

200 20 585 ALV und
200 20 742 ALV (2)
KNB/ISD/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 26. November 2020

Verwaltungsrichter Knapp, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Ackermann, Verwaltungsrichterin Fuhrer
Gerichtsschreiber Isliker

A. _____
Beschwerdeführerin 1

B. _____
c/o A. _____
Beschwerdeführerin 2

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 6. Juli 2020



Sachverhalt:

A.

Die in ... (...; ...), domizilierte B. _____ (Arbeitgeberin bzw. Beschwerdeführerin 2), welche im Bereich ... tätig ist, liess am 27. März 2020 durch die C. _____ AG beim Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA bzw. Beschwerdegegner) das Formular „Vor Anmeldung von Kurzarbeit“ einreichen, verbunden mit dem Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. April 2020 für die in der Schweiz beschäftigte A. _____ (Arbeitnehmerin bzw. Beschwerdeführerin 1; vgl. Akten des AVA, Antwortbeilage [AB] 32-35). Mit Verfügung vom 7. Mai 2020 (AB 29-31) verneinte das AVA einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, da die B. _____ keinen Betriebssitz in der Schweiz habe. Die dagegen von der Arbeitnehmerin erhobene Einsprache (AB 17) wies das AVA mit Einspracheentscheid vom 6. Juli 2020 (AB 13-15) ab.

B.

Hiergegen erhob die Arbeitnehmerin im Namen der Arbeitgeberin mit nicht unterzeichneter Eingabe vom 11. August 2020 Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. April 2020; eine entsprechende Vollmacht bzw. den Nachweis der Zeichnungsberechtigung wurde nicht beigelegt.

Vom Instruktionsrichter unter anderem zur Nachreichung einer rechtsgenügenden Vollmacht aufgefordert, bekräftigte D. _____ – gemäss eigenen Angaben „Director of European Sales (Abteilungsleiter und Arbeitgebervertreter)“ – (von ... aus) die Absicht der Arbeitgeberin zur Beschwerdeführung, ohne jedoch seine Zeichnungsberechtigung zu belegen (Eingang der Eingabe am 3. September 2020).

Mit Eingabe vom 10. September 2020 reichte die Arbeitnehmerin weitere Unterlagen ein.

Mit Schreiben vom 21. September 2020 wies der Instruktionsrichter die Arbeitnehmerin darauf hin, dass aus den verschiedenen nachgereichten Unterlagen einschliesslich der am 3. September 2020 eingegangenen Eingabe eine entsprechende Zeichnungsberechtigung nach wie vor nicht ersichtlich sei. Der Arbeitnehmerin wurde Gelegenheit gegeben, zu erklären, ob sie mit der Beschwerde vom 11. August 2020 nicht nur im Namen der Arbeitgeberin, sondern auch im eigenen Namen Beschwerde erhoben habe.

Mit Eingabe vom 28. September 2020 teilte die Beschwerdeführerin 1 mit, dass sie mit der Eingabe vom 11. August 2020 auch in eigenem Namen Beschwerde erhoben habe.

Mit prozessleitender Verfügung vom 28. September 2020 hielt der Instruktionsrichter namentlich fest, dass die Arbeitnehmerin nunmehr als Beschwerdeführerin 1 aufgeführt werde und die Arbeitgeberin als Beschwerdeführerin 2, wobei die beiden Verfahren vereinigt geführt würden.

Nachdem sich die Beschwerdeführerin 1 mit Schreiben vom 12. Oktober 2020 nach dem Verfahrensstand erkundigt hatte, erläuterte ihr der Instruktionsrichter mit Schreiben vom 27. Oktober 2020 den Verfahrensablauf und wies darauf hin, dass sie zur Vereinfachung des Verfahrens – soweit zutreffend – erklären könne, nicht länger an der im Namen der Beschwerdeführerin 2 erhobenen Beschwerde festzuhalten.

Am 29. Oktober 2020 teilte die Arbeitnehmerin dem Verwaltungsgericht mit, dass sie an der im Namen der Beschwerdeführerin 2 – ohne rechtsgenügli- che Vollmacht – erhobenen Beschwerde nicht länger festhalte.

