wenn eine Leistung aufgrund falscher Rechtsregeln bzw. ohne oder in unrichtiger Anwendung der massgeblichen Bestimmungen zugesprochen wurde. Zurückhaltung bei der Annahme zweifelloser Unrichtigkeit ist stets dann geboten, wenn der Wiedererwägungsgrund eine materielle Anspruchsvoraussetzung betrifft, deren Beurteilung massgeblich auf Schätzungen oder Beweiswürdigungen und damit auf Elementen beruht, die notwendigerweise Ermessenszüge aufweisen. Eine vor dem Hintergrund der seinerzeitigen Sach- und Rechtslage einschliesslich der Rechtspraxis vertretbare Beurteilung der Anspruchsvoraussetzungen kann nicht zweifellos unrichtig sein (vgl. BGE 141 V 405 E. 5.2 S. 414; SVR 2021 UV Nr. 1 S. 4 E. 6.1, 2019 IV Nr. 47 S. 153 E. 2.1).

**2.5.2** Die Wiedererwägung setzt voraus, dass die Berichtigung der zweifellos unrichtigen Verfügung von erheblicher Bedeutung ist. Massgebend für die Beantwortung dieser Frage sind nach der Rechtsprechung die gesamten Umstände des Einzelfalls, zu denen auch die Zeitspanne gehört, die seit der zu Unrecht erfolgten Leistungsgewährung verstrichen ist. Eine allgemeingültige betragliche Grenze lässt sich allerdings nicht festlegen. Die Höhe des unrechtmässig ausbezahlten Betrages ist dabei insofern von Bedeutung, als das Interesse der Verwaltung an der richtigen Durchführung des objektiven Rechts gegenüber demjenigen an der Rechtssicherheit in der Regel umso weniger ins Gewicht fällt, je geringer die zu Unrecht ausgerichteten Leistungen sind. Bei periodischen Leistungen wird die Erheblichkeit praktisch immer bejaht, während bei punktuellen Leistungen die Grenze praxismässig bei einigen hundert Franken liegt. Die Voraussetzung der Erheblichkeit der Berichtigung dient im Übrigen der Verwaltungs- und Prozessökonomie (BGE 107 V 180 E. 2b S. 182; ARV 2000 S. 211 E. 3b; Entscheid des Bundesgerichts vom 4. Mai 2017, 8C\_18/2017, E. 3.2.2).

### **3.**

Zu prüfen ist zunächst der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Juli bis 31. Dezember 2021 (vgl. dazu die Wiedererwägungsentscheide vom 28. April 2022 [act. IIA/215-221, 222-228]).

**3.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet vorab die grundsätzliche Möglichkeit eines Zurückkommens des Beschwerdegegners auf seine vormaligen Entscheide vom 31. März 2021 (act. IIA/526-530) und vom 24. September 2021 (act. IIA/501-506; vgl. Beschwerde S. 4 ff. Rz. 5). Anders als von der Beschwerdeführerin angenommen (vgl. Beschwerde S. 5 f.), hat sich die Verwaltung nicht auf den Rückkommenstitel der prozessualen Revision (Art. 53 Abs. 1 ATSG) berufen. Es kann daher offen bleiben, ob dessen Voraussetzungen erfüllt sind. Ferner hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Urteil vom 25. Januar 2023, ALV/2022/628, E. 3.1, erwogen, dass Verfügungen der KAST nach Art. 36 Abs. 4 AVIG der Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG zugänglich sind. Vorliegend besteht kein Anlass, anders zu entscheiden.

### **3.2**

**3.2.1** Die Beschwerdeführerin gab zur Begründung für die Kurzarbeit betreffend den Zeitraum ab Juli 2021 zusammengefasst an, der Betrieb sei während dieser Zeit weiterhin offen gewesen. Man habe sich telefonisch und schriftlich um Aufträge beworben, auch ausserkantonale, sowie andere Unternehmen für Subunternehmeraufträge angefragt. Leider bestünden aufgrund der Coronavirus-Pandemie zu wenig Aufträge. Die Situation sei instabil und zudem seien die Preise für Baumaterialien hoch (vgl. act. IIA/284 f., 399, 415 f., 516; act. II/624).

