

200 22 720 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 25. Oktober 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/6; SHAB-Nr. ... vom TT. MM 2019). Mit E-Mail vom 22. Dezember 2022 (Akten des AVA im Verfahren ALV/2022/551, act. IIA [nachfolgend: ALV/2022/551–act. IIA]/498) reichte sie ein Gesuch um Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Januar bis 31. März 2022 für sämtliche Angestellten ein (ALV/2022/551–act. IIA/495-497). Nach entsprechenden Abklärungen und wiederholter Mahnung erhob die Kantonale Amtsstelle (KAST) mit Entscheid vom 26. Januar 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/484-487) Einspruch gegen die beantragte Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung mit der Begründung, die A. \_\_\_\_\_ GmbH habe ihre Mitwirkungspflicht verletzt. Dagegen erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH am 25. Februar 2022 Einsprache und reichte die vormals fehlenden Unterlagen ein (vgl. ALV/2022/551–act. IIA/464-476). Mit Einspracheentscheid vom 9. März 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/459-462) hiess das AVA die Einsprache gut und erwog, dass eine Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung vorgenommen werden könne, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien.

Mit E-Mail vom 24. Juni 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/101-103) reichte die A. \_\_\_\_\_ GmbH ein Gesuch um Kurzarbeitsentschädigung ab 1. Juli 2022 für sämtliche Angestellten ein (ALV/2022/551–act. IIA/97-99). Dagegen erhob die KAST mit Entscheid vom 28. Juli 2022 (act. IIA/102-105) Einspruch. Ferner kam die KAST nach weiteren Abklärungen zu den angegebenen Arbeitsausfällen ab Januar 2022 mit "Wiedererwägungs-Entscheid" vom 3. August 2022 (act. IIA/125-127) auf ihren Einspracheentscheid vom 9. März 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/459-462) betreffend die Zeit von Januar bis März 2022 zurück und erhob wiederum Einspruch gegen die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung während dieser Zeit. Die zwei dagegen von der A. \_\_\_\_\_ GmbH erhobenen separaten Ein-

sprachen vom 14. September 2022 (act. IIA/98-101 [betreffend Kurzarbeitsentschädigung ab 1. Juli 2022] und act. IIA/118-124 [betreffend Kurzarbeitsentschädigung von 1. Januar bis 31. März 2022]) wies das AVA vereinigt mit Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2022 ab (act. II/73-78).

## **B.**

Hiergegen erhob die A.\_\_\_\_\_ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, mit Eingabe vom 25. November 2022 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 25. Oktober 2022 sowie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Januar bis 31. März 2022 sowie vom 1. Juli 2022 bis auf weiteres.

Mit prozessleitender Verfügung vom 1. Dezember 2022 forderte der Instruktionsrichter den Beschwerdegegner auf, mitsamt der Beschwerdeantwort die Verwaltungsakten – soweit nicht bereits im dieselben Parteien betreffenden Verfahren vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, ALV/2022/551, ediert – ergänzend einzureichen.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. Dezember 2022 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde und reichte aufforderungsgemäss die ergänzenden Verwaltungsakten ein.

## **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 Staats-

anwaltschaft (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 Januar bis März und Juli bis September 2022 strittig ist (vgl. E. 1.2 hiernach).

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2022 (act. II/73-78). Dieser trat an die Stelle des Wiedererwägungsentscheids vom 3. August 2022 (act. IIA/125-127) bzw. des Entscheids vom 28. Juli 2022 (act. IIA/102-105), 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 20. Juni 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/101-103) einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab 1. Juli 2022 bis auf weiteres geltend (vgl. ALV/2022/551–act. IIA/97-99; Beschwerde S. 2 Ziff. II/2.), wogegen der Beschwerdegegner mit Entscheid vom 28. Juli 2022 (act. IIA/102-105) Einspruch erhob. Wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert, ist die Voranmeldung zu erneuern (Art. 36 Abs. 1 AVIG). Folglich hier strittig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Januar bis März sowie Juli bis September 2022. Soweit in der Beschwerde mehr 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. Januar bis 31. März 2022 (vgl. dazu hinten E. 3) und andererseits für die Zeit vom 1. Juli bis 30. September 2022 (vgl. dazu hinten E. 4) umstritten. Es gelangen folglich 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 Fassung vom 1. Januar bzw. vom 1. Juli 2022 [AS 2022 39]), mit welcher unter anderem diverse Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung eingeführt wurden. An der Anspruchsvoraussetzung des anrechenbaren Arbeitsausfalls (vgl. dazu hinten E. 2.3) 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 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 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 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 vom 4. Mai 2017, 8C\_18/2017, E. 3.2.2).