Mit Beschwerdeantwort vom 29. Oktober 2020 schloss der Beschwerdegegner auf Abweisung der Beschwerden.

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 1, welche gemäss ihrer Eingabe vom 28. September 2020 ausdrücklich in eigenem Namen Beschwerde führt, 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 des angerufenen Verwaltungsgerichts 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 im Verfahren ALV/2020/585 (betreffend die Beschwerdeführerin 1) folglich einzutreten.

Soweit die Beschwerdeführerin 1 zudem ursprünglich (auch) im Namen der Beschwerdeführerin 2 Beschwerde angehoben hatte, wurde dem Verwaltungsgericht trotz wiederholter Aufforderung (vgl. die prozessleitenden Verfügungen vom 13. August 2020 und vom 28. September 2020) und zusätzlicher telefonischer Information (vgl. Aktennotizen vom 24., 25. und 27. August 2020) weder eine entsprechende Vollmacht noch ein Nachweis der Zeichnungsberechtigung vorgelegt. Ebenso bleibt D._____, gemäss eigenen Angaben Director of European Sales (Abteilungsleiter und Arbeitgebervertreter), anlässlich seiner Eingabe vom 28. August 2020 (Poststempel der Deutschen Post) den Nachweis einer Vollmacht bzw. der Zeichnungsberechtigung schuldig. Indes erklärte die Arbeitnehmerin – welche ursprünglich für die Arbeitgeberin Beschwerde erhoben hatte – mit

Eingabe vom 29. Oktober 2020 ausdrücklich und vorbehaltlos, dass sie an der ohne rechtsgenügeliche Vollmacht im Namen der Beschwerdeführerin 2 geführten Beschwerde nicht länger festhalte, das heisst sie die Beschwerde zurückziehe. Dementsprechend und nachdem die Beschwerdeführerin 1 gemäss Bestätigung vom 28. September 2020 die Beschwerde vom 11. August 2020 auch in eigenem Namen angehoben hatte, ist von weiteren Abklärungen hinsichtlich der Vertretungs- und Zeichnungsbefugnis Umgang zu nehmen und das Verfahren soweit die Beschwerdeführerin 2 betreffend (Verfahren: ALV/2020/742) als erledigt vom Protokoll abzuschreiben.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 6. Juli 2020 (AB 13-15). Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner den Anspruch der Beschwerdeführerin 1 auf Kurzarbeitsentschädigung zu Recht wegen fehlenden schweizerischen Betriebssitzes der B. _____ verneint hat.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 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 Nach Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG ist für die Arbeitslosenversicherung derjenige Arbeitnehmer (Art. 10 ATSG) beitragspflichtig, der nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) versichert und für Einkommen aus unselbstständiger Tätigkeit beitragspflichtig ist.

2.2 Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn sie für die Versicherung beitragspflichtig sind oder das Mindestalter für die Beitragspflicht in der AHV noch nicht

erreicht haben (lit. a); der Arbeitsausfall anrechenbar ist (Art. 32 AVIG; lit. b); das Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist (lit. c) und der Arbeitsausfall voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit ihre Arbeitsplätze erhalten werden können (lit. d).

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).

2.3 Beabsichtigt ein Arbeitgeber, für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, so muss er dies der kantonalen Amtsstelle mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit schriftlich voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Die Voranmeldung ist zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert (Art. 36 Abs. 1 AVIG).

2.4 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). 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").

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 (sog. 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).

3.

3.1 Vorliegend umstritten ist der Anspruch der Beschwerdeführerin 1 auf Kurzarbeitsentschädigung ab 1. April 2020 (vgl. AB 32-35). Der Beschwerdegegner verneinte einen solchen Anspruch – ohne Prüfung der (wei-

teren) Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 31 AVIG – bereits respektive einzig mangels eines schweizerischen Betriebssitzes der B._____ (AB 29 f. bzw. 13-15). Die Beschwerdeführerin 1 bringt dagegen sinngemäss vor, dass ein schweizerischer Betriebssitz nicht vorausgesetzt werde, weshalb gestützt darauf ein Ausschluss vom Leistungsanspruch unzulässig sei.