**3.2.2** Im hier zu beurteilenden Zeitraum zwischen 1. Juli und 31. Dezember 2021 galten gemäss der Verordnung vom 23. Juni 2021 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; vgl. dazu Medienmitteilung des Bundesrates vom 23. Juni 2021, abrufbar: [www.admin.ch](http://www.admin.ch), Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen "Coronavirus: Bundesrat beschliesst weiteren, grossen Öffnungsschritt und erleichtert die Einreise in die Schweiz"), angepasst unter anderem durch Beschlüsse des Bundesrates vom 8. Sep-

tember 2021 (AS 2021 542) und vom 3. Dezember 2021 (AS 2021 813) zeitweise Beschränkungen bei Anlässen ohne Covid-Zertifikatspflicht und im Innenbereich von Restaurations- und Barbetrieben, bei kulturellen und sportlichen Aktivitäten in der Freizeit, bei Veranstaltungen im Innenbereich und bei Kultur-, Sport- und Freizeiteinrichtungen mit Innenbereichen eine Beschränkung des Zugangs ab 16 Jahren auf Personen mit gültigem Covid-Zertifikat (sog. Zertifikatspflicht; vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 8. September 2021, abrufbar: [www.admin.ch](http://www.admin.ch), Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen "Coronavirus: Bundesrat dehnt Zertifikatspflicht aus und startet Konsultation zu neuen Einreisebestimmungen") sowie eine (wieder) ausgeweitete Pflicht zum Tragen einer Gesichtsmaske sowie eine Zugangsbeschränkung auf Personen mit einem Zertifikat (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 3. Dezember 2021, abrufbar: [www.admin.ch](http://www.admin.ch), Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen "Coronavirus: Bundesrat verstärkt die Massnahmen gegen die Pandemie"; zum Verlauf der behördlichen Massnahmen: vgl. Bundesamt für Gesundheit [BAG], Änderungen der nationalen Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus in der Schweiz seit Dezember 2020, S. 7 f., abrufbar: [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch), Rubrik: Krankheiten/Infektionskrankheiten: Ausbrüche, Epidemien, Pandemien/Aktuelle Ausbrüche und Epidemien/Coronavirus/Massnahmen und Verordnungen "Tabelle Änderung der nationalen Massnahmen").

Anders als in der Beschwerde vertreten, ist nicht ansatzweise ersichtlich und wurde von der Beschwerdeführerin weder auf konkrete Rückfrage der Verwaltung (vgl. act. IIA/284 f.) noch beschwerdeweise dargelegt, in wie weit ihr Betrieb aufgrund der vorgenannten, insbesondere das gesellschaftliche Leben im Sozial- und Freizeitbereich betreffenden, Massnahmen direkt bzw. unmittelbar massgeblich eingeschränkt worden wäre. Der geltend gemachte, durchwegs hohe Arbeitsausfall zwischen etwa 70 und 80 % (vgl. act. II/342, 349, 352, 355, 358, 362; vgl. ferner act. IIA/381) kann daher klar nicht kausal auf die damals geltenden behördlichen Massnahmen (vgl. Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG) zurückgeführt werden (vgl. vorne E. 2.4.1 f.).

**3.2.3** Auch in Bezug auf die branchenspezifische Wirtschaftslage im hier zu beurteilenden Zeitraum bestehen keine Anhaltspunkte, dass ausserhalb

