

200 22 557 ALV
MAK/SHE/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 19. Februar 2024

Verwaltungsrichterin Mauerhofer, Kammerpräsidentin
Verwaltungsrichterin Wiedmer, Verwaltungsrichter Ackermann
Gerichtsschreiber Schnyder

A. _____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 28. Juli 2022 (ER RD 714/2022 und
ER RD 715/2022)



Sachverhalt:

A.

Die A._____ AG (nachfolgend Arbeitgeberin bzw. Beschwerdeführerin) bezweckt die Führung von ..., insbesondere ..., ..., ... und ... (vgl. www.zefix.ch). Sie betreibt das C._____ in Nachdem die Arbeitgeberin bereits für die Zeit vom 1. März 2020 bis 30. November 2021 Kurzarbeit abgerechnet hatte (vgl. Dossier Arbeitslosenkasse Bern [act. II] 374, 361, 356, 351, 345, 339, 328, 317, 315, 227, 220, 209, 203, 197, 191, 185, 150, 139, 127, 116, 82), reichte sie am 29. November 2021 (Dossier Kantonale Amtsstelle KAST [act. IIA] 288-295) beim Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst (nachfolgend AVA oder Beschwerdegegner), eine Voranmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ab 1. Dezember 2021 ein. Mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 (act. II 105-109) entschied das AVA, falls die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien und der Arbeitsausfall nicht auf die üblichen saisonalen Beschäftigungsschwankungen zurückzuführen sei, könne die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Dezember 2021 bis 28. Februar 2022 durch die Arbeitslosenkasse vorgenommen werden. Die Verfügung blieb unangefochten. In der Folge rechnete die Arbeitgeberin für die Zeit vom 1. Dezember 2021 bis 28. Februar 2022 Kurzarbeit ab (act. II 69, 58, 44).

Nachdem die Arbeitgeberin am 30. März 2022 (act. IIA 269-275) dem AVA eine Voranmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ab 1. April 2022 eingereicht hatte, tätigte das AVA weitere Abklärungen und verlangte namentlich von der Arbeitgeberin diverse Informationen und Unterlagen ein (act. IIA 204-207, 253-254, 259-268, 277-279). Mit Verfügung vom 25. Mai 2022 (act. II 29-32) annullierte und ersetzte das AVA seine Verfügung vom 14. Dezember 2021 (act. II 105-109) und verneinte einen Anspruch der Arbeitgeberin auf Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 1. Dezember 2021 bis 28. Februar 2022. Mit separater Verfügung vom gleichen Tag (act. II 33-36) verneinte es einen Anspruch der Arbeitgeberin auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. April 2022. Gegen die beiden Verfügungen vom 25. Mai 2022 erhob die Arbeitgeberin, vertreten durch

Rechtsanwalt Dr. iur. B. _____, am 24. Juni 2022 (Dossier Rechtsdienst [act. IIB] 74-130) Einsprache. Mit Einspracheentscheid vom 28. Juli 2022 (act. IIB 2-7) vereinigte das AVA die beiden Verfahren, wies die Einsprache vom 24. Juni 2022 ab und bestätigte die beiden Verfügungen vom 25. Mai 2022.

B.

Mit Eingabe vom 14. September 2022 erhob die Arbeitgeberin, weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. B. _____, dagegen Beschwerde mit folgenden Rechtsbegehren:

- „ 1. Der Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung, Rechtsdienst, vom 28.7.2022 sei aufzuheben;
2. Der Beschwerdeführerin sei für die Zeit vom 1.12.2021 bis 28.2.2022 sowie 1.4.2022 bis 31.7.2022 die Kurzarbeitsentschädigung auszurichten;
3. Eventualiter: Die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“

Der Beschwerdegegner schloss mit Beschwerdeantwort vom 18. Oktober 2022 auf Abweisung der Beschwerde.

Am 30. Januar 2024 fand eine nichtöffentliche Urteilsberatung gemäss Art. 56 Abs. 5 bzw. 6 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) i.V.m. Art. 37 Abs. 1 lit. b des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) statt.

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 GSOG 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 VRPG) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsgegenstand bildet der Einspracheentscheid vom 28. Juli 2022 (act. IIB 2-7). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für fünf Mitarbeitende der Beschwerdeführerin für die Zeit vom 1. Dezember 2021 bis 28. Februar 2022 sowie für sieben Mitarbeitende für die Zeit vom 1. April bis 31. Juli 2022 (act. II 22, 97 sowie Beschwerde S. 4 Ziff. 9).

