

200 22 628 ALV
ACT/ISD/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 25. Januar 2023

Verwaltungsrichter Ackermann, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Knapp, Verwaltungsrichter Loosli
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 16. September 2022 (ER RD
718/2022)



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ GmbH bezweckt unter anderem den Betrieb eines ...- und ... sowie alle damit zusammenhängenden Arbeiten (vgl. Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner; act. IIA]/523; SHAB-Nr. ... vom xx. Juli 2017). Nachdem sie mit undatierter Voranmeldung für den Zeitraum vom 1. September 2021 bis zum 28. Februar 2022 die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für sämtliche ihre Angestellten beantragt hatte (act. IIA/321 f.), erhob das AVA mit Verfügung vom 3. November 2021 (act. IIA/324-329) insoweit gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung Einspruch, als diese für den Zeitraum zwischen 1. Januar und 28. Februar 2022 vorangemeldet worden war. Betreffend den Zeitraum vom 4. September bis 31. Dezember 2021 erwog es, dass eine Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vorgenommen werden könne, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (act. IIA/324).

Nach Abklärungen zu den angegebenen Arbeitsausfällen ab dem 4. September 2021 kam das AVA mit "Wiedererwägungs-Entscheid" vom 24. Mai 2022 (Akten des Beschwerdegegners [act. II]/68-73) auf die Verfügung vom 3. November 2021 (act. IIA/324-329) zurück und erhob betreffend den Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2021 Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung. Daran hielt das AVA mit Einspracheentscheid vom 16. September 2022 fest (act. II/5-9).

B.

Hiergegen erhob die A. _____ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin), vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, mit Eingabe vom 19. Oktober 2022 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung vom 4. September bis 31. Dezember 2021. Weiter beantragte sie die Sistierung des Verfahrens bis zum Entscheid im Verfahren des Verwal-

tungsgerichts des Kantons Bern ALV/2022/551. Mit Eingabe vom 20. Oktober 2022 reichte die Beschwerdeführerin weitere Unterlagen ein und machte Ausführungen.

Mit prozessleitender Verfügung vom 20. Oktober 2022, erneut eröffnet am 25. Oktober 2022, wies der Instruktionsrichter unter anderem das Sistierungsgesuch ab.

Mit Beschwerdeantwort vom 21. November 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 Verwaltungsrechts-

pflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist insoweit auf die Beschwerde einzutreten, als Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Oktober bis Dezember 2021 strittig ist (vgl. E. 1.2 hiernach).

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 16. September 2022 (act. II/5-9). Dieser ersetzt den Wiedererwägungsentscheid vom 24. Mai 2022 (act. II/68-73), auch wenn er diesen 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). Mit dem Wiedererwägungsentscheid vom 24. Mai 2022 (act. II/68-73) zog der Beschwerdegegner seinen Entscheid vom 3. November 2021 (act. IIA/324-329) bloss teilweise in Wiedererwägung und befand, dass für den Zeitraum vom 4. bis 30. September 2021 – unter Vorbehalt der erfüllten übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG – Kurzarbeitsentschädigung ausbezahlt werden könne, während er für den Zeitraum vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2021 Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung erhob (vgl. act. II/68).

Die Beschwerdeführerin beantragt in der Beschwerde die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für die Dauer vom 4. September bis 31. Dezember 2021 (Beschwerde S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 2). Betreffend den Zeitraum vom 4. bis 30. September 2021 hat die kantonale Amtsstelle (KAST) mit Wiedererwägungsentscheid vom 24. Mai 2022 (act. II/68-73) jedoch keinen Widerspruch erhoben. Der Antrag der Beschwerdeführerin weicht diesbezüglich nicht vom Dispositiv des Wiedererwägungsentscheids bzw. dem diesen ersetzenden Einspracheentscheid (act. II/5-9) ab, weshalb soweit kein hinreichendes Rechtsschutzinteresse besteht. Auf die Beschwerde ist insofern nicht einzutreten und die richterliche Überprüfung des angefochtenen Einspracheentscheids hat sich daher auf die strittige Verneinung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2021 zu beschränken.

1.3 Streitig ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2021. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin in den Formularen "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung" betrug die beantragte Kurzarbeitsentschädigung im Oktober 2021 Fr. 26'995.-- (act. IIA/220), im November 2021 Fr. 26'462.55 (act. IIA/208) und im Dezember 2021 Fr. 25'250.40 (act. IIA/169). Der

Streitwert liegt damit über Fr. 20'000.--, weshalb die Streitsache durch eine Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richter (Art. 57 Abs. 1 GSOG [Umkehrschluss] und Art. 56 Abs. 1 GSOG) zu beurteilen ist.