### **3.**

Zu prüfen ist zunächst der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Januar und 31. März 2022 (vgl. act. IIA/125-127; act. II/75-77).

**3.1** Die Beschwerdeführerin bestreitet vorab die grundsätzliche Möglichkeit eines Zurückkommens des Beschwerdegegners auf seinen vormaligen Einspracheentscheid vom 9. März 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/459-462; vgl. Beschwerde S. 5 ff. Rz. 14). Anders als von der Beschwerdeführerin angenommen (vgl. Beschwerde S. 6 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. Weiter 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 für die Monate Januar bis März 2022 im Wesentlichen an, das Unternehmen habe sich schriftlich und telefonisch beworben und auch andere Unternehmen für Subunternehmeraufträge angefragt. Leider gebe es wegen der Coronavirus-Pandemie weder bei angefragten Kunden noch bei anderen Unternehmen genügend Aufträge (vgl. ALV/2022/551–act. II/245, 274).

**3.2.2** Zwischen Januar und März 2022 galten gemäss den Beschlüssen des Bundesrates vom 8. September 2021 (AS 2021 542) und vom 3. Dezember 2021 (AS 2021 813) bis zum 16. Februar 2022 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](http://www.admin.ch), Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen "Coronavirus: Bundesrat dehnt Zertifikatspflicht aus und startet Konsultation zu neuen Einreisebestimmungen") sowie 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](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). Ab dem 17. Februar 2022 hat der Bundesrat die zuvor angeordneten Massnahmen schrittweise bis zum 1. April 2022 aufgehoben und auf diesen Zeitpunkt hin 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/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").

Dabei ist nicht ansatzweise ersichtlich und wurde von der Beschwerdeführerin weder auf konkrete Rückfrage der Verwaltung (vgl. ALV/2022/551–act. IIA/86) 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 jeweils über 80 % (vgl. ALV/2022/551–act. IIA/87, 91; ALV/2022/551–act. II/225) kann daher klar nicht auf die vormals geltenden behördlichen Massnahmen (vgl. Art. 32 Abs. 3 Satz 1 AVIG) zurückgeführt werden.

**3.2.3** Auch in Bezug auf die branchenspezifische Wirtschaftslage zwischen Januar und März 2022 bestehen keine Anhaltspunkte, dass ausserhalb des normalen Betriebsrisikos (vgl. vorne E. 2.3) der Beschwerdeführerin liegende Umstände für den geltend gemachten anhaltenden Auftragsmangel verantwortlich gewesen wären. So wurden etwa in den vom SECO publizierten Konjunkturtendenzen für Winter 2021/2022 bzw. für das Frühjahr 2022 eine fortgesetzte Verbesserung der Stimmungsindikatoren, eine Stabilisierung der Auftragsbestände auf hohem Niveau und eine weitere

Aufhellung der Erwartungen für die Bauaktivität in den kommenden Monaten beschrieben. Dabei werde vor allem im Hoch- und Ausbaugewerbe die Auftragslage positiv bewertet (vgl. SECO, Konjunkturtendenzen, Winter 2021/2022 S. 5 bzw. Frühjahr 2022 S. 5; 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 vierte Quartal 2021 zu entnehmen, dass sich die Umsätze des Bauhauptgewerbes nicht zuletzt nach einem überraschend starken dritten Quartal 2021 vollständig vom pandemiebedingten Rückgang des Vorjahres erholt hätten. Im ersten Quartal 2022 verzeichne der Bauindex zwar einen leichten Rückgang, jedoch werde für den weiteren Jahresverlauf unter anderem aufgrund der intakten Auftragslage, des hohen Arbeitsvorrats und der positiven Impulse aus dem Wohnungsbau mit einem steigenden Umsatztrend gerechnet (vgl. SBV/Credit Suisse AG, Bauindex Schweiz, Bauindex 2021, 4. Quartal S. 1 bzw. Bauindex 2022, 1. Quartal S. 1, abrufbar: [www.baumeister.swiss](http://www.baumeister.swiss), Rubrik: Baumeister 5.0/Konjunktur & Statistiken/

Bauindex/Bauindex 2021 bzw. 2022).

