

200 20 627 ALV
FUR/LUB/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 24. November 2020

Verwaltungsrichterin Fuhrer, Kammerpräsidentin
Verwaltungsrichterin Wiedmer, Verwaltungsrichter Ackermann
Gerichtsschreiber Lüthi

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 24. Juni 2020



Sachverhalt:

A.

Die in ... domizilierte A. _____ (Arbeitgeberin bzw. Beschwerdeführerin) stellte am 9. April 2020 beim Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern (AVA bzw. Beschwerdegegner) Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 15. April 2020 für einen in der Schweiz (im ...) tätigen Arbeitnehmer und reichte dabei das Formular "Vor Anmeldung von Kurzarbeit" ein (Akten des AVA, Dossier Kantonale Amtsstelle [act. II] 3 f.). Mit Verfügung vom 28. April 2020 (act. II 5-7) verneinte das AVA für die Zeit vom 15. April bis 14. Oktober 2020 einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, da die A. _____ keinen Betriebssitz in der Schweiz habe. Daran hielt das AVA auf Einsprache hin (Akten des AVA, Dossier Rechtsdienst [act. IIA] 5 ff.) mit Entscheid vom 24. Juni 2020 (act. IIA 2-3) fest.

B.

Mit Eingabe vom 26. August 2020 erhob die A. _____, vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. B. _____, Beschwerde. Sie beantragte, der Einspracheentscheid des AVA vom 24. Juni 2020 sei aufzuheben, die Voranmeldung der Beschwerdeführerin zur Kurzarbeit vom 9. April 2020 sei gutzuheissen und es sei festzustellen, dass Kurzarbeitsentschädigungen ausbezahlt werden können.

Mit Beschwerdeantwort vom 23. Oktober 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 Anfechtungsobjekt bildet die Verfügung vom 28. April 2020 (act. II 5-7) bestätigende Einspracheentscheid vom 24. Juni 2020 (act. IIA 2-3). Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdegegner den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu Recht wegen fehlenden schweizerischen Betriebssitzes der Beschwerdeführerin 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) wur-

de 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 auf Kurzarbeitsentschädigung für den in der Schweiz tätigen Aussendienstmitarbeiter der Beschwerdeführerin. Während der Beschwerdegegner einen solchen Anspruch bereits – ohne Prüfung der (weiteren) Anspruchsvoraussetzungen gemäss Art. 31 AVIG – mangels schweizerischer Betriebsstätte der Beschwerdeführerin verneint (act. II 6, act. IIA 2), stellt sich Letztere auf den Standpunkt, dass eine Betriebsstätte in der Schweiz nicht vorausgesetzt wird (Beschwerde S. 6).

3.2 Vorab ist festzuhalten, dass die Fragen, ob die in ... domizilierte Beschwerdeführerin (act. II 3 f.) in der Schweiz beitragspflichtig ist und ob der in der Schweiz tätige Aussendienstmitarbeiter – entsprechend der Auffassung des Beschwerdegegners (act. IIA 2) – als Arbeitnehmer ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber (sog. ANOBAG) gilt, offen gelassen werden können. Denn insbesondere die Beitragspflicht der Beschwerdeführerin ist hier – wie nachfolgend dargelegt wird (vgl. E. 3.3 hiernach) – nicht ausschlaggebend.

3.3 Entgegen der Auffassung des Beschwerdegegners (act. IIA 2) 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 (act. IIA 9). Eine derartige Anspruchsvoraussetzung lässt sich 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 hiavor).

Auch die COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (vgl. E. 2.4 hier vor) sieht kein entsprechendes Erfordernis vor.

3.4 Damit ist aufgrund der bestehenden Beitragspflicht des Arbeitnehmers ein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gegeben, sofern die weiteren Voraussetzungen gemäss Art. 31 AVIG erfüllt sind. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen, der angefochtene Einspracheentscheid vom 24. Juni 2020 (act. IIA 2-3) aufzuheben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, damit er die weiteren Voraussetzungen zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung prüfe und anschliessend neu verfüge.

3.5 Da die Beschwerde 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.

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 Beschwerde führende Person hat Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Versicherungsgericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (Art. 61 lit. g ATSG). Nach der Rechtsprechung gilt es unter dem Gesichtspunkt des (bundesrechtlichen) Anspruchs auf eine Parteientschädigung im Streit um eine Sozialversicherungsleistung bereits als Obsiegen, wenn die versicher-

te Person ihre Rechtsstellung im Vergleich zu derjenigen nach Abschluss des Administrativverfahrens insoweit verbessert, als sie die Aufhebung einer ablehnenden Verfügung und die Rückweisung der Sache an die Verwaltung zu ergänzender Abklärung und neuer Beurteilung erreicht (BGE 137 V 57 E. 2.1 S. 61). Dies gilt unabhängig davon, ob die Rückweisung beantragt oder ob das entsprechende Begehren im Haupt- oder im Eventualantrag gestellt wird (SVR 2017 KV Nr. 9 S. 43 E. 9.1).

In der Kostennote vom 9. November 2020 hat Rechtsanwalt lic. iur. B. _____ ein Honorar von insgesamt Fr. 2'496.-- sowie die Mehrwertsteuer von Fr. 192.20 geltend gemacht. Diese Beträge sind nicht zu beanstanden. Der gesamte Parteikostenersatz wird somit auf Fr. 2'688.20 (inkl. Mehrwertsteuer) festgesetzt. Diesen Betrag hat der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin zu ersetzen.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern vom 24. Juni 2020 aufgehoben und die Sache an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, damit er im Sinne der Erwägungen verfähre.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 2'688.20 (inkl. MWSt.), zu ersetzen.

4. Zu eröffnen (R):

- Rechtsanwalt lic. iur. B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
- Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
- Staatssekretariat für Wirtschaft – SECO

Die Kammerpräsidentin:

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.