des normalen Betriebsrisikos (vgl. vorne E. 2.4.1) der Beschwerdeführerin liegende Umstände für den geltend gemachten anhaltenden Auftragsmangel verantwortlich gewesen wären. Insbesondere ist keine im Zusammenhang mit der Coronavirus-Pandemie stehende rückläufige Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen glaubhaft gemacht (vgl. vorne E. 2.4.2). So wurde etwa in den vom SECO publizierten Konjunkturtendenzen für Sommer 2021 unter anderem ein starkes Wachstum im Wohnungsbau beschrieben und ausgeführt, die Stimmungsindikatoren für den Baubereich hätten ihre Erholung bis zuletzt fortgesetzt, wobei sich die erwartete Bauaktivität und der Auftragsbestand bereits wieder dem Vorkrisenniveau genähert hätten. Für Herbst 2021 bzw. Winter 2021/2022 wurde sodann eine weitere (deutliche) Verbesserung beschrieben, wobei insbesondere die Auftragsbestände, die sich auf einem hohen Niveau stabilisiert hätten, und die Erwartungen für die Bauaktivität auf eine positive Entwicklung hindeuten würden. Vor allem im Hoch- und Ausbaugewerbe werde die Auftragslage positiv bewertet. Die Bauinvestitionen hätten im dritten Quartal 2021 gar leicht über dem Vorkrisenniveau gelegen, wobei eine zuletzt verhaltene Entwicklung auf einen Mangel an Vorleistungsgütern, eine damit einhergehende Verteuerung ebenjener, einen Anstieg der Baupreise sowie einen zunehmenden Mangel an Fachkräften in der Bauwirtschaft zurückzuführen gewesen sei (vgl. SECO, Konjunkturtendenzen, Sommer 2021 S. 5, Herbst 2021 S. 5, Winter 2021/2022, S. 4 f.; abrufbar: [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch), Rubrik: Publikationen & Dienstleistungen/Publikationen/"Konjunkturtendenzen").

Weiter ist dem vom Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) und der Credit Suisse AG quartalsweise herausgegebenen "Bauindex Schweiz" für das dritte Quartal 2021 zu entnehmen, dass der Bauindex, namentlich mit einem Starken Wohnungs- und Wirtschaftsbau, seine Erholungstendenzen weiter fortsetze. Dafür spreche auch die gute Auftragslage, wobei der grösste Risikofaktor die aktuelle Knappheit einiger wichtiger Baumaterialien bleibe. Für das vierte Quartal 2021 geht aus dem Bauindex hervor, dass nach einem überraschend starken dritten Quartal der Bauindex erneut habe zulegen können und sich die Umsätze des Bauhauptgewerbes vollständig vom pandemiebedingten Rückgang des Vorjahres erholt hätten. Die starke wirtschaftliche Erholung und die sich abzeichnende Verlängerung

des Negativzinsumfelds kurbelten die Baunachfrage an (vgl. SBV/Credit Suisse AG, Bauindex Schweiz, Bauindex 2021, 3. Quartal S. 1 bzw. 4. Quartal, S. 1, abrufbar: [www.baumeister.swiss](http://www.baumeister.swiss), Rubrik: Baumeister 5.0/ Konjunktur & Statistiken/Bauindex/Bauindex 2021).

Auch branchenspezifisch wurde durch den C.\_\_\_\_\_ bereits im April 2021 eine deutliche Verbesserung der Lage im Vergleich zu Jahresbeginn beschrieben. Die Bautätigkeit, die Nachfrage und besonders die Ertragslage hätten sich seit Januar 2021 positiv entwickelt. Zudem hätten der Auftragsbestand und die Reichweite der Aufträge erhöht werden können (vgl. [www.....ch](http://www.....ch), Rubrik: ...: "... " [12. Mai 2021]). Im Juli 2021 werde die konjunkturelle Lage erneut als verbessert bewertet, wobei der Geschäftslageindikator etwa auf dem Niveau von Anfang 2020, das heisst vor der Coronavirus-Pandemie, liege (vgl. [www....ch](http://www....ch), Rubrik: ...: "... " [6. September 2021]). Auch im Oktober 2021 wurden die Erwartungen zur künftigen Geschäfts- und Auftragslage zusehends optimistischer beurteilt, namentlich die Nachfrage, die Auftragsbestände und die Ertragslage hätten sich in den letzten drei vorangegangenen Monaten positiv entwickelt. Zudem hätten sich die Erwartungen über die Geschäftsentwicklung und die Entwicklung der Nachfrage weiter aufgehellt (vgl. [www.....ch](http://www.....ch), Rubrik: ...: "... " [12. November 2021]).

