

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 7. Oktober 2020

Verwaltungsrichter Ackermann, Abteilungspräsident
Verwaltungsrichter Jakob, Verwaltungsrichterin Meyrat Neuhaus,
Verwaltungsrichter Schwegler, Verwaltungsrichter Furrer,
Gerichtsschreiberin Schwitter

A. _____

Beschwerdeführer

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 4. Mai 2020



Sachverhalt:

A.

A. _____ (Beschwerdeführer) betreibt seit April 2005 als nicht im Handelsregister eingetragener Einzelunternehmer eine ...praxis (Akten des Amtes für Arbeitslosenversicherung [AVA bzw. Beschwerdegegner], Dossier Kantonale Amtsstelle [KAST; act. IIA] 9 Ziff. 9; vgl. auch <www.....ch>). Mit am 23. März 2020 unterzeichnetem Formular (act. IIA 7-10), welches dem AVA per E-Mail am 24. März 2020 durch die B. _____ AG zugestellt wurde (act. IIA 13), tätigte er für seine insgesamt fünf Arbeitnehmenden für die voraussichtliche Dauer von 16. März bis 16. Juni 2020 eine Voranmeldung für Kurzarbeit. Das AVA bewilligte mit Verfügung vom 6. April 2020 (act. IIA 3-6) die Kurzarbeitsentschädigung für die Dauer von 24. März bis 23. September 2020 (sofern die restlichen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien) mit der Begründung, die Bewilligung werde erst ab dem Datum der Voranmeldung erteilt. Die dagegen erhobene Einsprache (Akten des AVA, Dossier Rechtsdienst [act. II] 6-7) wies es mit Entscheid vom 4. Mai 2020 (act. II 1-4) ab.

B.

Hiergegen erhob A. _____ mit Eingabe vom 3. Juni 2020 Beschwerde und beantragte sinngemäss, in Aufhebung des Einspracheentscheides vom 4. Mai 2020 sei der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung betreffend seine fünf Mitarbeitenden für die Zeit zwischen 17. März und 16. September 2020 und nicht zwischen 24. März und 23. September 2020 zu bewilligen.

Der Beschwerdegegner schloss mit Beschwerdeantwort vom 3. Juli 2020 auf Abweisung der Beschwerde.

C.

Am 25. August 2020 fand zu den sich im vorliegenden Verfahren stellenden grundsätzlichen Rechtsfragen (vgl. E. 5 hiernach) eine erweiterte Abteilungskonferenz (eABK) der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung und der Abteilung für französischsprachige Geschäfte statt (Art. 54 Abs. 4 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1] i.V.m. Art. 22 des Organisationsreglements des Verwaltungsgerichts vom 22. September 2010 [OrR VG; BSG 162.621]; vgl. auch E. 1.3 hiernach).

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 GSOG Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er 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 4. Mai 2020 (act. II 1-4). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung betreffend fünf Mitarbeitende und dabei insbesondere, ob der Beschwerdegegner die sechsmonatige Kurzarbeitsentschädigung richtigerweise erst ab dem 24. statt dem 17. März 2020 bewilligte.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Ist eine Streitigkeit von grundsätzlicher Bedeutung zu entscheiden, urteilt das Gericht in Fünferbesetzung (Art. 56 Abs. 2 lit. a 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 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).

2.2 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).

2.3 Gemäss Art. 36 Abs. 1 AVIG muss ein Arbeitgeber, der beabsichtigt, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, dies der KAST mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmelded Fristen vorsehen. Hat der Arbeitgeber die Kurzarbeit ohne entschuldbaren Grund nicht fristgemäss vorangemeldet, so wird der Arbeitsausfalls nach Art. 58 Abs. 4 AVIV erst anrechenbar, wenn die für die Voranmeldung vorgeschriebene Frist abgelaufen ist.

3.

3.1 Nach dem Ausbruch des SARS-CoV-2-Virus (nachfolgend: Coronavirus bzw. COVID-19) beurteilte die Weltgesundheitsorganisation (WHO) die Situation als schwerwiegend und charakterisierte die weltweite Verbreitung des COVID-19 am 11. März 2020 als Pandemie (vgl. <www.euro.who.int>, Rubrik: Gesundheitsthemen/Gesundheitliche Notlagen/Ausbruch der Coronavirus-Krankheit [COVID-19]/Nachrichten).

