

200 23 91 ALV
KNB/ISD/WSI

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 30. März 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 27. Dezember 2022 (ER RD ...)



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ GmbH (Beschwerdeführerin) wurde am 17. Dezember 2019 gegründet und bezweckt den Betrieb eines ...- und ...geschäfts und ...arbeiten sowie alle damit zusammenhängenden Arbeiten (vgl. Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner], act. IIA 172; SHAB-Nr. ... vom TT. MM 2019). Mit E-Mail vom 2. November 2022 (act. IIA 176) reichte sie eine auf den 20. September 2022 datierte Voranmeldung von Kurzarbeit für die Dauer vom 1. Oktober 2022 bis 31. März 2023 für sämtliche Angestellte ein (act. IIA 173-175). Nach wiederholter Aufforderung um Ergänzung der Gesuchsunterlagen (vgl. act. IIA 169 f.) trat das AVA mit Verfügung vom 24. November 2022 (act. IIA 167 f.) auf das Leistungsbegehren nicht ein. Mit E-Mail vom 6. Dezember 2022 (act. IIA 125-127) machte die A. _____ GmbH ergänzende Angaben zur Voranmeldung und erhob zudem am 12. Dezember 2022 (Postaufgabe) Einsprache (act. IIA 121). Mit Einspracheentscheid vom 27. Dezember 2022 (act. IIA 106-109) hob das AVA den angefochtenen Nichteintretensentscheid auf und wies das Leistungsgesuch ab.

B.

Hiergegen erhob die A. _____ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, mit Eingabe vom 3. Februar 2023 Beschwerde und beantragte die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 27. Dezember 2022 sowie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Oktober 2022 bis 31. März 2023.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. März 2023 beantragte der Beschwerdegegner die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeantwort vom 2. März 2023 wurde der Beschwerdeführerin mit prozessleitender Verfügung vom 7. März 2023 zur Kenntnis gebracht.

Am 8. März 2023 ging die ursprünglich auf den 23. Februar 2023 datierte – inhaltlich aber mit der hier massgebenden und vom 2. März 2023 datierenden Beschwerdeantwort identische – Beschwerdeantwort ein (vgl. Aktennotiz vom 1. März 2023).

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 Oktober bis Dezember 2022 strittig ist (vgl. E. 1.2 hiernach).

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 27. Dezember 2022 (act. IIA 106-109). Die Beschwerdeführerin machte mit Voranmel-

derung vom 2. November 2022 (act. IIA 176) einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung vom 1. Oktober 2022 bis 31. März 2023 geltend (act. IIA 174 Ziff. 4; Beschwerde S. 2 Ziff. I/2). 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 Oktober bis Dezember 2022 zu prüfen (vgl. hinten E. 3.2.1). Soweit mehr beantragt wird (vgl. Beschwerde S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 2), 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.

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 auf den 20. September 2022 datierten Voranmeldung ersuchte die Beschwerdeführerin um Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. Oktober für die gesamte Belegschaft bei einem voraussichtlich vollständigen Arbeitsausfall (act. IIA 173 f.). Zur Begründung gab sie mit E-Mail vom 6. Dezember 2022 (act. IIA 125-127) im Wesentlichen an, ihr Unternehmen habe sich um Aufträge beworben und auch andere Unternehmen für Subunternehmeraufträge angefragt. Zudem seien die Preise und die Anzahl der Mitarbeitenden reduziert worden. Leider gebe es wegen der Coronavirus-Pandemie weder bei den angefragten Kunden noch bei anderen Unternehmen genügend Aufträge. Mit Beschwerde machte sie weiter geltend, ihre Auftragslage befinde sich trotz der getätigten Bemühungen nach wie vor auf erheblich tieferem Niveau als noch vor der Coronavirus-Pandemie. Ihr Unternehmen stehe am Ende der Handlungskette im Baugewerbe und sei so nebst der mangelnden Investitionsbereitschaft von potenziellen Auftraggebern zusätzlich ungleich stärker von Verzögerungen in der Materiallieferung sowie den angestiegenen Preisen betroffen. Der geltend gemachte Arbeitsausfall sei deshalb nach wie vor auf die Coronavirus-Pandemie zurückzuführen und als ausserordentliches Betriebsrisiko zu qualifizieren.

