

200 22 701 ALV
JAP/GET/LEA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 26. Januar 2023

Verwaltungsrichter Jakob, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiber Germann

A. _____ AG

Beschwerdeführerin

gegen

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

Beschwerdegegner

betreffend Einspracheentscheid vom 16. November 2022



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ AG bezweckt unter anderem die Fabrikation und den Verkauf von ... (Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung [nachfolgend AVA bzw. Beschwerdegegner], Dossier Kantonale Amtsstelle [KAST; act. IIB], 38).

Am 31. Oktober 2022 reichte sie unter Hinweis auf eine Verzögerung bei erteilten Aufträgen und einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 50% eine Voranmeldung von Kurzarbeit betreffend 16 Mitarbeitende der Betriebsabteilung Produktion für den Zeitraum vom 31. Oktober 2022 bis 31. Januar 2023 ein (act. IIB 27-30). Nachdem das AVA (KAST) den Sachverhalt mittels Rücksprache bei der A. _____ AG weiter abgeklärt hatte (act. IIB 21 f., 25 f.), erhob es mit Entscheid Nr. ... vom 7. November 2022 (act. IIB 16-20) Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung. Die dagegen erhobene Einsprache (act. IIB 7 f.) wies das AVA (Rechtsdienst) mit Entscheid vom 16. November 2022 (act. IIB 2-5) ab.

B.

Dagegen erhob die A. _____ AG mit Eingabe vom 18. November 2022 Beschwerde. Sie beantragt sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheides sowie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung.

Mit Beschwerdeantwort vom 4. Januar 2023 beantragt 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 auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 16. November 2022 (act. IIB 2-5). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung betreffend 16 Mitarbeitende der Betriebsabteilung Produktion der Beschwerdeführerin für die Zeit vom 31. Oktober 2022 bis 31. Januar 2023 bei einem prozentualen Arbeitsausfall von 50%.

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 Laut Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie bestimmte, in lit. a-d näher umschriebene Voraussetzungen erfüllen.

2.1.1 Ein Anspruch setzt namentlich voraus, dass der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er – kumulativ – auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG; BGE 121 V 371 E. 2a S. 373).

2.1.2 Sodann regelt der Bundesrat gemäss Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG für Härtefälle die Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen, die auf behördliche Massnahmen, auf wetterbedingte Kundenausfälle oder auf andere vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen sind. Von dieser Kompetenz hat er in Art. 51 AVIV f. Gebrauch gemacht. Art. 51 Abs. 2 AVIV nennt – in einer nicht abschliessenden Aufzählung – bestimmte Sachverhalte, welche unter die Härtefallklausel fallen, darunter etwa Ein- oder Ausfuhrverbote für Rohstoffe und Waren (lit. a; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 22. Oktober 2007, C 255/06, E. 3.1).

2.2

2.2.1 Ein auf wirtschaftliche Gründe (vgl. E. 2.1.1 vorne) oder die Härtefallklausel (vgl. E. 2.1.2 vorne) zurückzuführender und darum grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er durch Umstände verursacht wird, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG; vgl. auch THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in ULRICH MEYER [Hrsg.], Schwei-

zerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2412 f., N. 483 ff.). Mit dem normalen Betriebsrisiko sind die "gewöhnlichen" Arbeitsausfälle gemeint, mithin jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind (BGE 138 V 333 E. 4.2.2 S. 337; ARV 2004 S. 128 E. 1.3).

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

Wie das Bundesgericht in zahlreichen Fällen erkannt hat, sind bei Bauunternehmungen Schwankungen in der Auftragslage im Jahresverlauf, insbesondere ein Rückgang der Aufträge im Winter, erfahrungsgemäss durchaus üblich. Demzufolge ist der darauf zurückzuführende Arbeitsausfall saisonal und betriebsüblich und darum gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG nicht anrechenbar. Ferner hat das Bundesgericht ebenfalls festgehalten, dass auch Verschiebungen von Terminen auf Wunsch von Auftraggebern oder allenfalls auch aus anderen Gründen, die von dem mit der Ausführung von Arbeiten beauftragten Unternehmen nicht zu verantworten sind, im Baugewerbe nichts Aussergewöhnliches darstellen, weshalb die Arbeitslosenversicherung für entsprechende Auswirkungen auf die Beschäftigung der Belegschaft nicht einzustehen hat (ARV 1999 S. 51 E. 4a, 1993/94 S. 247 E. 2b; AVIG-Praxis KAE, Ziffer D8 [www.arbeit.swiss.ch] -> Publikationen -> Weisungen/Kreisschreiben/AVIG-Praxis – zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen, BGE 147 V 79 E. 7.3.2 S. 82, 146 V 224 E. 4.4.2 S. 228).