3.2 Der Bundesrat ordnete am 28. Februar 2020 Massnahmen in einer besonderen Lage nach Art. 6 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz bzw. EpG; SR 818.101) an (vgl. Medienmitteilung vom 28. Februar 2020; abrufbar unter <www.admin.ch>, Rubrik: Dokumentation/Medienmitteilungen) und erliess in der Folge die Verordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19-Verordnung 2; AS 2020 773), welche um 15.30 Uhr gleichentags in Kraft trat. Am 16. März 2020 stufte er die Situation schliesslich als «ausserordentliche Lage» gemäss Art. 7 EpG ein und änderte gestützt auf diese rechtliche Grundlage die COVID-19-Verordnung 2 (AS 2020 783). So wurden unter anderem in deren Art. 6 Veranstaltungen verboten und diverse öffentlich zugängliche Einrichtungen für das Publikum geschlossen (sog. «Lockdown»). Dabei wurden in Abs. 3 lit. m Gesundheitseinrichtungen wie Spitäler, Kliniken und Arztpraxen sowie Praxen und

Einrichtungen von Gesundheitsfachpersonen nach Bundesrecht und kantonalem Recht explizit von der Schliessung ausgenommen. Allerdings mussten gemäss Art. 10a Abs. 2 Gesundheitseinrichtungen wie Spitäler und Kliniken, Arztpraxen und Zahnarztpraxen auf nicht dringend angezeigte medizinische Eingriffe und Therapien verzichten. Diese Verordnungsänderung trat am 17. März 2020 um 00.00 Uhr in Kraft. Die spezifischen Einschränkungen im Bereich der Gesundheitsvorsorge wurden mit dem Transitionsschritt 1 der Änderung vom 22. April 2020 der Covid-19-Verordnung 2 (AS 2020 1333) mit Inkrafttreten am 27. April 2020 wieder gelockert.

3.3 Die COVID-19-Verordnung 2 wurde im Bereich des Sozialversicherungsrechts durch diverse Verordnungen ergänzt (vgl. UELI KIESER, Covid-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in: AJP 2020 S. 552 ff.). So erliess der Bundesrat am 20. März 2020 zur Bekämpfung der wirtschaftlichen Folgen der Corona-Pandemie unter anderem die Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; AS 2020 877) und führte diverse Erleichterungen in Bezug auf die Kurzarbeitsentschädigung ein. Einerseits wurde vom anrechenbaren Arbeitsausfall keine Karenzzeit abgezogen (Art. 3 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Andererseits wurde neu der Bezug von Kurzarbeitsentschädigung für Personen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können (sogenannte arbeitgeberähnliche Personen), und deren Ehegatten oder eingetragene Partnerinnen oder Partner vorgesehen (Art. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung). Mit der Änderung vom 25. März 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1075) wurde sodann in Art. 8b Abs. 1 festgesetzt, dass ein Arbeitgeber in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG und Art. 58 Abs. 1 - 4 AVIV keine Voranmeldefrist abwarten muss, wenn er beabsichtigt, für Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen. Ebenso wurde die Möglichkeit einer telefonischen Voranmeldung der Kurzarbeit mit anschliessender schriftlicher Bestätigung eingeführt (Abs. 2). Anlässlich einer erneuten Änderung vom 8. April 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS

2020 1201) wurde bestimmt, dass die Verordnung einschliesslich der bisherigen Änderungen rückwirkend seit dem 1. März 2020 gilt (Art. 9).

4.

4.1 Aufgrund der Akten erstellt und unbestritten ist, dass grundsätzlich Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für fünf Mitarbeitende besteht, wobei das vom Beschwerdeführer unterzeichnete Formular «Voranmeldung für Kurzarbeit» per E-Mail dem Beschwerdegegner am 24. März 2020 zugestellt wurde (act. IIA 13). Umstritten ist jedoch der Beginn der Anspruchsberechtigung. Während der Beschwerdeführer beantragt, die Kurzarbeitsentschädigung sei ab dem 17. März 2020 zu bewilligen (Beschwerde S. 2), geht der Beschwerdegegner von einem Anspruch ab dem 24. März 2020 aus, weil die Unterlagen erst zu diesem Zeitpunkt bei der KAST eingereicht worden seien (Beschwerdeantwort S. 4 Ziff. III Art. 7).