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.

Die Beschwerdeführerin rügt in formeller Hinsicht vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. So sei der Beschwerdegegner im angefochtenen

Entscheid nicht bzw. nicht vollständig auf die Rügen und Argumentation in der Einsprache eingegangen (Beschwerde S. 10 Ziff. 26 sowie S. 16 Ziff. 42).

2.1 Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV; SR 101]). Die Begründungspflicht ist wesentlicher Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV. Sie soll verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und den Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur möglich, wenn sowohl die betroffene Person als auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt. Dies bedeutet indessen nicht, dass sie sich ausdrücklich mit jeder tatbeständlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen muss. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 136 I 229 E. 5.2 S. 236, 124 V 180 E. 1a S. 181; SVR 2022 IV Nr. 37 S. 122 E. 5.1).

2.2 Der Beschwerdegegner hat in den beiden Verfügungen vom 25. Mai 2022 (act. II 29-32, 33-36) und dem hier angefochtenen Einspracheentscheid vom 28. Juli 2022 (act. IIB 2-7) klar zu erkennen gegeben, von welchen Überlegungen er sich hat leiten lassen und sich mit den Einwänden der Beschwerdeführerin in genügender Form auseinandergesetzt. Rechtsprechungsgemäss war er nicht gehalten, auf jede erhobene Rüge einzugehen. Eine sachgerechte Anfechtung der Verfügungen wie auch des Einspracheentscheids war der Beschwerdeführerin denn auch möglich, weshalb keine Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw. der Begründungspflicht vorliegt (vgl. statt vieler: BGE 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436 mit Hinweisen).

3.

3.1 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).

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).

3.2 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).

3.3 Die Annahme der Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls muss sich auf hinreichend konkrete Gründe stützen, und es sind die geeigneten Massnahmen zu nennen, welche der Arbeitgeber in Missachtung seiner Schadenminderungspflicht zu ergreifen versäumt hat. Namentlich genügt es zur Begründung der Vermeidbarkeit nicht, geltend zu machen, die Arbeitgeberin hätte die Kurzarbeit durch Entlassungen vermeiden können, denn dies würde auf eine Abschaffung des Instituts der Kurzarbeitsentschädigung hinauslaufen (BGE 111 V 379 E. 2a S. 384 = Pra 1988 Nr. 26).

3.4 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).

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

3.6 Ein Arbeitgeber, der für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend machen will, muss dies mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Die Voranmeldung ist zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert (Art. 36 Abs. 1 AVIG).

Der Arbeitgeber muss gemäss Art. 36 Abs. 2 AVIG in der Voranmeldung angeben:

- a) die Zahl der im Betrieb beschäftigten und die Zahl der von Kurzarbeit betroffenen Arbeitnehmer;
- b) Ausmass und voraussichtliche Dauer der Kurzarbeit;
- c) die Kasse, bei der er den Anspruch geltend machen will.

Der Arbeitgeber muss in der Voranmeldung die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und anhand der durch den Bundesrat bestimmten Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 Abs. 1 und 32 Abs. 1 lit. a AVIG erfüllt sind. Die kantonale Amtsstelle kann weitere zur Prüfung nötige Unterlagen einverlangen (Art. 36 Abs. 3 AVIG).

Hält die kantonale Amtsstelle eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung. Sie benachrichtigt in jedem Fall den Arbeitgeber und die von ihm bezeichnete Kasse (Art. 36 Abs. 4 AVIG).

3.7 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).

3.7.1 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 Zweifel 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 (fachärztlichen) 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 (invaliditätsmässigen) Anspruchsvoraussetzungen kann nicht zweifellos unrichtig sein (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).

3.7.2 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 praxisgemäss 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 [BGer] vom 4. Mai 2017, 8C_18/2017, E. 3.2.2).

3.8 Der den Sozialversicherungsprozess beherrschende Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Gerichts – und der verfügenden Behörde – ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein. Die Parteien tragen mithin in diesem Verfahrensbereich in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheidung zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, durch die Beweismwürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 144 V 427 E. 3.2 S. 429, 138 V 218 E. 6 S. 222; SVR 2022 ALV Nr. 27 S. 98 E. 5.1).

