

200 22 703 ALV  
ACT/ISD/WSI

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 20. Januar 2023**

Verwaltungsrichter Ackermann, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Knapp  
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 19. Oktober 2022 (ER RD 931/2022)



## **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/121; SHAB-Nr. ... vom xx. Juli 2017). Mit E-Mail vom 20. Juni 2022 (act. IIA/124) reichte sie eine Voranmeldung von Kurzarbeit ab 1. Juli 2022 für sämtliche Angestellte ein (act. IIA/118-121). Nach entsprechenden Abklärungen erhob die Kantonale Amtsstelle (KAST) mit Verfügung vom 28. Juli 2022 (act. IIA/83-86) Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung. Die dagegen erhobene Einsprache (act. IIA/53-56) wies sie mit Einspracheentscheid vom 19. Oktober 2022 ab (act. IIA/26-29).

### **B.**

Hiergegen erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin), vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 21. November 2022 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 19. Oktober 2022 sowie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Juli 2022 bis auf weiteres. Ferner beantragte sie die Ansetzung einer Nachfrist zur einlässlichen Begründung der Beschwerde. Mit prozessleitender Verfügung vom 22. November 2022 wies der Instruktionsrichter das Gesuch um Fristansetzung zur Beschwerdeergänzung ab.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. Dezember 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 September 2022 strittig ist (vgl. E. 1.2 hiernach).

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 19. Oktober 2022 (act. IIA/26-29). Die Beschwerdeführerin machte mit Voranmeldung vom 20. Juni 2022 einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. Juli 2022 geltend (act. IIA/119 Ziff. 4). Wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert, ist die Voranmeldung zu erneuern (Art. 36 Abs. 1 AVIG). Folglich ist hier einzig der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Juli bis September 2022 strittig und zu prüfen. Soweit in der Beschwerde mehr beantragt wird (vgl. Beschwerde S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 2), liegt dies ausserhalb des Anfechtungsgegenstandes, sodass dies-

bezüglich 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.**

Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeitsentschädigung die Arbeitsplätze erhalten werden können (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d AVIG). Ein Arbeitsausfall ist u.a. anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Ein auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, 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; ARV 1996/97 S. 215 E. 1).

## **3.**

**3.1** Im Rahmen der Voranmeldung vom 20. Juni 2022 (act. IIA/118-120) ersuchte die Beschwerdeführerin um Kurzarbeitsentschädigung ab 1. Juli 2022 für die gesamte Belegschaft bei einem voraussichtlich vollständigen Arbeitsausfall. Zur Begründung gab sie mit E-Mail vom 22. Juli 2022 (act. IIA/91 f.) an, die Situation habe sich noch immer nicht vollständig sta-

bilisiert und das Corona-Virus habe "wieder begonnen". Es gebe in der Branche weniger Aufträge und das Unternehmen verzeichne noch immer Ausfallstunden. Mit Einsprache vom 14. September 2022 (act. IIA/53-56) respektive mit Beschwerde (S. 2) machte die Beschwerdeführerin sodann geltend, anders als vom Beschwerdegegner vertreten, befinde sich nicht die gesamte Bau- und Nebenbaubranche in einer soliden Konjunkturphase. Insbesondere Unternehmen wie sie selbst, die erst am Ende der Handlungskette stünden, seien abgesehen vom Zurückhalten von Investoren ungleich stärker von Lieferverzögerungen und angestiegenen Einkaufspreisen für Materialien betroffen. Der geltend gemachte Arbeitsausfall sei deshalb auch nach Wegfall der behördlichen Massnahmen per 1. April 2022 auf die Corona-Krise zurückzuführen und als ausserordentliches sowie nicht normales Betriebsrisiko zu qualifizieren.

## **3.2**

**3.2.1** Der Bundesrat hat die im Zusammenhang mit der Bekämpfung des Coronavirus nach dem 16. März 2020 angeordneten Massnahmen der "ausserordentlichen Lage" bzw. der "besonderen Lage" (vgl. Art. 6 f. des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen [Epidemiengesetz bzw. EpG; SR 818.101]; zum Verlauf der behördlichen Massnahmen: vgl. [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch), Rubrik: Krankheiten/Infektionskrankheiten: Ausbrüche, Epidemien, Pandemien/Aktuelle Ausbrüche und Epidemien/Coronavirus /Massnahmen und Verordnungen/Bisherige Massnahmen/Überblick ab 1. Dezember 2020 "Tabelle Änderung der nationalen Massnahmen") schrittweise per 1. April 2022 aufgehoben und per dann die Rückkehr zur "normalen Lage" beschlossen (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).