4.2 Im vorliegenden Verfahren ist daher zunächst insbesondere Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1076) zu beachten, welcher gemäss Art. 9 der Änderung vom 8. April 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1201) rückwirkend seit dem 1. März 2020 gilt (vgl. E. 3.3 hiervor). Nach Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung muss der Arbeitgeber in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG und Art. 58 Abs. 1-4 AVIV keine Voranmeldefrist mehr abwarten, wenn er beabsichtigt, für seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen. Zu prüfen und durch Auslegung zu ermitteln ist, ob mit dem Verzicht auf eine Voranmeldefrist und insbesondere mit der rückwirkenden Inkraftsetzung dieser Regelung auf den 1. März 2020 (AS 2020 1201) auch eine rückwirkende Voranmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ermöglicht wurde, wovon der Beschwerdeführer implizit auszugehen scheint (vgl. Beschwerde S. 2).

4.3

4.3.1 Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (grammatikalisches, historisches, zeitgemässes, systematisches und teleologisches Element [vgl. SVR 2005 ALV Nr. 6 S. 20 E. 3.3]). Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 145 V 2 E. 4.1 S. 6).

Ist der Wortlaut klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, darf von ihm nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, er ziele am «wahren Sinn» der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), ihr Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (BGE 145 V 57 E. 9.1 S. 68).

4.3.2 Der Wortlaut von Art. 8b COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung, wonach ein Arbeitgeber keine Voranmeldefrist abwarten muss, wenn er beabsichtigt, für seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen (Abs. 1), und die Kurzarbeit auch telefonisch vorangemeldet werden kann, wobei der Arbeitgeber diese telefonische Voranmeldung unverzüglich schriftlich zu bestätigen hat (Abs. 2), impliziert insbesondere durch die in allen drei Amtssprachen übereinstimmende Verwendung des Begriffs «Voranmeldung», «préavis» bzw. «preannunciato», dass ein Anspruch nur für die Zukunft entstehen kann, und nicht etwa rückwirkend. Dies gilt umso mehr, als in Abs. 1 explizit nur

von der «Voranmeldefrist», nicht jedoch von der Voranmeldung selbst abgesehen wird. Das Ergebnis der grammatikalischen Auslegung deutet folglich daraufhin, dass eine rückwirkende Anmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung nicht möglich sein soll.

4.3.3 Die hier zu beurteilende Norm wurde vom Bundesrat gestützt auf die ihm in Art. 185 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV; SR 101) bzw. Art. 7 EpG eingeräumte Kompetenz erlassen. Weil die betreffende Verordnung direkt gestützt auf diese Ermächtigungsgrundlage in zeitlicher Dringlichkeit erlassen wurde, ist die Entstehungsgeschichte kaum bzw. nur rudimentär dokumentiert. Im Kontext der ausserordentlichen Lage sowie des angeordneten «Lockdowns» ging es dem Bundesrat bei der Änderung vom 25. März 2020 im Bereich der Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1075) darum, mit dem Instrument der Kurzarbeitsentschädigung vorübergehende Beschäftigungseinbrüche auszugleichen und die Arbeitsplätze zu erhalten, wobei die Ansprüche ausgeweitet und die Beantragung vereinfacht wurden (vgl. Medienmitteilungen des Bundesrates vom 20. und 25. März 2020 «Coronavirus: Massnahmenpaket zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen» resp. «Coronavirus: Zusätzliche Massnahmen zur Stützung der Wirtschaft», abrufbar unter <www.admin.ch>, a.a.O.). Hinweise auf die Einführung eines rückwirkenden Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung lassen sich daraus nicht entnehmen, zumal auch anlässlich der Medienkonferenzen des Bundesrates bzw. an den points de presse soweit ersichtlich nie dargelegt worden wäre, eine Voranmeldung sei rückwirkend möglich.

4.3.4 Mit Blick auf Art. 8c COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1076), wonach die Voranmeldung zu erneuern ist, wenn die Kurzarbeit länger als sechs Monate dauert, ist auch in systematischer Hinsicht davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber – wie dies der Wortlaut von Art. 8b dieser Verordnung bereits nahelegt (vgl. E. 4.3.2) – einzig auf die Voranmeldefrist, nicht aber auf die Voranmeldung selbst verzichtete und dabei die Voranmeldefrist quasi auf null Tage festsetzte.