Branchenspezifisch wurden durch den 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.....ch](http://www.....ch), Rubrik: ...: "... " [12. November 2021]). Zudem waren Material und Vorprodukte im Spätherbst 2021 wieder besser erhältlich (vgl. [www.....ch](http://www.....ch), Rubrik: ...: "... " [21. November 2021]).

**3.2.4** Angesichts der allgemein im Baugewerbe sowie spezifisch in der ...- und ...branche zwischen Januar und März 2022 insgesamt sehr guten Konjunktur- und Auftragslage sowie mit Blick auf eine 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 Branchen- und Betriebsrisiko fallender 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. Daran ändert auch nichts, dass sich das erst im Dezember 2019 gegründete Unternehmen der Beschwerdeführerin im hier zu beurteilenden Zeitraum noch in der Anlaufphase (vgl. dazu AVIG-Praxis KAE Rz. D4, abrufbar: [www.arbeit.swiss](http://www.arbeit.swiss), Rubrik: Publikationen/Weisungen Kreisschreiben/AVIG-Praxis) befand, da dies nichts an den allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen ändert (vgl. vorne E. 2.3). Ebenso vermag die Beschwerdeführerin angesichts der intakten Konjunkturlage auch aus dem Umstand, dass sich die ...- und ...branche am Ende der Produktions- bzw. Wertschöpfungskette im Bau- und Nebengewerbe befindet, keine spezifische Betroffenheit hinsichtlich des geltend gemachten Arbeitsausfalls zu begründen. In der Folge sind die Anspruchsvoraussetzungen für Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Januar bis März 2022 nicht erfüllt.

**3.3** Mit Entscheid vom 9. März 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/459-462) bejahte der Beschwerdegegner – unter der Voraussetzung, dass die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt sind – für die Monate Januar bis März 2022 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 eindeutig dem normalen Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin zuzuordnen, womit kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestand (Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG; vgl. dazu vorne E. 2.3). Der ursprüngliche Entscheid 9. März 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/459-462) erfolgte daher in falscher Rechtsanwendung und war da-

mit zweifellos unrichtig (vgl. vorne E. 2.5 und 2.5.1). Seine Berichtigung ist zudem angesichts der Höhe der geltend gemachten Kurzarbeitsentschädigung (vgl. ALV/2022/551–act. IIA/87, 91; ALV/2022/551–act. II/225) von erheblicher Bedeutung (vgl. vorne E. 2.5.2). Der Beschwerdegegner durfte somit auf seine ursprünglichen Verfügungen zurückkommen und Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für die Monate Januar bis März 2022 erheben.

Unter diesen Umständen kann sodann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin – wie vom Beschwerdegegner vertreten (vgl. act. IIA/126; Beschwerdeantwort S. 4) – im Zusammenhang mit der Abklärung der Anspruchsvoraussetzungen respektive der Einstellung von weiterem Personal trotz gleichzeitigem Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ihre Schadenminderungspflicht verletzte (vgl. dazu etwa ALV/2022/551–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 Januar und März 2022 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 Januar bis März 2022 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht. Der angefochtene Einspracheentscheid ist insoweit nicht zu beanstanden.

#### **4.**

Zu prüfen ist weiter der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zwischen 1. Juli und 30. September 2022 (vgl. vorne E. 1.2; siehe dazu act. IIA/102-105; act. II/73-78).