Der hier zu beurteilende Zeitraum ab Juli 2022 liegt bereits drei Monate nach der vollständigen Aufhebung sämtlicher für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin relevanten behördlichen Massnahmen. Damit respektive bereits mit früheren Aufhebungsschritten entfiel auch die Notwendigkeit für die meisten wirtschaftlichen Unterstützungsmassnahmen (vgl. Medienmitteilung des Bundesrates vom 16. Februar 2022; 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). Es lagen damit offenkundig keine behördlichen Massnahmen (mehr) vor, mit welchen eine allfällige Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen hätte begründet werden können (Art. 32 Abs. 3 AVIG; Art. 51 AVIV; anders noch Ziff. 2.2 der Weisung des SECO vom 1. Oktober 2021: Aktualisierung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" [SECO Weisung 2021/16] S. 10, gültig bis 31. Dezember 2021). Es finden sich überdies in den Akten, namentlich der ergänzenden Gesuchs begründung vom 22. Juli 2022 (act. IIA/91), keine konkreten Hinweise für einen direkten, indirekten oder nachträglichen ursächlichen Zusammenhang zwischen den vormaligen behördlichen Massnahmen zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie und dem von der Beschwerdeführerin vorsorglich auf 100 % bezifferten Arbeitsausfall.

**3.2.2** Ebenso bestehen auch mit Blick auf die für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin massgebenden individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse (vgl. SECO, Weisung AVIG KAE [AVIG-Praxis KAE] Rz. D3, abrufbar: [www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss), Rubrik: 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) keine Umstände, die einen ausserhalb des selbst zu tragenden normalen Betriebsrisikos liegenden Grund für den geltend gemachten Arbeitsausfall annehmen liessen. Wie bereits vom Beschwerdegegner in der Verfügung vom 28. Juli 2022 (act. IIA/85) dargelegt, befand sich die Bau- und Nebenbaubranche in der Schweiz etwa gemäss dem vom Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) und der Credit Suisse AG quartalsweise herausgegebenen "Bauindex Schweiz" im gesamten Jahr 2022 in einer sehr soliden Konjunkturlage mit wiederholt hohen Auftragseingängen, wobei in sämtlichen Quartalen die Vorjahreswerte übertroffen wurden (vgl. SBV/Credit Suisse AG, Bauindex Schweiz, Bauindex 2022, 1. bis 4. Quartal, jeweils S. 1; abrufbar: [www.baumeister.swiss](http://www.baumeister.swiss), Rubrik: Baumeister 5.0/Konjunktur & Statistiken/Bauindex/Bauindex 2022). In den vom SECO publizierten Konjunkturtendenzen für Sommer bzw. Herbst 2022 wurde trotz einer zuletzt beobachteten Eintrübung der Aussichten eine im historischen Vergleich hohe und gute Auftragslage, vor al-

lem im Hochbau- und Ausbaugewerbe, mit noch immer stark ausgelasteten Kapazitäten beschrieben (vgl. SECO, Konjunkturtendenzen, Sommer 2022, S. 5, bzw. Herbst 2022, S. 5; abrufbar: [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch), Rubrik: Publikationen & Dienstleistungen/Publikationen/"Konjunkturtendenzen"). Auch branchenspezifisch wurden durch den Verband C.\_\_\_\_\_ die Erwartungen zur künftigen Geschäfts- und Auftragslage im Frühling bzw. Herbst 2022 als gedämpft optimistisch respektive stabil bewertet (vgl. [www.C.\\_\\_\\_\\_\\_.ch](http://www.C._____.ch), Rubrik: ... und "...").

Insgesamt präsentierte sich damit die Konjunkturlage sowohl allgemein im Baugewerbe als auch in der ...- und ... im hier zu beurteilenden Zeitraum als gut. Demgegenüber ist weder erkennbar noch substantiiert dargetan, dass bzw. inwieweit der Betrieb der Beschwerdeführerin davon abweichend und anders als die mit ihr konkurrierenden Betriebe aufgrund anderweitiger, ausserordentlicher und nicht mehr unter das normale Betriebsrisiko fallenden Umstände besonders betroffen gewesen wäre. Die als unzureichend angegebene Auftragslage ist vielmehr 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. Daher und angesichts der intakten Konjunkturlage vermag schliesslich auch der Umstand, dass sich die ...- und ... am Ende der Produktions- bzw. Wertschöpfungskette im Bau- und Nebengewerbe befindet, keine spezifische Betroffenheit hinsichtlich des geltend gemachten Arbeitsausfalls zu begründen.

**3.3** Zusammenfassend ist der ab Juli 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 Juli bis September 2022 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht.

**4.**

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 19. Oktober 2022 (act. IIA/26-29) nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde ist als offensichtlich unbegründet abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

**5.**

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

**5.2** Bei diesem Verfahrensausgang besteht kein Anspruch auf eine Parteienschädigung (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 Parteienschädigung 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.