

200 20 469 ALV
LOU/REL/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 26. November 2020

Verwaltungsrichter Loosli
Gerichtsschreiberin Bischof

A. _____ GmbH
Beschwerdeführerin

gegen

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



betreffend Einspracheentscheid vom 20. Mai 2020 (ER RD 773/2020)

Sachverhalt:

A.

Die A. _____ GmbH (Beschwerdeführerin) bietet Dienstleistungen im Bereich ... (insbesondere ...) sowie Dienstleistungen im Bereich ..., ... und ... an, handelt mit ... und ... diese (vgl. www.zefix.ch). Mit am 25. April 2020 unterzeichnetem Formular, welches beim Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA bzw. Beschwerdegegner) am 4. Mai 2020 eingegangen ist, reichte sie Voranmeldung von Kurzarbeit für zwei Arbeitnehmende auf Abruf bei einem voraussichtlich prozentualen Arbeitsausfall von 80 % ein (Akten des AVA, Dossier Kantonale Amtsstelle [KAST; act. IIB] 5 - 7). Mit Entscheid vom 7. Mai 2020 (act. IIB 1 - 4) hiess das AVA das Gesuch teilweise gut und bewilligte Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 1. Mai 2020 bis zum 31. Oktober 2020, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. Zur Begründung legte es dar, die Bewilligung von Kurzarbeit könne frühestens ab dem Datum der Voranmeldung und längstens für sechs Monate erteilt werden (act. IIB 3). Die dagegen am 13. Mai 2020 erhobene Einsprache (Akten des AVA, Dossier Rechtsdienst [act. II] 6 - 7), mit welcher die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung bereits ab dem 16. März 2020 beantragt wurde, wies das AVA mit Entscheid vom 20. Mai 2020 (act. II 2 - 4) ab.

B.

Hiergegen erhob die A. _____ GmbH am 13. Juni 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern. Sie beantragt die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids und die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für zwei Personen ab dem 16. März 2020.

Mit Beschwerdeantwort vom 2. Juli 2020 schloss der Beschwerdegegner auf 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 auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 20. Mai 2020 (act. II 2 - 4). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für zwei Mitarbeitende für die Zeit vom 16. März bis zum 30. April 2020.

1.3 Bei der streitigen Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung für eineinhalb Monate (vgl. E. 1.2 hiervor) liegt der Streitwert offensichtlich unter Fr. 20'000.–, weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 Abs. 1 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 Arbeitnehmenden 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 Arbeitnehmenden Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, dies der KAST mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Hat der Arbeitgeber die Kurzarbeit ohne entschuldigen 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 Auftreten 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 12. März 2020 als Pandemie (vgl. <www.euro.who.int>, Rubrik: Gesundheitsthemen/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 [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 ab dem 17. März 2020 geschlossen (sog. "Lockdown").

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. Zum Beispiel 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 (so-

genannte 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 festgelegt, 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 Arbeitnehmenden Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen. Anlässlich einer erneuten Änderung vom 8. April 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1201) wurde in Art. 8f bestimmt, dass Arbeitnehmende auf Abruf, deren Beschäftigungsgrad starken Schwankungen unterliegt (mehr als 20 %), in Abweichung von Art. 31 Abs. 3 Bst. a AVIG und Art. 33 Abs. 1 Bst. b AVIG ebenfalls Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung haben, sofern sie seit mehr als sechs Monaten in dem Unternehmen arbeiten, das Kurzarbeit anmeldet. Zudem wurde festgehalten, dass die Verordnung einschliesslich der bisherigen Änderungen rückwirkend seit dem 1. März 2020 gilt (Art. 9).

3.4 Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat sich in seinem Grundsatzurteil vom 7. Oktober 2020, ALV/2020/428, mit Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1075) befasst, 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). Gemäss Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (in Kraft gewesen vom 25. März bis 31. Mai 2020) 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 Arbeitnehmenden Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen. Nach Durchführung einer sprachlich-grammatikalischen, entstehungsgeschichtlichen, systematischen und teleologischen Auslegung kam das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass gestützt auf Art. 8b Abs. 1 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1075) zwischen 1. März 2020 und 31. Mai 2020 keine Voranmeldefrist mehr abgewartet werden musste und ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung am Tag der Voranmeldung, nicht aber rückwirkend entstehend konnte (Beschluss der erweiterten Abteilungskonferenz der

sozialversicherungsrechtlichen Abteilung und der Abteilung für französischsprachige Geschäfte [eABK] vom 25. August 2020). Eine rückwirkende Anmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung auf den Zeitpunkt des Lockdowns war und ist damit grundsätzlich nicht möglich.

3.5 Das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO hat zur Präzisierung der vom Bundesrat erlassenen Verordnungen verschiedene Weisungen unter dem Titel "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" erstellt. In der (nicht publizierten) Weisung 06/2020 vom 9. April 2020 wurde ausgeführt, dass für die Beurteilung, ob ein Arbeitsverhältnis auf Abruf regelmässig war oder nicht, die 20 %-Regel anzuwenden ist. Auf die Prüfung dieser Regel kann jedoch verzichtet werden bei versicherten Personen in einem unbefristeten Arbeitsverhältnis, deren Vertrag nicht gekündigt wurde und die wegen der Pandemie nicht mehr abgerufen werden. Hierzu ist vom Arbeitgeber eine Bestätigung auszustellen, dass die angestellte Person aufgrund der Pandemie nicht mehr abgerufen wurde. In der Weisung 08/2020 vom 1. Juni 2020 (S. 10) wurde sodann festgehalten, dass eine Voranmeldung von Kurzarbeit auch für den Vormonat rückwirkend erfolgen kann, falls für diesen Zeitraum aus dem Grund, dass weitere Anspruchsgruppen erst zu einem späteren Zeitpunkt neu zu den Berechtigten gezählt wurden, keine Kurzarbeitsentschädigung beantragt wurde. Als Beispiel wurden hierfür Arbeitnehmende auf Abruf genannt, für welche ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung erst mit der Änderung der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung vom 8. April 2020 (AS 2020 1201) eingeführt wurde (vgl. E 3.3 hiavor).