**4.1** Mit Voranmeldung vom 24. Juni 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/101-103) ersuchte die Beschwerdeführerin um Kurzarbeitsentschädigung ab 1. Juli 2022 für die gesamte Belegschaft. Zur Begründung gab sie mit E-Mail vom 25. Juli 2022 (ALV/2022/551–act. IIA/83 f.) an, die Situation

habe sich noch immer nicht vollständig stabilisiert und das Coronavirus sowie die Coronavirus-Pandemie hätten "wieder begonnen". Um die Ausfallstunden und die Arbeitsplätze zu sichern, werde Kurzarbeit angemeldet. Die vorhandenen Aufträge würden die Stunden des Unternehmens nicht decken; es habe nicht genügend Aufträge wegen der Coronavirus-Pandemie.

Mit Einsprache vom 14. September 2022 (act. IIA/90-93) respektive mit Beschwerde (S. 5 Rz. 13) machte die Beschwerdeführerin weiter geltend, anders als vom Beschwerdegegner vertreten, befinde sich nicht die gesamte Bau- und Nebenbaubranche in einer soliden Konjunkturphase. Insbesondere Unternehmen, die wie die Beschwerdeführerin erst am Ende der Handlungskette stünden, seien abgesehen vom Zurückhalten von Investoren ungleich stärker von Lieferverzögerungen und angestiegenen Einkaufspreisen für Materialien betroffen als andere Unternehmen. Der geltend gemachte Arbeitsausfall seit deshalb auch nach Wegfall der behördlichen Massnahmen seit dem 1. April 2022 auf die Corona-Krise zurückzuführen und als ausserordentliches und nicht als normales Betriebsrisiko zu qualifizieren.

## **4.2**

**4.2.1** Wie bereits voranstehend dargelegt, bestand zwischen Januar und März 2022 mit der ausgedehnten Zertifikatspflicht sowie den weiteren, vornehmlich das gesellschaftliche Leben im Sozial- und Freizeitbereich betreffenden Massnahmen keine erheblich einschränkenden Umstände, aufgrund derer eine direkte bzw. unmittelbare Einschränkung des – ohnehin nicht einer Zertifikatspflicht unterliegenden – Betriebs der Beschwerdeführerin erstellt wäre (vgl. vorne E. 3.2.2). Dies hat folglich umso mehr für den hier zu beurteilenden Zeitraum ab 1. Juli 2022 zu gelten, zumal dieser bereits drei Monate nach der vollständigen Aufhebung der verbliebenen Massnahmen und der vom Bundesrat beschlossenen schrittweisen Aufhebung der verbleibenden Massnahmen und Rückkehr zur epidemiologisch "normalen Lage" liegt (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 längst keine behördlichen Massnahmen (mehr) vor, mit welchen eine allfällige Anrechenbarkeit von Arbeitsausfällen nach dem 1. Juli 2022 hätte begründet werden können.

**4.2.2** Sodann bestehen – wie bereits in Bezug auf den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. März 2022 aufgezeigt (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 befand sich die Bau- und Nebenbaubranche in der Schweiz gemäss dem "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 allem 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"). Schliesslich wurden auch branchenspezifisch durch den C.\_\_\_\_\_ die Erwartungen zur künftigen Geschäfts- und Auftragslage im Frühling bzw. Herbst 2022 als gedämpft optimistisch respektive stabil bewertet (vgl. [www.....ch](http://www.....ch), Rubrik: ... "..." [17. Mai 2022] und "S..." [5. September 2022]).

**4.2.3** Die Konjunkturlage und Auftragssituation im Baugewerbe bzw. in der ...- und ...branche präsentierten 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- bzw. Betriebsrisiko fallender Umstände

weder ersichtlich ist noch glaubhaft dargetan wurde. Die als unzureichend angegebene Auftragslage ab Juli 2022 liegt folglich – wie auch im Zeitraum von Januar bis März 2022 (vgl. vorne E. 3.2.4) – in der Risikosphäre der Beschwerdeführerin.

**4.3** 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 Umstände zurückzuführen. Er ist daher nicht anrechenbar, weshalb für die Monate Juli bis September 2022 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht.

## 5.

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 25. Oktober 2022 (act. II/73-78) 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>f</sup>bis 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 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 öf-

fentlich-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.