4.3.5 In Ausnahmefällen zeichnet sich bereits vor dem eigentlichen Anspruchsbeginn ab, ob ein Leistungsanspruch entstehen wird. Für solche Spezialfälle kennt das Sozialversicherungsrecht Voranmeldefristen wie

jene im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung (vgl. BVR 2006 S. 375 E. 3.2). Die Voranmeldefrist dient hier in erster Linie zur Sicherung der Kontrollmöglichkeiten der KAST. Zur Vermeidung von Missbräuchen ist die Verwaltung in diesem Bereich in besonders hohem Ausmass auf eine sofortige Überprüfung angewiesen, da rückwirkende Abklärungen – insbesondere wegen unvorhergesehener Veränderungen wirtschaftlicher Natur – häufig keine zuverlässigen Aufschlüsse mehr geben können (BGE 114 V 123 E. 3b S. 124; vgl. auch BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, Art. 36 N. 1; THOMAS NUSSBAUMER, Arbeitslosenversicherung, in: ULRICH MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2418 N. 507; AVIG-Praxis KAE des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO, Stand: Juli 2020, G6-G8 [abrufbar unter <www.arbeit.swiss>]). Demnach bezweckt die Voranmeldefrist – anders als etwa die Karenzfrist (Art. 32 Abs. 2 AVIG; Art. 50 AVIV) – nicht etwa eine Beteiligung der Arbeitgeber an den Arbeitsausfällen, sondern eine Missbrauchskontrolle.

Sinn und Zweck der Einführung von Art. 8b COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung war, die bisherige Regelung in Art. 36 Abs. 1 AVIG und Art. 58 Abs. 1-4 AVIV (vgl. E. 2.3 hiervor) abzuändern, weil die Kurzarbeit im März wegen plötzlich eingetretener, nicht voraussehbarer Umstände in Zusammenhang mit dem am 16. März 2020 durch den Bundesrat beschlossenen «Lockdown» eingeführt werden musste und damit eine rechtzeitige Voranmeldung nicht mehr möglich war (vgl. dazu FAQ Kurzarbeitsentschädigung [FAQ KAE], Rubrik: «Wurde der administrative Aufwand für die Meldung von Kurzarbeit im Zusammenhang mit dem Coronavirus vereinfacht?», abrufbar unter <www.arbeit.swiss>). Arbeitgeber, die wegen der Corona-Pandemie in Schwierigkeiten geraten waren, sollten denn auch schnell und unkompliziert unterstützt werden (vgl. dazu FAQ KAE, Rubrik: «Was hat sich durch COVID-19 bezüglich KAE verändert?», abrufbar unter <www.arbeit.swiss>), damit sie während der ganzen Zeit des Arbeitsausfalles entschädigt würden. Deshalb hatte ein Arbeitgeber ab Voranmeldung, die mit Blick auf die neu eingeführte Möglichkeit der telefonischen Voranmeldung (Art. 8b Abs. 2 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung) sofort bzw. ohne Verzug vorzunehmen war, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für seine Arbeitnehmer. Die Voranmeldung konnte somit bis

unmittelbar vor Beginn bzw. Weiterführung der Kurzarbeit bei der KAST eingereicht werden (vgl. dazu FAQ KAE, Rubrik: «Was gilt bezüglich Voranmeldefrist?»).

Der Bundesrat hielt also ausdrücklich am Institut der Voranmeldung fest, womit systemimmanent ein rückwirkender Anspruch ausgeschlossen wurde. Mit anderen Worten wurde nicht etwa die Einführung einer nachträglichen Meldemöglichkeit für bereits zurückliegende Kurzarbeit beabsichtigt, andernfalls die Voranmeldung ihres Sinnes entleert worden wäre und die Arbeitgeber die Kurzarbeit auch erst zusammen mit der Geltendmachung des Anspruchs im Sinne von Art. 38 Abs. 1 AVIG hätten anmelden können. Anders verhält es sich dagegen beispielsweise beim Anspruch auf Erwerbsausfall für Selbständigerwerbende. Dieser wurde dergestalt geregelt, dass der Anspruch am Tag beginnt, an dem alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind (Art. 3 i.V.m. Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall; SR 830.31]). Dem Bundesrat hätte es freigestanden, auch im Bereich der Kurzarbeitsentschädigung eine entsprechende Regelung zu treffen, was er indes nicht tat. Dies führt nicht zu einer sachlich unhaltbaren Lösung, denn die gewählte Regelung berücksichtigt die Konzeption des Arbeitslosenversicherungsrechts, wobei mit der vorübergehenden Aufhebung der Voranmeldefrist im Rahmen der rasch zu gewährenden staatlichen Hilfe die Möglichkeit eines sofort entstehenden Leistungsanspruchs geschaffen wurde. Vor diesem Hintergrund kann nicht von einer Verordnungslücke ausgegangen werden.

