



**8C\_549/2017**

**Urteil vom 20. Dezember 2017**

**I. sozialrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichter Maillard, Präsident,  
Bundesrichter Frésard, Bundesrichterin Viscione,  
Gerichtsschreiberin Polla.

Verfahrensbeteiligte  
A. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Kummer,  
Beschwerdeführerin,

*gegen*

beco Berner Wirtschaft, Arbeitsvermittlung, Rechtsdienst, Lagerhausweg 10, 3018 Bern,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Arbeitslosenversicherung (Kurzarbeitsentschädigung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 21. Juni 2017 (200 17 59 ALV).

**Sachverhalt:**

**A.**

Die A. \_\_\_\_\_ AG mit Sitz in U. \_\_\_\_\_, die unter anderem die Herstellung und Montage von Metallprodukten sowie Erzeugnissen ähnlicher Fachrichtungen tätig ist, reichte am 16. August 2016 beim beco Berner Wirtschaft (nachfolgend: beco) eine Voranmeldung von Kurzarbeit für die Zeit vom 1. September 2016 bis 28. Februar 2017 bei einem voraussichtlichen Arbeitsausfall von 60 % für 51 Arbeitnehmende ein. Sie begründete dies mit einem tiefen Bestelleingang der B. \_\_\_\_\_ AG für welche sie geschweisste Kapselungen für gasisolierte Ausleitungen in Schaltanlagen und Kraftwerken herstelle. Diese sei mit einem Umsatzanteil von 40,5 % ihre grösste Kundin, wodurch sich die Auftragslage markant verschlechtert habe. Dagegen erhob das beco Einspruch, da der Arbeitsausfall der A. \_\_\_\_\_ AG zum normalen Betriebsrisiko gehöre. Nach weiteren Abklärungen wies das beco die dagegen geführte Einsprache ab (Einspracheentscheid vom 2. Dezember 2016).

**B.**

Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 21. Juni 2017 ab.

**C.**

Die A. \_\_\_\_\_ AG lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei der Anspruch auf

Kurzarbeitsentschädigung zu bejahen und die Sache zur Ausrichtung der Entschädigung an das beco zurückzuweisen.

Das beco schliesst unter Verweis auf die vorinstanzliche Beschwerdeantwort vom 20. März 2017 auf Abweisung der Beschwerde. Das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) verzichtet auf eine Vernehmlassung.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

### **2.**

**2.1.** Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG; **BGE 135 V 194**), was in der Beschwerde näher darzulegen ist (**BGE 133 III 393** E. 3 S. 395). Der vorinstanzliche Verfahrensausgang allein bildet noch keinen hinreichenden Anlass im Sinne von Art. 99 Abs. 1 BGG für die Zulässigkeit von unechten Noven, die bereits im kantonalen Verfahren ohne Weiteres hätten vorgebracht werden können. Das Vorbringen von Tatsachen, die sich erst nach dem angefochtenen Entscheid ereigneten oder entstanden (echte Noven), ist vor Bundesgericht unzulässig (**BGE 143 V 19** E. 1.2 S. 22 f. mit Hinweisen).

**2.2.** Die Beschwerdeführerin legt im bundesgerichtlichen Verfahren eine E-Mail vom 6. Mai 2017 sowie weitere Unterlagen vom 21. Juni, 27. Juli und 22. August 2017 ins Recht. Sie begründet indes nicht, weshalb erst der angefochtene Entscheid zu deren Einreichung Anlass gegeben haben sollte, soweit es sich nicht ohnehin um von vornherein unzulässige echte Noven handelt (vgl. dazu MEYER/DORMANN, in: Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl. 2011, N. 43 f. zu Art. 99 BGG). Folglich haben diese Noven unbeachtlich zu bleiben.

### **3.**

**3.1.** Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze zum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung (Art. 31 Abs. 1 AVIG), zum anrechenbaren Arbeitsausfall (Art. 31 Abs. 1 lit. b und d, Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG), zu den Voraussetzungen, unter denen die Anrechenbarkeit eines Arbeitsausfalls zu verneinen ist (Art. 33 Abs. 1 lit. a und b AVIG; **BGE 121 V 371** E. 2a S. 374), sowie zum normalen Betriebsrisiko (**BGE 119 V 498** E. 1 S. 500; ARV 2008 S. 158, 8C\_279/2007 E. 2.3 S. 159) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

**3.2.** Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung weit aus und versteht darunter sowohl strukturelle als auch konjunkturelle Gründe insgesamt und nicht nur den Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen (**BGE 128 V 305** E. 3a S. 307; ARV 2011 S. 67, 8C\_291/2010; ARV 2004 S. 127, C 237/01 E. 1.3 mit Hinweisen; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2410 Rz. 479 f.).