2.3 Die Verwaltung hat zu prüfen, ob die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründet ist und ob die Anspruchsvoraussetzungen – so auch jene des anrechenbaren Arbeitsausfalls – glaubhaft gemacht sind (vgl. BGE 110 V 334 E. 3c S. 336; Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG, heute BGer] vom 4. Dezember 2003, C 8/03, E. 4.2).

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin bringt vor, aufgrund der COVID-Pandemie und der dadurch (insbesondere in China) erfolgten Lockdowns sowie wegen des Ukrainekrieges seien die Lieferketten international gestört, womit Projekte nicht zeitgerecht ausgeführt werden könnten. Hinzu kämen erschwerende Faktoren wie Turbulenzen am Finanzmarkt und ein steigendes Zinsumfeld.

3.2 Die Beschwerdeführerin benennt beschwerdeweise – bei grundsätzlich als gut bezeichneter Auftragslage (act. IIB 30) – konkret drei Projekte, welche gemäss ihrer Darstellung in ihrer Realisierung verzögert sind, wobei nur zwei davon (... sowie ...) im Auftragsbestand per 31. Oktober 2022 aufgeführt sind (act. IIB 36). Daraus geht weiter hervor, dass diese Projekte mit einem Auftragsbestand von Fr. 305'637.45 (Fr. 35'647.30 + Fr. 270'000.--) einen kleinen Anteil des Gesamtauftragsbestandes in der Höhe von Fr. 4'323'803.65 ausmachen. Vor diesem Hintergrund ist zumindest fraglich, ob der in der Voranmeldung von Kurzarbeit angegebene Arbeitsausfall von 50% betreffend die Betriebsabteilung Produktion (act. IIB 27) hinreichend glaubhaft (vgl. E. 2.3 vorne) gemacht ist. Dies kann mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen jedoch offen bleiben.

3.3 Der Beschwerdegegner hat im angefochtenen Einspracheentscheid vom 16. November 2022 (act. IIB 2-5) mit zutreffender Begründung die Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls und in der Folge die Bewilligung von Kurzarbeit verneint:

3.3.1 Die Verordnung vom 23. Juni 2021 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26) trat auf den 1. April 2022 ausser Kraft (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 30. März 2022, abrufbar unter <www.admin.ch> -> Dokumentation -> Medienmitteilungen), womit die Rückkehr in die normale Lage erfolgte. Damit bestehen in der Schweiz bezüglich der COVID-19-Pandemie keine behördlichen Massnahmen mehr, welche die wirtschaftliche Tätigkeit im Generellen und hinsichtlich der Beschwerdeführerin im Konkreten behindern respektive im streitgegenständlichen Zeitraum (vgl. E. 1.2 vorne) behinderten, was sie

dem Grundsatz nach denn auch anerkennt (Beschwerde, S. 1). Die Beschwerdeführerin macht jedoch geltend, dass durch die immer neuen Lockdowns in China die Lieferketten gestört würden und z.B. ... mit grossen Zeitverzögerungen geliefert würden. Dies zeige sich bei einem aktuellen Projekt, bei dem sich der geplante Auftrag für die Produktion und Montage der ... verzögert habe, weil aufgrund der verspäteten Lieferung von ... das ... nicht habe entfernt werden können, was jedoch Bedingung dafür sei, dass die ... angeliefert und montiert werden könnten. Auch weitere Projekte seien in ähnlicher Weise verzögert (Beschwerde, S. 1).

Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Verzögerung bei der Auftragserfüllung aufgrund verspäteter Realisierung vorgelagerter Arbeiten Dritter stellt eine indirekte Betroffenheit dar. Zwar können behördliche Massnahmen ausserhalb der Schweiz zu einer Beeinträchtigung bzw. Unterbrechung von Lieferketten und zu Terminverschiebungen führen (vgl. BETTINA MÜLLER, Rechte und Pflichten von Arbeitgebern im Hinblick auf das Epidemengesetz, in RiU - Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen - Band/Nr. 45, 2021, S. 42) und erfolgten insbesondere in China bezüglich der COVID-19-Pandemie noch länger Einschränkungen. Wie der Beschwerdegegner im angefochtenen Einspracheentscheid jedoch zutreffend erwog, wird die Wirtschaft – insbesondere auch im internationalen Kontext – mit dem regional oder überregional unvorhersehbar wiederkehrenden Auftreten von COVID-19 und dadurch bedingten Einschränkungen weiterhin rechnen müssen. Eine solche Entwicklung ist jedoch mittlerweile im Sinne eines vom Arbeitgeber zu tragenden normalen Betriebsrisikos gemäss Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG (vgl. E. 2.2.1 vorne) zu werten und vor dem Hintergrund zu würdigen, dass Verschiebungen von Terminen aus verschiedenen Gründen im Baugewerbe nichts Aussergewöhnliches darstellen (vgl. E. 2.2.2 vorne). Ob und wenn ja inwieweit die dargelegten pandemiebedingten Verhältnisse einen massgeblichen Faktor hinsichtlich des (im Rahmen einer allein indirekten Betroffenheit) geltend gemachten Arbeitsausfalls von 50% ausmachen, kann somit letztlich offen bleiben. Jedenfalls kommt ihnen unter den gegebenen Umständen keine rechtliche Relevanz (mehr) zu, womit der darauf zurückgeführte Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist (vgl. E. 2.2.2 vorne).