3.2 Vorab ist festzuhalten, dass die Fragen, ob die im ... domizilierte (AB 32) Beschwerdeführerin 2 in der Schweiz beitragspflichtig ist und ob die in der Schweiz tätige Beschwerdeführerin 1 als Arbeitnehmerin ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber (sog. ANOBAG) gilt, offen gelassen werden können. Denn insbesondere die Beitragspflicht der Beschwerdeführerin 2 ist hier – wie nachfolgend dargelegt wird (vgl. E. 3.3 hiernach) – nicht ausschlaggebend.

3.3 Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners (AB 13-15) ist dem Gesetz kein Tatbestandselement zu entnehmen, wonach der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bedingt, dass der Arbeitgeber seinen Sitz in der Schweiz haben muss. Namentlich setzt Art. 31 Abs. 1 lit. a AVIG einzig die Beitragspflicht des betroffenen Arbeitnehmers voraus (Art. 2 Abs. 1 lit. a AVIG i.V.m. Art. 3 AHVG), was hier offensichtlich erfüllt ist (dahingehend AB 17 bzw. Beschwerde S. 2). Eine entsprechende Anspruchsvoraussetzung lässt sich – anders als vom Beschwerdegegner angenommen (Beschwerdeantwort S. 3 Art. 4) – auch nicht aus Art. 36 Abs. 1 AVIG ableiten, denn diese Norm regelt allein das Verfahren auf Voranmeldung zur Kurzarbeitsentschädigung (BORIS RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, Art. 36 N. 1) und legt dabei namentlich fest, bei wem die Voranmeldung einzureichen ist, nämlich bei der kantonalen Amtsstelle und nicht bei einem anderen Durchführungsorgan der Arbeitslosenversicherung. Diese Bestimmungen wie auch die Pflichten des Arbeitgebers gemäss Art. 37 AVIG bilden nicht Anspruchsvoraussetzungen, solche sind ausschliesslich diejenigen von Art. 31 AVIG (vgl. BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, S. 291; vgl. E. 2.2 hiervor).

Auch die COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (vgl. E. 2.4 hiervor) sieht kein entsprechendes Erfordernis vor. Vielmehr bezweckt sie eine

Vereinfachung des Verfahrens zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung und stellt hierfür keine neuen bzw. zusätzlichen materiellen Anspruchsvoraussetzungen auf.

3.4 Damit ist aufgrund der bestehenden Beitragspflicht der Beschwerdeführerin 1 ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gegeben, sofern die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 31 AVIG erfüllt sind. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid vom 6. Juli 2020 aufzuheben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er die weiteren Voraussetzungen zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung prüfe und anschliessend neu verfüge.

3.5 Nachdem die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 (Verfahren: ALV/2020/585) bereits gestützt auf nationales Recht gutzuheissen ist, kann im Übrigen die Anwendbarkeit des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit (Freizügigkeitsabkommen [FZA]; SR 0.142.112.681) offen bleiben, ist doch nicht ersichtlich, dass darin eine Inländerdiskriminierung explizit vorgesehen wäre. Ebenso ist nicht weiter auf den von der Beschwerdeführerin 1 erhobene Vorwurf der Diskriminierung einzugehen.

4.

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

4.2 Die obsiegende Beschwerdeführerin 1 ist nicht anwaltlich vertreten und das vorliegende Verfahren ist weder als kompliziert noch als besonders aufwändig zu qualifizieren, sodass der Aufwand der Beschwerdeführerin 1 zur Wahrung ihrer Interessen den Rahmen dessen nicht überschritten hat, was der und die Einzelne üblicher- und zumutbarerweise zur Besorgung der persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat. Unter diesen Umständen besteht nach konstanter Praxis kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. BGE 127 V 205 E. 4b S. 207; SVR 2019 KV Nr. 7 S. 51 E. 9.2.1).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Das Verfahren ALV/2020/742 wird als erledigt vom Protokoll abgeschrieben.
2. In Gutheissung der Beschwerde im Verfahren ALV/2020/585 wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern vom 6. Juli 2020 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, damit er im Sinne der Erwägungen verfähre.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Zu eröffnen (R):
 - A. _____, zweifach, einmal zuhanden von B. _____
 - 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.