**3.2.4** Angesichts der allgemein im Baugewerbe und spezifisch in der ...- und ...branche im gesamten hier zu beurteilenden Zeitraum guten Konjunktur- und Auftragslage sowie mit Blick auf die fehlende spezifische Begründung ist nicht erstellt, dass der Betrieb der Beschwerdeführerin – anders als die mit ihr konkurrierenden Betriebe – aufgrund anderweitiger, ausserordentlicher und nicht mehr unter das normale Betriebsrisiko fallender Umstände besonders betroffen gewesen wäre. Die als unzureichend angegebene Auftragslage ist auf eine verschärfte Konkurrenzsituation sowie andere wiederkehrende Marktschwankungen (Investitionsverhalten, Materialkosten, Verfügbarkeit von Fachkräften, Zinsentwicklungen, öffentliche Bautätigkeit) zurückzuführen. Hierbei handelt es sich um unter das ordentliche Branchen- und Betriebsrisiko fallende Aspekte. Daran ändert auch nichts, dass sich das erst im Dezember 2019 gegründete Unternehmen der Beschwerdeführerin im hier zu beurteilenden Zeitraum noch in der Anlauf-

phase (vgl. dazu AVIG-Praxis KAE Rz. D4, abrufbar: [www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss), Rubrik: Publikationen/Weisungen Kreisschreiben AVIG-Praxis) befand, da auch während der Dauer der behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Coronavirus-Pandemie die allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen galten (vgl. vorne E. 2.2). Ebenso vermag die Beschwerdeführerin bei der über Monate hinweg intakten Konjunkturlage auch aus dem Umstand, dass sich die ...- und ...branche am Ende der Produktions- bzw. Wertschöpfungskette im Bau- und Nebenbaugewerbe befindet, keine spezifische Betroffenheit hinsichtlich des geltend gemachten Arbeitsausfalls zu begründen. In der Folge sind die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Juli bis Dezember 2021 nicht erfüllt.

**3.3** Mit Entscheiden vom 31. März 2021 (act. IIA/526-530) und vom 24. September 2021 (act. IIA/501-506) bejahte der Beschwerdegegner – unter der Voraussetzung, dass die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt sind – unter anderem für die Monate Juli bis Dezember 2021 einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung mit der Begründung, die Beschwerdeführerin erleide weiterhin einen Arbeitsausfall aufgrund der Coronavirus-Pandemie und der diesbezüglichen behördlichen Massnahmen. Wie voranstehend dargelegt (vgl. E. 3.2 hiervor), vermögen indes weder die damals bestehenden Auswirkungen der Coronavirus-Pandemie bzw. die behördlichen Massnahmen zu deren Bekämpfung noch eine anderweitige ausserordentliche Betroffenheit durch branchenspezifische wirtschaftliche Gegebenheiten den geltend gemachten Arbeitsausfall zu begründen. Vielmehr war er in der hier massgebenden Zeit eindeutig dem normalen Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin zuzuordnen, womit kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestand (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG; vgl. dazu vorne E. 2.4.1). Die ursprünglichen Entscheide vom 31. März 2021 (act. IIA/526-530) und vom 24. September 2021 (act. IIA/510-506) erfolgten daher in falscher Rechtsanwendung und waren damit zweifellos unrichtig (vgl. vorne E. 2.5 und 2.5.1). Ihre Berichtigung ist zudem angesichts der Höhe der geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigung (vgl. act. II/342 f., 349 f., 352 f., 355 f., 358-360, 362 f.) von erheblicher Bedeutung (vgl. vorne E. 2.5.2). Der Beschwerdegegner durfte somit auf seine ursprünglichen Verfügungen zurückkommen und Einspruch ge-

gen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Juli bis Dezember 2021 erheben.