3.2

3.2.1 Die Voranmeldung wurde zwar auf den 20. September 2022 datiert (vgl. act. IIA 175), indes ist aufgrund der Akten einzig ihre Einreichung mit E-Mail vom 2. November 2022 (act. IIA 176) erstellt. Grundsätzlich muss die Voranmeldung von Kurzarbeit mindestens zehn Tage vor Beginn bei der Kantonalen Amtsstelle eingereicht werden (Art. 36 Abs. 1 AVIG; vgl. auch Art. 58 Abs. 1 f. AVIV). Dabei handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, sodass im Falle einer verspäteten Voranmeldung der Arbeitsausfall erst nach Ablauf der Voranmeldefrist anrechenbar wird (Art. 58 Abs. 4 AVIV; siehe zudem SECO, Weisung AVIG KAE [AVIG-Praxis KAE] Rz. G6 f., abrufbar: 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). Inwieweit vorliegend von einer verspäteten Voranmeldung auszugehen ist (vgl. act. IIA

107) bzw. ob gegebenenfalls die Voraussetzung für eine Wiederherstellung der Verwirkungsfrist erfüllt wären, kann offen bleiben, da aus den nachfolgenden Gründen für den gesamten Zeitraum von Oktober bis Dezember 2022 ohnehin kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht.

3.2.2 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, 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, Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen).

Der hier zu beurteilende Zeitraum ab Oktober 2022 liegt bereits ein halbes Jahr 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 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 Ge-

suchsbegründung mit E-Mail vom 6. Dezember 2022 (act. IIA 125-127), 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.

3.2.3 Ebenso bestehen auch mit Blick auf die für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin massgebenden individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse (vgl. AVIG-Praxis KAE Rz. D3) keine Umstände, die einen ausserhalb des selbst zu tragenden normalen Betriebsrisikos liegenden Grund für den geltend gemachten Arbeitsausfall annehmen liessen. Wie bereits vom Beschwerdegegner im angefochtenen Einspracheentscheid dargelegt (vgl. act. IIA 107), befand sich die Bau- und Nebenbaubranche in der Schweiz etwa gemäss dem vom Schweizerischen Baumeisterverband (SBV) und (zurzeit noch) 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, Rubrik: Baumeister 5.0/Konjunktur & Statistiken/Bauindex/Bauindex 2022). Die sich im ersten Quartal 2023 abzeichnende leichte Abschwächung des Wachstums im Baugewerbe (vgl. idem, Bauindex 2023, 1. Quartal, S. 1) stellt demgegenüber – soweit hier überhaupt von Interesse – keinen ausserhalb des normalen Betriebs- und Branchenrisikos liegenden Faktor dar, sondern ist vielmehr Ausdruck von wiederkehrenden konjunkturellen Schwankungen. In den vom SECO publizierten Konjunkturtendenzen für Winter 2022/2023 bzw. Frühjahr 2023 wurde eine im historischen Vergleich hohe und gute Auftragslage, vor allem im ...- und ...gewerbe, bei gleichzeitigem Nachlassen des Mangels an Vorleistungsgütern beschrieben (vgl. SECO, Konjunkturtendenzen, Winter 2022/2023, S. 5, bzw. Frühjahr 2023, S. 5; abrufbar: www.seco.admin.ch, Rubrik: Publikationen & Dienstleistungen/Publikationen/"Konjunkturtendenzen"). Auch branchenspezifisch wurden durch den C._____ die Erwartungen der Unternehmen des ...gewerbes, zu denen die ... und ... gehören, ihre Geschäftslage – wie bereits im Juli 2022 – als gut und die Auftragsbestände als stabil bewertet. Während sich die Lage bezüglich Material- und Vorpro-

duktemangel langsam entspannte, wurde die Entwicklung der Nachfrage und der Bautätigkeit als deutlich verhaltener sowie der Arbeitskräftemangel als weiter zunehmend beschrieben. Allerdings waren die Erwartungen für die künftige Geschäftslageentwicklung unverändert positiv und die Erwartung für die Ertragslageentwicklung in den nächsten drei Monaten wieder aufgehellert (vgl. www.....ch, Rubrik: ... "... [5. September 2022] und "... [21. November 2022]).

Insgesamt präsentierte sich damit die Konjunkturlage sowohl allgemein im Baugewerbe als auch in der ...- und ...branche 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 ...branche 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 Oktober 2022 geltend gemachte Arbeitsausfall weder auf vormals bestehende 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 Oktober bis Dezember 2022 kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht.

4.

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 27. Dezember 2022 (act. IIA 106-109) 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^{fbis} 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.