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 für die Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2021 umstritten (vgl. vorne E. 1.2), weshalb die in diesem Zeitraum in Kraft stehenden Gesetzes- und Ordnungsbestimmungen 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 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 Fassung vom 1. Oktober 2021 bzw. vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2021 [AS 2021 593 bzw. AS 2022 39] gültigen Fassung), mit welcher unter anderem diverse Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung eingeführt wurden. An der Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls (vgl. dazu hinten E. 2.4 f.) 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. Dabei 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 (SECO Weisung 2021/16 S. 11 Ziff. 2.3). Diese Bestimmungen waren bis zum 31. Dezember 2022 befristet und wurden mit der aktualisierten Weisung des SECO vom 17. Oktober 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 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 notwendi-

gen (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).

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 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 BGer vom 4. Mai 2017, 8C_18/2017, E. 3.2.2).

3.

3.1 Vorab ist die grundsätzliche Möglichkeit eines Zurückkommens des Beschwerdegegners auf seine ursprüngliche Verfügung vom 3. November 2021 (IIA/324-329) zu prüfen.

Anders als in der Beschwerde (S. 5 f.) angenommen, hat sich die Verwaltung nicht auf den Rückkommenstitel der prozessualen Revision gemäss Art. 53 Abs. 1 ATSG berufen. Es kann daher offen bleiben, ob dessen Voraussetzungen hier erfüllt sind. Vielmehr hat die KAST ihre ursprüngliche Verfügung vom 3. November 2021 (act. IIA/324-329) gestützt auf Art. 53 Abs. 2 ATSG mit Entscheid vom 24. Mai 2022 (act. IIA/68-73) in Wiederwägung gezogen, das heisst, sie ist materiell auf ihre erste Verfügung zurückgekommen und hat in derselben Sache eine neue Anordnung erlassen (vgl. vorne E. 2.5). Solches ist zulässig, weil es sich im vorliegenden Fall um eine ursprünglich unrichtige Rechtsanwendung handelt (vgl. dazu hinten E. 3.3), welche durch Wiedererwägung zu korrigieren ist (vgl. vorne E. 2.5). Die Wiedererwägung ist auch in Bezug auf den Einspruch der KAST – im Kanton Bern ist dies der Beschwerdegegner (Art. 10a der kantonalen Verordnung vom 18. Oktober 1995 über die Organisation und die Aufgaben der Wirtschafts-, Energie- und Umweltdirektion [Organisationsverordnung WEU, OrV WEU; BSG 152.221.111]) – gegen die Auszahlung gemäss Art. 36 Abs. 4 AVIG möglich, da es sich hierbei nach dem eindeutigen und unmissverständlichen Gesetzeswortlaut in allen drei Amtssprachen um eine Verfügung handelt (franz.: "par décision" bzw. ital.: "mediante decisione"). Ebenfalls Verfügungscharakter hat ein positiver Entscheid der Amtsstelle, das heisst, wenn sie keinen Einspruch erhebt (THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2420 f. N. 514 mit Hinweisen), was sie denn auch verfügungsweise zu eröffnen hat (AVIG-Praxis KAE Rz. G17). Auf eine solche Verfügung kann daher – bei gegebenen Voraussetzungen – nach der unter anderem im gesamten Verwaltungsverfahren der Arbeitslosenversicherung geltenden Regelung von Art. 53 Abs. 2 ATSG zurückgekommen werden, ohne dass der Beschwerdegegner an seinen ursprünglichen (positiven) Entscheid gebunden wäre (vgl. Beschwerde S. 4 f.). Der Inhalt des Ent-

scheids, der in Wiedererwägung gezogen werden soll, ist denn auch unerheblich, falls der materielle Verfügungsbegriff von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) erfüllt ist (THOMAS FLÜCKIGER, in FRÉSARD-FELLAY/KLETT/LEUZINGER [Hrsg.], Basler Kommentar, Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts, Art. 53 N. 57). Dies ist hier offenkundig der Fall. Schliesslich enthält das AVIG als das speziellere Gesetz auch keine vom allgemeinen Gesetz (hier: ATSG) abweichende und diesem nach den Kollisionsregeln vorgehende Bestimmungen (zur sog. "lex specialis"-Kollisionsregel vgl. BGE 144 V 224 E. 4.2 S. 229 f. mit Hinweis). Verfügungen der kantonalen Amtsstelle nach Art. 36 Abs. 4 AVIG sind damit der Wiedererwägung gemäss Art. 53 Abs. 2 ATSG zugänglich.

3.2

3.2.1 Die Beschwerdeführerin gab zur Begründung für die Kurzarbeit für die Monate Oktober bis Dezember 2021 im Wesentlichen an, der Betrieb sei während dieser Zeit weiterhin offen gewesen. Man habe sich telefonisch und schriftlich um Aufträge beworben und auch andere Unternehmen für Subunternehmensaufträge angefragt. Leider bestünden aufgrund der Coronavirus-Pandemie zu wenig Aufträge (act. IIA/210).