Unter diesen Umständen kann sodann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin – wie vom Beschwerdegegner vertreten (vgl. act. IIA/71; siehe ferner act. IIA/215-221, 222-228) – im Zusammenhang mit der Abklärung der Anspruchsvoraussetzungen respektive der Einstellung von weiterem Personal trotz gleichzeitigem Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ihre Schadenminderungspflicht verletzte (vgl. dazu etwa act. IIA/381 f.) und der Beschwerdegegner auch aus diesem Grund seine vormaligen Verfügungen hätte in Wiedererwägung ziehen können.

**3.4** Zusammenfassend ist der zwischen Juli und Dezember 2021 geltend gemachte Arbeitsausfall weder auf die damals in Kraft gewesenen behördlichen Massnahmen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie noch auf anderweitige ausserhalb der normalen Risikosphäre der Beschwerdeführerin liegende wirtschaftliche Gründe zurückzuführen. Er ist daher nicht anrechenbar, weshalb für die Monate Juli bis Dezember 2021 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht. Der angefochtene Einspracheentscheid ist insoweit nicht zu beanstanden.

#### **4.**

Zu prüfen ist weiter der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zwischen 1. April und 30. Juni 2022 (vgl. vorne E. 1.2; siehe dazu Entscheid des Beschwerdegegners vom 2. Mai 2022 [act. IIA/207-210] bzw. act. IIA/68-74).

**4.1** Mit Voranmeldung vom 22. März 2022 (act. IIA/297-299) ersuchte die Beschwerdeführerin um Kurzarbeitsentschädigung zwischen 1. April und 30. September 2022 für die gesamte Belegschaft bei einem voraussichtlich vollständigen Arbeitsausfall. Zur Begründung gab sie mit E-Mail vom 29. April 2022 (act. IIA/287-289) im Wesentlichen an, die Coronavirus-Pandemie sei der Grund für die Veränderung in der Auftragslage. Das Unternehmen bewerbe sich in vielen Kantonen und bei anderen Unternehmen für Subunternehmeraufträge, jedoch gebe es wegen der Coronavirus-Krise im Moment zu wenig oder meistens nur kurzfristige Aufträge.

Mit Einsprache vom 27. Mai 2022 (act. IIA/166 f.) respektive mit Beschwerde (S. 9 f. Rz. 13) machte die Beschwerdeführerin weiter geltend, ihr könne keine Verletzung der Schadenminderungspflicht im Zusammenhang mit erfolgten Neuanstellungen während der Coronavirus-Pandemie vorgeworfen werden und in konjunktureller Hinsicht seien Unternehmen, die wie die Beschwerdeführerin erst am Ende der Handlungskette stünden, abgesehen vom Zurückhalten von Investoren ungleich stärker von Lieferverzögerungen und angestiegenen Einkaufspreisen für Materialien betroffen als andere Unternehmen.

## **4.2**

**4.2.1** Wie bereits voranstehend dargelegt, bestanden weder ab Juli 2021 noch ab Herbst/Winter 2021 mit der damals noch ausgedehnten Zertifikatspflicht sowie den weiteren, vornehmlich das gesellschaftliche Leben im Sozial- und Freizeitbereich betreffenden behördlichen Anordnungen massgeblich einschränkende Massnahmen, aufgrund derer eine direkte bzw. unmittelbare Einschränkung des – ohnehin nicht einer Zertifikatspflicht unterliegenden – Unternehmens der Beschwerdeführerin erstellt ist (vgl. vorne E. 3.2.2). Folglich hat dies umso mehr für den hier zu beurteilenden Zeitraum ab 1. April 2022 zu gelten, zumal der Bundesrat die verbleibenden, im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Coronavirus nach dem 16. März 2020 angeordneten Massnahmen schrittweise per 1. April 2022 aufgehoben und ab dann die Rückkehr zur epidemiologisch "normalen Lage" beschloss (vgl. Medienmitteilungen des Bundesrates vom 16. Februar 2022 bzw. vom 30. März 2022, je abrufbar: [www.admin.ch](http://www.admin.ch), Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen/Medienmitteilungen des Bundesrates "Coronavirus: Bundesrat hebt Massnahmen auf – einzig Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen sowie Isolation bleiben noch bis Ende März" bzw. "Coronavirus: Rückkehr in die normale Lage und Planung der Übergangsphase bis Frühling 2023"). Es lagen damit offenkundig keine behördlichen Massnahmen (mehr) vor, mit welchen eine allfällige Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen ab 1. April 2022 hätte begründet werden können.