4.

4.1 Umstritten im vorliegenden Fall ist der Beginn der Anspruchsberechtigung für Kurzarbeitsentschädigung. Während die Beschwerdeführerin beantragt, die Kurzarbeitsentschädigung sei bereits ab dem Lockdown, d.h. ab dem 16. März 2020 zu bewilligen (vgl. Beschwerde vom 13. Juni 2020), geht der Beschwerdegegner von einem Anspruch ab dem 1. Mai 2020 aus, weil das Formular „Voranmeldung von Kurzarbeit“ erst zu diesem Zeitpunkt

der Schweizerischen Post übergeben worden sei (vgl. Einspracheentscheid vom 20. Mai 2020 [act. II 2 - 4]).

4.2 Unbestritten wurde das Formular zur Voranmeldung der Kurzarbeit erst Ende April 2020 ausgefüllt und der Post am 1. Mai 2020 (Freitag) mit A-Post übergeben und ging bei der KAST am Montag, 4. Mai 2020, ein (vgl. Eingangsstempel [act. IIB 5 - 7]). Nachdem eine rückwirkende Anmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung grundsätzlich nicht möglich ist (vgl. E. 3.4 hiervor), besteht für die Angestellten der Beschwerdeführerin soweit kein Anspruch für die Zeit vom 16. März bis zum 30. April 2020.

4.3

4.3.1 Im Anmeldeformular vom 25. April 2020 (act. IIB 5 - 7) hat die Beschwerdeführerin angegeben, der Gesamtbetrieb weise einen Personalbestand von zwei Personen auf, die beide von Kurzarbeit betroffen und in einem Arbeitsverhältnis auf Abruf angestellt seien (act. IIB 5 Ziff. 3 und Ziff. 4).

4.3.2 Der Beschwerdegegner ging offenbar davon aus, dass es sich bei den zum Bezug von Kurzarbeit angemeldeten Personen um Mitarbeitende mit regulärer Arbeitszeit und nicht um solche auf Abruf handelt, zumal dem angefochtenen Entscheid vom 20. Mai 2020 (act. II 2- 4) nichts Anderes zu entnehmen ist.

4.3.3 In den Akten finden sich neben dem vorerwähnten Voranmeldeformular Kurzarbeitsentschädigung (act. IIB 5 - 6) keine Unterlagen, welche eine Beurteilung zulassen würden, ob die beiden Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin in einem Anstellungsverhältnis auf Abruf oder einem solchen mit regulären Arbeitszeiten stehen. Im Dossier der Arbeitslosenkasse (Akten des Beschwerdegegners, Dossier Arbeitslosenkasse [act. IIA]) findet sich zwar ein "Personalblatt – Kurzarbeitsentschädigung (KAE) – Covid-19" (act. IIA 2), in welchem die beiden Angestellten, ihr prozentuales Arbeitspensum und die AHV-pflichtigen Lohnsummen aufgeführt sind, jedoch nichts zur Ausgestaltung der Anstellungsverhältnisse (Arbeitsverträge, Zeitnachweise, Lohnabrechnungen usw.). Gestützt auf die Akten lässt sich damit nicht beurteilen, ob tatsächlich ein Arbeitsverhältnis "auf

Abruf" vorliegt, wie es die Beschwerdeführerin im Voranmelde-Formular angegeben hat, oder ein Arbeitsverhältnis mit zeitlich regulärer Beschäftigung besteht, von dem der Beschwerdegegner auszugehen scheint. Der Sachverhalt erweist sich als ungenügend erstellt. Die Sache ist an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit dieser die erforderlichen Abklärungen bezüglich des Vorliegens eines Arbeitsverhältnisses auf Abruf durchführt. Gegebenenfalls ist weiter zu klären, in welchem zeitlichen Umfang die Angestellten in der hier fraglichen Zeit abgerufen wurden, so dass ein allfälliger daraus resultierender Leistungsanspruch beurteilt werden kann (E. 3.5 hiervor).

4.4 Mit Blick auf das vorstehend Dargelegte kann zudem offenbleiben, ob die zweite Voraussetzung der verordneten Schliessung des Betriebes erfüllt ist und auch deshalb kein rückwirkender Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestehen würde (vgl. angefochtener Entscheid vom 20. Mai 2020; act. II 2 - 4 S. 2).

5.

Die Beschwerde ist nach dem Dargelegten gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 20. Mai 2020 (act. II 2 - 4) aufzuheben. Die Akten sind an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit dieser – nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der vorstehenden Erwägungen – über den geltend gemachten Leistungsanspruch neu verfüge.

6.

6.1 Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

6.2 Trotz seines Obsiegens hat die nicht vertretene Beschwerdeführerin nach konstanter Praxis keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da sein Aufwand den Rahmen dessen nicht überschreitet, was der Einzelne üblicherweise und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner per-

sönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (BGE 127 V 205 E. 4b S. 207).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung vom 20. Mai 2020 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, damit er – nach Vornahme der Abklärungen im Sinne der Erwägungen – neu verfüge.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____ GmbH
 - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
 - Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Der Einzelrichter:

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.