4.4 Als Zwischenfazit ergibt die sprachlich-grammatikalische, entstehungsgeschichtliche, systematische und teleologische Auslegung, dass gestützt auf Art. 8b Abs. 1 der Änderung vom 25. März 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1075) zwischen 1. März und 31. Mai 2020 keine Voranmeldefrist mehr abgewartet werden musste und ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung am Tag der Voranmeldung, nicht aber rückwirkend entstand.

5.

5.1 Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO hat zur Präzisierung der vom Bundesrat erlassenen Verordnungen verschiedene Weisungen unter dem Titel «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie» erstellt. Mit der (nicht publizierten) Weisung 06/2020 vom 9. April 2020 (S. 7 Ziff. 2) bzw. 08/2020 vom 1. Juni 2020 (S. 9 f. Ziff. 2) wurde bestimmt, dass bei verspätet eingereichten Anträgen das Eingangsdatum 17. März 2020 gesetzt werde, wenn der Betrieb aufgrund der behördlichen Massnahmen schliessen musste und der Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung vor dem 31. März 2020 (Eingangsdatum/Poststempel) gestellt wurde. Dies wurde sodann in der Weisung 10/2020 vom 22. Juli 2020 (S. 14 Ziff. 2.13) nochmals bestätigt bzw. präzisiert.

5.2 Verwaltungsweisungen richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 145 V 84 E. 6.1.1 S. 87, 144 V 195 E. 4.2 S. 198; SVR 2019 IV Nr. 43 S. 138 E. 3). Das Gericht weicht jedoch insoweit von Weisungen ab, als sie nicht gesetzmässig sind bzw. in Ermangelung gesetzlicher Vorschriften mit den allgemeinen Grundsätzen des Bundesrechts nicht im Einklang stehen (BGE 132 V 121 E. 4.4 S. 125).

5.3 Mit den Bestimmungen der Weisungen, wonach bei verspäteten Anträgen ein früheres Eingangsdatum fingiert werden sollte, wurde der materielle Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung nicht über die Verordnung hinausgehend eingeschränkt, was von vornherein unzulässig wäre (vgl. dazu BGE 142 V 425 E. 7.2 S. 434; SVR 2019 IV Nr. 43 S. 138 E. 3), sondern im Gegenteil ausgedehnt. Weil diese Ausdehnung den Versicher-

ten zugutekam, bestand für die Betroffenen kein Anlass, diese Vorgaben des SECO zu hinterfragen bzw. einer gerichtlichen Überprüfung zuzuführen. In der vorliegenden Konstellation, in welcher der Beschwerdeführer im Wesentlichen die analoge Anwendung dieser Praxis auf seinen Betrieb fordert, ist deren Rechtmässigkeit indes von Bedeutung. Dabei folgt aus dem Dargelegten, dass die Bestimmungen der Verwaltungsweisungen keine hinreichende Grundlage in den vorerwähnten Verordnungen des Bundesrates (vgl. E. 4 hiervor) finden, dem Sinn und Zweck der Voranmeldung widersprechen (vgl. E. 4.3.5 hiervor) und damit – jedenfalls was die regulären Arbeitnehmenden betrifft – rechtswidrig sind (Beschluss der eABK vom 25. August 2020). Hier nicht zu beurteilen ist hingegen die Rechtmässigkeit der mit der Weisung 10/2020 zusätzlich eingeführten Möglichkeit für Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung oder bei Arbeit auf Abruf, die Voranmeldung für den Vormonat auch rückwirkend zu tätigen. Es handelt sich denn auch insoweit um eine andere Ausgangslage, als für diese neu geschaffenen Anspruchsgruppen (vgl. E. 3.3 hiervor; Beschwerdeantwort S. 4 Ziff. III Art. 8) ein rechtzeitiges Handeln unter Umständen gar nicht möglich war (der Einbezug von Arbeitnehmenden auf Abruf erfolgte erst am 8. April 2020 [AS 2020 1201]).