**4.2.2** Sodann bestehen – wie bereits in Bezug auf den Zeitraum vom 1. Juli bis 31. Dezember 2021 erörtert (vgl. vorne E. 3.2.3) – auch aufgrund

der individuellen für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin massgebenden wirtschaftlichen Gegebenheiten keine ausserhalb des branchen- und betriebsüblichen Risikos liegende Umstände, die den geltend gemachten Arbeitsausfall zu begründen vermöchten. So weist der "Bauindex Schweiz" für das 1. und 2. Quartal 2022 weiterhin eine solide, auf hohen Niveaus verharrende Auftragslage mit weiter ansteigenden Bau- und Baumaterialpreisen auf, während die Erholung von der Coronavirus-Krise weiter voranschreite (vgl. SBV/Credit Suisse AG, Bauindex Schweiz, Bauindex 2022, 1. Quartal S. 1 bzw. 2. Quartal S. 1, abrufbar: [www.baumeister.swiss](http://www.baumeister.swiss), Rubrik: Baumeister 5.0/Konjunktur & Statistiken/Bauindex/Bauindex 2022). Auch konnten in den Konjunkturtendenzen des SECO im Frühjahr 2022 eine weitere Verbesserung der Stimmungsindikatoren und eine weitere Aufhellung sowohl der Auftragsbestände als auch der Erwartungen für die Bauaktivität in den kommenden Monaten beobachtet werden. Vor allem im Hoch- und Ausbaugewerbe werde die Auftragslage positiv bewertet (vgl. SECO, Konjunkturtendenzen, Frühjahr 2022 S. 5, abrufbar: [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch), Rubrik: Publikationen & Dienstleistungen/Publikationen/"Konjunkturtendenzen"). Ebenso bewertet der C.\_\_\_\_\_ die Erwartungen zur künftigen Geschäfts- und Auftragslage im Frühling bzw. Herbst 2022 weiterhin als gedämpft optimistisch respektive stabil (vgl. [www.....ch](http://www.....ch), Rubrik: ... "..." [17. Mai 2022] und "..." [5. September 2022]).

**4.2.3** Die Konjunkturlage und Auftragssituation im Baugewerbe bzw. in der ...- und ...branche präsentierte sich folglich im hier zu beurteilenden Zeitraum weiterhin als gut, wobei eine davon abweichende besondere Betroffenheit der Beschwerdeführerin aufgrund ausserordentlicher und nicht mehr unter das normale Branchen- und Betriebsrisiko fallender Umstände weder ersichtlich ist noch glaubhaft dargetan wurde. Die als unzureichend angegebene Auftragslage ab April 2022 ist folglich – wie auch im davor liegenden Zeitraum von Juli bis Dezember 2021 (vgl. vorne E. 3.2.4) – zur Risikosphäre der Beschwerdeführerin zu zählen.

**4.3** Zusammenfassend ist der ab April 2022 geltend gemachte Arbeitsausfall weder auf vormals geltende behördliche Massnahmen im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie noch auf anderweitige ausserhalb der normalen Risikosphäre der Beschwerdeführerin

liegende wirtschaftliche Gründe zurückzuführen. Er ist daher nicht anrechenbar, weshalb für die Monate April bis Juni 2022 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht.

## 5.

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. August 2022 (act. IIA/68-74) nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde ist als offensichtlich unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

## 6.

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

**6.2** 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, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführerin
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, 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.