3.3.2 In Bezug auf den Ukrainekrieg und der von der Schweiz übernommenen Sanktionen (vgl. Verordnung vom 4. März 2022 über Massnahmen im Zusammenhang mit der Situation in der Ukraine [SR 946.231.176.72]) macht die Beschwerdeführerin weiter geltend, sie müsse zum Teil spezielle Materialien im Ausland beziehen, welche ihren Ursprung in Russland oder der Ukraine hätten ("spez. ..., ...produkte für ..."), wobei zugesagte Lieferungen ebenfalls zu spät oder gar nicht mehr angeliefert würden (Beschwerde, S. 1). Zwar erachtet das SECO in der Weisung Nr. 12 vom 16. Dezember 2022 (<www.arbeit.swiss.ch> -> Publikationen -> Weisungen/Kreisschreiben/ AVIG-Praxis) den Ukrainekrieg beziehungsweise die in diesem Zusammenhang von der Schweiz übernommenen Sanktionen gegen russische Privatpersonen und Unternehmen sowie Massnahmen ausländischer Behörden als aussergewöhnlich und somit als nicht zum normalen Betriebsrisiko gehörend. Auch gälten die Sanktionen grundsätzlich als behördliche Massnahmen im Sinne von Art. 51 AVIV (vgl. E. 2.1.2 vorne). Gleichzeitig hält das SECO jedoch fest, dass ein genereller Verweis auf den Ukrainekrieg nicht ausreiche, um einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu begründen. Vielmehr müsse der Arbeitsausfall in einem adäquaten Kausalzusammenhang mit dem Ukrainekrieg stehen. Demnach stellen der Ukrainekrieg und die damit einhergehenden Sanktionen – anders als die in E. 3.3.1 vorne dargelegten Verhältnisse – zwar kein normales Betriebsrisiko dar. Indessen verweist die Beschwerdeführerin lediglich allgemein auf zugesagte, jedoch verspätet oder gar nicht erfolgte Anlieferungen. Damit legt sie die Sachumstände, welche den Schluss auf einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen den zu erwartenden Arbeitsausfällen und dem Ukrainekrieg respektive den deswegen übernommenen Sanktionen zuliessen, nicht glaubhaft dar (vgl. E. 2.3 vorne), womit auch insoweit ein anrechenbarer Arbeitsausfall zu verneinen ist.

3.3.3 Das in E. 3.3.1 f. vorne Gesagte gilt schliesslich auch, soweit die Beschwerdeführerin in allgemeiner Weise auf Turbulenzen am Finanzmarkt, das steigende Zinsumfeld (Beschwerde, S. 1) sowie nicht näher bezeichnete weitere "nationale Veränderungen" (Beschwerde, S. 2) als Begründung für die erwarteten Arbeitsausfälle verweist.

3.4 Demnach liegt weder unter dem Titel der wirtschaftlichen Gründe (vgl. E. 2.1.1 vorne) noch unter jenem der Härtefallklausel (vgl. E. 2.1.2 vorne) ein anrechenbarer Arbeitsausfall vor, weshalb der Beschwerdegegner zu Recht einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung verneint hat. Der Vollständigkeit halber ist zu ergänzen, dass – mit dem Beschwerdegegner (Beschwerdeantwort, S. 3, Art. 4) – der beantragte Zeitraum (vgl. E. 1.2 vorne) die dreimonatige Dauer für eine erste Bewilligungsphase überschreiten würde (Art. 36 Abs. 1 AVIG).

3.5 Zusammenfassend ist die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 16. November 2022 als offensichtlich unbegründet abzuweisen.

4.

4.1 Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. f^{bis} ATSG keine zu erheben.

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens 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. _____ AG
- 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.