5.4 Der Betrieb des Beschwerdeführers musste zwar nicht auf behördliche Anordnung hin schliessen (vgl. Art. 6 Abs. 3 lit. m COVID-19-Verordnung 2; E. 3.2 hiervor) und wäre damit vom sachlichen Anwendungsbereich der besagten Weisungen nicht erfasst, er wurde indessen faktisch im vergleichbaren Ausmass der Pandemiesituation bzw. von den behördlichen Massnahmen getroffen. So mussten unter anderem ...praxen auf nicht dringend angezeigte medizinische Eingriffe und Therapien verzichten (Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2). Mithin waren nur noch Notfallbehandlungen erlaubt, während ... oder ... Wahlbehandlungen ausgesetzt werden mussten (vgl. auch ... der C._____ vom 15. März 2020 [Akten des Beschwerdeführers {act. I} 3]; Aufruf des Präsidenten der D._____ vom 18. März 2020 [act. I 5]). Dies führte gemäss Angaben des Beschwerdeführers (Beschwerde S. 1) zu einem Arbeitsausfall von 95 % (... Behandlungen) bzw. 100 % (...).

5.5 Nach der Rechtsprechung geht der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der Regel der Rücksicht auf die gleichmässige Rechtsanwendung vor. Der Umstand, dass das Gesetz in anderen Fällen nicht oder nicht richtig angewendet worden ist, gibt dem Bürger und der Bürgerin grundsätzlich keinen Anspruch darauf, ebenfalls abweichend vom Gesetz behandelt zu werden. Das gilt jedoch nur, wenn lediglich in einem einzigen oder in einigen wenigen Fällen eine abweichende Behandlung dargetan ist. Wenn dagegen die Behörden die Aufgabe der in andern Fällen geübten, gesetzwidrigen Praxis ablehnen, können der Bürger oder die Bürgerin verlangen, dass die gesetzwidrige Begünstigung, die Dritten zuteil wird, auch ihnen gewährt werde, soweit dies nicht andere legitime Interessen verletzt. Die Anwendung der Gleichbehandlung im Unrecht setzt als Vorbedingung voraus, dass die zu beurteilenden Sachverhalte identisch oder zumindest ähnlich sind (BGE 131 V 9 E. 3.7 S. 20, 126 V 390 E. 6a S. 392).

5.6 Vor dem Hintergrund, dass Betriebe, die aufgrund behördlicher Massnahmen schliessen mussten, von der eigentlichen gesetzeswidrigen Praxis profitiert haben (vgl. Beschwerde S. 2; Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. III Art. 5), besteht im vorliegenden Einzelfall Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht, da die behördlichen Massnahmen faktisch einer Schliessungsanordnung gleichkamen (erlitt der Beschwerdeführer dadurch doch gleichermassen einen massiven Arbeitsausfall und in Folge dessen einen wirtschaftlichen Verlust [vgl. E. 5.4 hiervor], womit praktisch von einem identischen Sachverhalt zur behördlichen Schliessungsanordnung auszugehen ist). Folglich ist hier ebenso zu fingieren, dass die Voranmeldung bereits am 17. März 2020 versandt wurde, womit die Kurzarbeitsentschädigung betreffend die fünf mitarbeitenden Personen des Beschwerdeführers unter Vorbehalt der erfüllten weiteren Voraussetzungen bereits ab dem 17. März 2020 zu bewilligen ist.

6.

Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid des Beschwerdegegners vom 4. Mai 2020 insoweit

abzuändern, als dem Beschwerdeführer Kurzarbeit für die Zeit vom 17. März bis zum 16. September 2020 zu bewilligen ist.

7.

7.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG werden keine Verfahrenskosten erhoben.

7.2 Trotz seines Obsiegens hat der nicht vertretene Beschwerdeführer nach konstanter Praxis keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da der Aufwand zur Wahrung seiner Interessen den Rahmen dessen nicht überschritten hat, was der Einzelne üblicher- und zumutbarerweise zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE 127 V 205 E. 4b S. 207; SVR 2019 KV Nr. 7 S. 51 E. 9.2.1).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern vom 4. Mai 2020 insoweit abgeändert, als der Beschwerdeführer, falls die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt sind, vom 17. März bis zum 16. September 2020 Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hat.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft - seco

Der Abteilungspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

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.