4.

Der Beschwerdegegner vertritt die Auffassung, indem die Beschwerdeführerin in der Zeit während des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung die in früheren Jahren befristet beschäftigte D._____ per 1. Dezember 2021 unbefristet angestellt habe, habe sie ihre Schadenminderungspflicht verletzt, weshalb kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Dezember 2021 bis 28. Februar 2022 und ab 1. April 2022 bestehe (vgl. diesbezüglich auch Beschwerde S. 12 f. Ziff. 33). Die Beschwerdeführerin habe erwartet, durch die Aufhebung der behördlichen Massnahmen infolge der Covid-19-Pandemie würden die ... ansteigen. Dass sich die Erwartung nicht erfüllt habe, sei ihr unternehmerisches Risiko. Es könne nicht sein, dass aufgrund falscher Einschätzungen neue Arbeitsstellen geschaffen würden und als Folge davon ein weiterer Arbeitsausfall geltend gemacht werde (vgl. etwa act. II 29-32, 33-36, act. IIA 2-7 sowie Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. 4).

Demgegenüber bringt die Beschwerdeführerin vor, sie sei ihrer Schadenminderungspflicht vollumfänglich nachgekommen. So habe sie den Personalbestand während der Covid-19-Pandemie von vorher 15 auf 5 Personen reduziert und den ...betrieb mit ... mit einem absoluten Minimum an Mitarbeitern geführt. Mit der Aufhebung der behördlichen Massnahmen sei eine minimale Erhöhung des Personalbestandes erfolgt. Mit dem Umsatzzanstieg in den Wintermonaten sei per 1. Dezember 2021 eine Wiederanstellung von D._____ erfolgt, welche bereits in den Jahren zuvor für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei. Dass diese Anstellung nunmehr unbefristet erfolgt sei, sei unerheblich (vgl. etwa act. IIB 74-84 sowie Beschwerde S 11 f. Ziff. 29 sowie 32).

5.

Was die Frage nach der Verletzung der Schadenminderungspflicht angeht, ist es branchenüblich, dass der Personalbestand jeweils vor der Saison angepasst wird, wie die Beschwerdeführerin überzeugend darlegt (vgl.

etwa Beschwerde S. 12 Ziff. 31). Die Planung erfolgt vor Saisonbeginn und soll die künftige Funktionsfähigkeit des Betriebes garantieren.

Aufgrund der Akten ist sodann Folgendes erstellt: Aus den Tabellen zum jeweiligen Personalbestand der Jahre 2018 bis 2022 (act. IIA 144-148) geht hervor, dass die Beschwerdeführerin ihr Personal insgesamt nicht aufgestockt, sondern zunächst infolge der Covid-19-Pandemie erheblich reduziert hat. Nach Aufhebung der behördlichen Massnahmen sowie einem saisonal bedingten Anstieg der Buchungen hat sie den Personalbestand wieder ausgeglichen (vgl. etwa Beschwerde S. 4 Ziff. 12, S. 11 Ziff. 29 sowie act. IIA 124 und 144-148). So betrug der Personalbestand inkl. dem einzigen Gesellschafter (vgl. www.zefix.ch) im nicht pandemiebetroffenen Dezember 2018 gleich wie im Dezember 2021 sieben Personen und wurde lediglich im Februar 2022 kurzzeitig für fünf Wochen um eine Angestellte erhöht (act. IIA 144-148). Daran hat sich auch in der Zeit ab 1. April 2022 nichts geändert (vgl. auch act. IIA 269). Gemäss der Voranmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung vom 30. März 2022 (act. IIA 269-275) rechnete die Beschwerdeführerin infolge Anstieg der Covid-19-bedingten Fallzahlen und eventuell zu erwartenden diesbezüglichen Massnahmen mit einem Rückgang bzw. zumindest nicht mit einem Anstieg der Buchungen. Der Personalbestand wurde dabei bei sieben Personen belassen.