**3.3.** Die Vorinstanz erwog, es sei unbestritten, dass die Arbeitsausfälle auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und daher grundsätzlich anrechenbar seien. Der in der Einsprache im Rahmen des Verwaltungsverfahrens erstmals geltend gemachte Margenverlust aufgrund der Währungsschwäche des Euro sei hingegen nicht zu berücksichtigen. Die Auftragslage habe sich hierdurch nicht verändert, weshalb auch die Bestimmungen zu einem Härtefall nach Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV nicht zum Tragen kämen. Bei der Beurteilung des normalen Betriebsrisikos wie auch der Branchen-, Berufs- oder Betriebsüblichkeit komme der Vorhersehbarkeit des Arbeitsausfalls massgebende Bedeutung zu. Die Beschwerdeführerin stelle im wichtigsten Geschäftsbereich geschweisste Kapselungen für gasisolierte Ausleitungen in Schaltanlagen und Kraftwerken für drei Hauptkunden (B. \_\_\_\_\_ AG, Firma C. \_\_\_\_\_ und Firma D. \_\_\_\_\_) her. Die B. \_\_\_\_\_ AG sei mit 40,5 % die grösste Kundin, die ihrerseits u.a. in Länder des Nahen Ostens liefere. Hierbei sei es bei einigen

ihrer Projekte aufgrund des Krieges zwischen Saudi-Arabien und Jemen zu Verzögerungen gekommen. Die Geschäftsbeziehung mit einem Hauptkunden beinhaltet rechtsprechungsgemäss ein vorhersehbares Risiko, bei veränderten politischen oder wirtschaftlichen Verhältnissen einen Umsatzeinbruch zu erleiden. Dieses Klumpenrisiko sei die Beschwerdeführerin eingegangen; es liege ein normales wirtschaftliches Betriebsrisiko vor.

**3.4.** Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, sie sei kein bewusstes Abhängigkeitsverhältnis zu den drei Grosskunden eingegangen. Durch Fusionen und Akquisitionen der diversen Anbieter habe eine Marktkonzentration auf die drei Grosskunden stattgefunden, der sie sich nicht habe entziehen können. Der Auftragseinbruch sei eine durch politische und wirtschaftliche Verwerfungen hervorgerufene Branchenkrise und kein normales Betriebsrisiko. Die Vorinstanz habe es in Verletzung ihrer Begründungspflicht unterlassen, sich dazu zu äussern, dass in der Vergangenheit grosse, jedoch mit bescheidenem Erfolg geführte Anstrengungen unternommen worden seien, um den Kundenkreis zu diversifizieren. Da das Klumpenrisiko nicht in Kauf genommen worden sei, wäre auch der Arbeitsausfall nicht vermeidbar gewesen. Weiter habe die B. \_\_\_\_\_ AG ein ansehnliches Bestellvolumen für Ausleitungen für das Jahr 2016 in Aussicht gestellt, das sie aber nicht abgerufen habe. Diese nicht eingehaltene Zusage mache den Arbeitsausfall zu einem ungewöhnlichen und ausserordentlichen Umstand, der nicht zum normalen Betriebsrisiko zu zählen sei. Die gesamte Marktsituation sei in die Beurteilung miteinzubeziehen, was die Vorinstanz unterlassen habe. Die politischen Spannungen zwischen Saudi-Arabien und Qatar sowie der Zerfall des Ölpreises habe die Situation verschärft; Saudi-Arabien habe daher Milliardenprojekte, wie Energieanlagen, gestoppt.