3.2.2 Im hier zu beurteilenden Zeitabschnitt zwischen Oktober und Dezember 2021 galt gemäss den Beschlüssen des Bundesrates vom 8. September 2021 (AS 2021 542) und vom 3. Dezember 2021 (AS 2021 813) unter anderem 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. Zertifikatpflicht; vgl. Medienmitteilung des Bundesrats vom 8. September 2021, abrufbar: www.admin.ch, Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen "Coronavirus: Bundesrat dehnt Zertifikatspflicht aus und startet Konsultation zu neuen Einreisebestimmungen") respektive ab dem 6. Dezember 2021 eine 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, Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen

"Coronavirus: Bundesrat verstärkt die Massnahmen gegen die Pandemie"; zum Verlauf der behördlichen Massnahmen: 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, Rubrik: Krankheiten/Infektionskrankheiten: Ausbrüche, Epidemien, Pandemien/Aktuelle Ausbrüche und Epidemien/Coronavirus/Massnahmen und Verordnungen). Dabei ist nicht ansatzweise ersichtlich und wurde von der Beschwerdeführerin weder auf konkrete Rückfrage der Verwaltung (vgl. act. IIA/210) noch beschwerdeweise dargelegt, inwieweit ihr Betrieb aufgrund dieser, insbesondere das gesellschaftliche Leben im Sozial- und Freizeitbereich betreffenden Massnahmen direkt bzw. unmittelbar massgeblich eingeschränkt worden wäre. Der geltend gemachte hohe Arbeitsausfall von durchschnittlich rund 80 % (vgl. act. IIA/219, 207, 168) kann daher klar nicht auf die vormals 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 dafür, 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 erstellt (vgl. vorne E. 2.4.2). So wurde etwa in den vom SECO publizierten Konjunkturtendenzen für Herbst 2021 bzw. Winter 2021/2022 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 lagen im dritten Quartal 2021 gar leicht über dem Vorkrisenniveau, wobei eine zuletzt verhaltene Entwicklung auf einen Mangel an Vorleistungsgütern, eine damit einhergehende Verteuerung ebenjener, einem Anstieg der Baupreise sowie einem zunehmenden Mangel an Fachkräften in der Bauwirtschaft zurückzuführen gewesen sei (vgl. SECO, Konjunkturtendenzen, Herbst 2021, S. 5, bzw. Winter 2021/2022, S. 4 f.; abrufbar:

www.seco.admin.ch, Rubrik: Publikationen & Dienstleistungen/Publikationen/"Konjunkturtendenzen"). Weiter ist dem vom Schweizerischen Bau-
meisterverband (SBV) und der Credit Suisse AG quartalsweise herausge-
gebenen "Bauindex Schweiz" für das vierte Quartal 2021 zu entnehmen,
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 Verlänge-
rung des Negativzinsumfelds kurbelten die Baunachfrage an (vgl.
SBV/Credit Suisse AG, Bauindex Schweiz, Bauindex 2021, 4. Quartal, S. 1,
abrufbar: www.baumeister.swiss, Rubrik: Baumeister 5.0/Konjunktur & Sta-
tistiken/Bauindex/Bauindex 2021). Auch branchenspezifisch wurden durch
den Verband C._____ im Oktober 2021 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.C._____.ch, Rubrik: ...).

Angesichts der allgemein im Baugewerbe sowie spezifisch in der ...- und
... im 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 konkurrie-
renden Betriebe – aufgrund anderweitiger, ausserordentlicher und nicht
mehr unter das normale Betriebsrisiko fallende Umstände besonders be-
troffen gewesen wäre. Die als unzureichend angegebene Auftragslage ist
auf eine verschärfte Konkurrenzsituation sowie andere wiederkehrende
Marktschwankungen (Investitionsverhalten, Materialkosten, Verfügbarkeit
von Fachkräften, Zinsentwicklungen, öffentliche Bautätigkeit) zurückzu-
führen. In der Folge sind die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeits-
entschädigung für die Monate Oktober bis Dezember 2021 nicht erfüllt.

3.3 Mit Entscheid vom 3. November 2021 (AB IIA/324-329) bejahte der
Beschwerdegegner – unter der Voraussetzung, dass die übrigen An-
spruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt sind – unter anderem für
die Monate Oktober bis Dezember 2021 einen Anspruch auf Kurzarbeits-

entschädigung 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 eindeutig dem normalen Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin zuzuschreiben, womit kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestand (Art. 33 Abs. 1 lit. a; vgl. dazu vorne E. 2.4.1 f.). Der ursprüngliche Entscheid vom 3. November 2021 (act. IIA/324-329) erfolgte in falscher Rechtsanwendung und war damit zweifellos unrichtig (vgl. vorne E. 2.5 und 2.5.1). Eine Berichtigung des Entscheids vom 3. November 2021 (act. IIA/324-329) ist zudem angesichts des Streitwertes (vgl. vorne E. 1.3) von erheblicher Bedeutung (vgl. vorne E. 2.5.2). Der Beschwerdegegner durfte somit auf seine ursprüngliche Verfügung zurückkommen und Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Oktober bis Dezember 2021 erheben.

4.

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 16. September 2022 (act. II/5-9) nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

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, 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.