Daraus ergibt sich, dass der Personalbestand in den Monaten Dezember 2021 bis Februar 2022 und ab April 2022 keineswegs überhöht war. Unter diesen Umständen hat die Beschwerdeführerin mit der unbefristeten Anstellung von D._____ per 1. Dezember 2021 ihre Schadenminderungspflicht nicht verletzt. Die Anstellung steht einem Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht entgegen; und zwar weder für die Zeit von Dezember 2021 noch jene von April bis Juni 2022. Unter dem Aspekt der Schadenminderungspflicht erweist sich die Verfügung des AVA vom 14. Dezember 2021 somit – anders als jene vom 25. Mai 2022 betreffend die Zeit von April bis Juni 2022 – als korrekt.

6.

Nachfolgend sind die Wiedererwägungsvoraussetzungen (vgl. E. 3.7 hiavor) betreffend die Verfügung vom 14. Dezember 2021 (act. II 105-109) zu prüfen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob diese zweifellos unrichtig war, wobei es im Rahmen der Voranmeldung (vgl. auch E. 3.6 hiavor) jeweils darum geht, ob ein nicht zum normalen Betriebsrisiko gehörender Arbeitsausfall zu erwarten ist. Die kantonale Amtsstelle hat mithin eine Prognose zu treffen.

Im Zeitpunkt der Verfügung vom 14. Dezember 2021 (act. II 105-109) wurde aufgrund der Covid-19-Pandemie mit weiteren behördlichen Massnahmen und mit verändertem Reiseverhalten der in- wie ausländischen Touristen gerechnet. Davon ausgehend, erwartete die Beschwerdeführerin einen Arbeitsausfall, der nicht zum normalen Betriebsrisiko gehört. Der Beschwerdegegner stellte mit Verfügung vom 14. Dezember 2021 fest, die Beschwerdeführerin vermöge den Zusammenhang zwischen dem erwarteten Arbeitsausfall und der Covid-19-Pandemie ab 1. Dezember 2021 glaubhaft zu machen. Diese Beurteilung war aufgrund der damaligen Verhältnisse nicht zweifellos unrichtig. Der Umstand, dass die Mitwirkung der Beschwerdeführerin bezüglich der nach der Voranmeldung vom 30. März 2022 (act. IIA 269-275) ab 1. April 2022 vom Beschwerdegegner getätigten Abklärungen mangelhaft war (vgl. act. IIA 205-208, 253-254, 259-267, 268, 277-279), ändert daran nichts.

Daher sind die Wiedererwägungsvoraussetzungen für die Zeit vom 1. Dezember 2021 bis 28. Februar 2022 nicht erfüllt. Die Verfügung vom 14. Dezember 2021 hat somit weiterhin Bestand und der angefochtene Einspracheentscheid erweist sich als unrichtig.

7.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin ihre Schadenminderungspflicht nicht verletzt hat, und dass demnach die Verfügung vom 14. Dezember 2021 weder unter diesem Aspekt noch unter dem Aspekt des zu erwartenden und ausserhalb des Betriebsrisikos liegenden Arbeitsausfalls zweifellos unrichtig war. Aus denselben Gründen hätte auf die Voranmeldung vom 30. März 2022 hin kein Einspruch erfolgen

dürfen; die Verfügung des AVA vom 25. Mai 2022 erging somit zu Unrecht. In Gutheissung der Beschwerde ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 28. Juli 2022 (act. II 10-15) daher aufzuheben.

8.

8.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f^{bis} ATSG (Umkehrschluss; vgl. auch BBl 2018 1639) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

8.2 Die obsiegende Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG).

Mit Kostennote vom 10. November 2022 macht Rechtsanwalt Dr. iur. B._____ eine Parteientschädigung inkl. Auslagen und MWST von Fr. 6'775.95 geltend. Der angegebene Aufwand von 28 Stunden erscheint im Vergleich zu ähnlich gelagerten Fälle sowie dem Umstand, dass lediglich ein einfacher Schriftenwechsel durchgeführt wurde und der Rechtsvertreter die Beschwerdeführerin bereits im Einspracheverfahren vertreten hat (act. IIB 74 ff.) und damit sowohl die Akten als auch die Problematik kannte, als überhöht. Angemessen erscheint vorliegend ein Aufwand von maximal 12 Stunden. Die Parteientschädigung wird ermessenweise auf pauschal Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen und MWST) festgelegt. Diesen Betrag hat der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin zu ersetzen.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst, vom 28. Juli 2022 aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt Dr. iur. B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Die Kammerpräsidentin:

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.