#### **4.**

**4.1.** Nach den Darlegungen in der Beschwerde fand im Energiemarkt durch Akquisitionen und Fusionen eine Marktkonzentration auf die drei Grosskunden B. \_\_\_\_\_ AG, Firma D. \_\_\_\_\_ und Firma C. \_\_\_\_\_ für Europa, Afrika und den Nahen Osten statt. In diesem Marktumfeld befindet sich der Bereich Energietechnik der Beschwerdeführerin. Wie sie selbst einräumt, besteht markt- und produktebedingt eine grosse Abhängigkeit namentlich vom Hauptkunden B. \_\_\_\_\_ AG. Fest steht, dass zu Beginn des Jahres 2016 die B. \_\_\_\_\_ AG - ohne verbindliche Abnahmegarantie - ein grosses Auftragsvolumen in Aussicht gestellt hatte, worauf die Beschwerdeführerin den Personalbestand erhöhte (Protokoll der A. \_\_\_\_\_ AG vom 26. April 2016). Die in der Folge wesentlich geringere Abnahmemenge führte die B. \_\_\_\_\_ AG in einem Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 21. November 2016 darauf zurück, dass ihre Projekte weniger Ausleitungen benötigen würden. Die geringe Bestellmenge begründete sie ausserdem mit einem Strategiewechsel ihres neuen Managements, indem nur noch Aufträge mit positiven Deckungsbeiträgen angenommen würden (vgl. Besuchsbericht der A. \_\_\_\_\_ AG vom 1. November 2016). Ferner lieferte die B. \_\_\_\_\_ AG Produkte mit Komponenten der Beschwerdeführerin auch in den Nahen Osten; der Krieg zwischen Saudi-Arabien und Jemen habe zu Projektverzögerungen geführt, was ebenfalls unbestritten ist. Ein Margenverlust aufgrund von Währungsschwankungen wird letztinstanzlich zu Recht nicht mehr als Argument für einen anrechenbaren Arbeitsausfall vorgebracht.

**4.2.** Die Beschwerdeführerin bewegt sich im Rahmen der Energietechnik in einem spezialisierten Marktsegment. Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass das mit der Geschäftstätigkeit im Bereich der gasisolierten Schaltanlagen (GIS) bei der vorliegenden hochkonzentrierten Marktsituation einhergehende Risiko, bei veränderten Verhältnissen einen Umsatzeinbruch zu erleiden, nicht zu einem anrechenbaren Arbeitsausfall führt. Mit dem Entscheid, in diesem von ihren drei Grosskunden beherrschten Marktsegment tätig zu sein, werden hinsichtlich der Arbeitsausfälle bewusst Risiken in Kauf genommen, deren Verwirklichung nicht zulasten der Arbeitslosenversicherung gehen kann. Daran ändert der Einwand der Beschwerdeführerin, dass sie bemüht sei, neue Kunden zu gewinnen, nichts, weshalb sich die Vorinstanz damit auch nicht näher auseinandersetzen brauchte. Die Hauptkundin B. \_\_\_\_\_ AG rief die in Aussicht gestellte Abnahmemenge durch einen Strategiewechsel ihres neuen Managements und aufgrund von Projektverzögerungen im durch vielfältige Konflikte und kriegerische Auseinandersetzungen seit längerem instabile Nahen Osten nicht ab. Bei diesen Umständen ist die Auftragseinbusse als normales wirtschaftliches Betriebsrisiko im Sinne der Rechtsprechung anzusehen. Der Arbeitsausfall der Beschwerdeführerin im genannten Zeitraum ist nicht aussergewöhnlich und hätte jede Arbeitgeberin der Branche gleichermassen treffen können (NUSSBAUMER, a.a.O., S. 2412 Rz. 485).

**4.3.** Schliesslich kann ein Verstoss gegen Treu und Glauben nicht darin erblickt werden, dass die Verwaltung bezüglich vorgängiger Perioden keinen Einspruch gegen die Voranmeldung von Kurzarbeit erhob. Auch wenn der für die Zeit vom 1. März bis 30. April 2014 mit

Kurzarbeitsentschädigung ausgeglichene Arbeitsausfall ebenfalls durch einen der Grosskunden (Firma C. \_\_\_\_\_) verursacht wurde, liegen hier dennoch nicht die gleichen Verhältnisse wie dannzumal vor. Wie sich dem Entscheid des beco vom 27. Februar 2014 entnehmen lässt, räumte das beco dem Unternehmen damals mit der Kurzarbeitsentschädigung für zwei Monate die Möglichkeit ein, den sehr kurzfristig erfolgten Arbeitsausfall in den Monaten Januar und Februar 2014 zu kompensieren. Er wurde ausserdem mit dem ausdrücklichen Hinweis entschädigt, dass die Kurzarbeit im Sinne einer einmaligen Überbrückung für die zwei Monate bewilligt und dass bei gleicher Ausgangslage eine erneute Bewilligung zur Kurzarbeit nicht möglich sein werde. Die vorinstanzliche Beurteilung hält demnach auch in diesem Punkt vor Bundesrecht stand.

**5.**

Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 62 BGG). Dem Prozessausgang entsprechend trägt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

**3.**

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern und dem Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 20. Dezember 2017

Im Namen der I. sozialrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Maillard

Die Gerichtsschreiberin: Polla