

200 20 691 ALV  
KOJ/COC/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 20. November 2020**

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Knapp, Verwaltungsrichter Schwegler  
Gerichtsschreiberin Collatz

**A. \_\_\_\_\_ GmbH**  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 10. August 2020 (ER RD 1183/2020)



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Am 1. Mai 2020 reichte die A. \_\_\_\_\_ GmbH bei der Arbeitslosenkasse des Kantons Bern (ALK) zwei Formulare "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung" für die Monate März und April 2020 ein (Akten des Amts für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern [AVA bzw. Beschwerdegegner], Dossier Arbeitslosenkasse Bern [act. II] 37 – 41). Ferner ging am 19. Mai 2020 bei der Kantonalen Amtsstelle (KAST) das Formular "Voranmeldung von Kurzarbeit" ein, in welchem die A. \_\_\_\_\_ GmbH für den Gesamtbetrieb infolge der vom Bundesrat "durch den Ausruf des Notstandes" erfolgten Schliessung der Gastronomie und Skigebiete ab dem 16. März 2020 Kurzarbeitsentschädigung beantragte (Akten des AVA, Dossier Rechtsdienst KAST [act. IIA] 39 – 41). Mit Verfügung vom 22. Mai 2020 (act. IIA 29 – 32) hiess das AVA dieses Gesuch teilweise gut und bewilligte die Kurzarbeitsentschädigung für die Zeit vom 18. Mai bis 17. November 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. IIA 31). Auf die dagegen erhobene Einsprache vom 23. Juli 2020 (act. IIA 28) trat das AVA mit Entscheid vom 28. Juli 2020 (act. IIA 24 – 26) aufgrund verspäteter Einspracheerhebung nicht ein. Nachdem sich C. \_\_\_\_\_ im Namen der A. \_\_\_\_\_ GmbH mit Email vom 7. August 2020 (act. IIA 19) über das Zustelldatum der Verfügung vom 22. Mai 2020 erkundigt hatte, von welcher sie nur Kenntnis erhalten habe, weil sie diese beim Rechtsdienst angefordert habe, hob das AVA den Einspracheentscheid vom 28. Juli 2020 mit Einspracheentscheid vom 10. August 2020 (act. IIA 9 – 12) wiederwägungsweise auf, hiess die Einsprache teilweise gut und bewilligte die Kurzarbeitsentschädigung – aufgrund der belegten erstmaligen Geltendmachung von Kurzarbeitsentschädigung am 1. Mai 2020 – für den Zeitraum vom 1. Mai bis 31. Oktober 2020, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien.

**B.**

Hiergegen erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, am 11. September 2020 Beschwerde und beantragte die teilweise Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie die Zuspache von Kurzarbeitsentschädigung ab dem 17. März 2020.

Mit Beschwerdeantwort vom 13. 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 der Einspracheentscheid vom 10. August 2020 (act. IIA 9 – 12). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung und dabei insbesondere, ob der Beschwerdegegner die Kurzarbeitsentschädigung zu Recht ab dem 1. Mai 2020 statt bereits – wie beantragt – ab 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).

**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 Voranmeldefristen vorsehen. Hat der Arbeitgeber die Kurzarbeit ohne entschuldbaren Grund nicht fristgemäss vorangemeldet, so wird der Arbeitsausfall 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 (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](http://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](http://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").

**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). Mit der Änderung vom 20. Mai 2020 wurde Art. 8b der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung per 1. Juni 2020 wieder aufgehoben (AS 2020 1777).

#### **4.**

**4.1** Aufgrund der Akten ist erstellt und unbestritten, dass – unter Vorbehalt der übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG – grundsätzlich Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für die Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin besteht. Umstritten ist jedoch der Beginn der Anspruchsberechtigung. Während die Beschwerdeführerin beantragt, die Kurzarbeitsentschädigung sei bereits ab dem 17. März 2020 zu bewilligen (Beschwerde S. 2 Ziff. 1 2), geht der Beschwerdegegner von einem Anspruch ab dem 1. Mai 2020 aus, weil die Formulare "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung" für die Monate März und April 2020 zu diesem Zeitpunkt bei der ALK eingereicht worden seien (act. IIA 10, Beschwerdeantwort S. 2 f. Art. 2 f.).

**4.2** Im vorliegenden Verfahren ist daher insbesondere Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung (AS 2020 1076) zu beachten, welcher vom 1. März bis 31. Mai 2020 galt (vgl. E. 3.3 hiavor). Nach Art. 8b Abs. 1 COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung musste der Arbeitgeber in Abweichung von Art. 36 Abs. 1 AVIG und Art. 58 Abs. 1 - 4 AVIV keine Voranmeldefrist mehr abwarten, wenn er beabsichtigte, 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.

**4.3** Dazu hat das Verwaltungsgericht des Kantons Bern im Grundsatzurteil vom 7. Oktober 2020, ALV/2020/428, E. 4.4, folgendes festgehalten: Die sprachlich-grammatikalische, entstehungsgeschichtliche, systematische und teleologische Auslegung ergibt, 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.

**4.4** Im vorliegenden Fall wurde das Formular "Vor Anmeldung von Kurzarbeit" unbestrittenermassen am 18. Mai 2020 bei der KAST eingereicht (Eingangsdatum: 19. Mai 2020; act. IIA 39 – 41). Da die Beschwerdeführerin jedoch bereits am 1. Mai 2020 die Formulare "Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung" für die Monate März und April 2020 bei der (unzuständigen; vgl. Art. 36 Abs. 1 AVIG) ALK eingereicht hat (act. II 37 – 41), hat der Beschwerdegegner zu Recht diesen Zeitpunkt als Anmelde datum berücksichtigt (act. IIA 10), zumal eine Anmeldung bei einer unzu ständigen Stelle nicht schadet (Art. 29 Abs. 3 ATSG).

Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie habe die Voranmeldung nicht früher einreichen können, weil sie infolge der am 17. März 2020 per sofort verordneten Betriebsschliessung der Luftseilbahn auf die ... vorübergehend keinen Zugang zum Bergrestaurant und den sich dort befindlichen und für die Ausfüllung des Voranmeldeformulars notwendigen (Personal-) Unterlagen gehabt habe (Beschwerde S. 3 f. Ziff. III 2 f. und 5), ändert dies vorliegend nichts. Denn trotz der Bahnschliessung war das Bergrestaurant – entgegen der Darstellung in der Beschwerde – nicht komplett von der Aussenwelt abgeschnitten. Vielmehr war die Lokalität zu Fuss oder z.B. mit einem Schneemobil auf ... der (...) Talabfahrt durchaus erreichbar (vgl. <www.....ch>, Rubrik: Pistenplan). Abgesehen davon, dass Dienstfahrten der Bahn zweifellos zulässig blieben. Die Argumentation der Beschwerdeführerin impliziert zudem, dass sie das Unternehmen und die gesamte In frastruktur während Wochen unbeaufsichtigt gelassen haben will, was wenig glaubhaft ist. Wie es sich damit verhält, braucht zufolge dauernder Er reichbarkeit jedoch nicht abschliessend geprüft zu werden. Damit hätte die Beschwerdeführerin die notwendigen Unterlagen für die Voranmeldung von Kurzarbeit mit zumutbarem Aufwand behändigen können. Davon abgese hen hätte sie – wie der Beschwerdegegner zutreffend ausführt (Beschwer deantwort S. 3 Art. 3) – die entsprechenden Angaben gegenüber der KAST resp. dem Beschwerdegegner nachträglich noch präzisieren können, was sie gewusst hätte, wenn sie sich bei der KAST resp. dem Beschwerdegeg ner entsprechend erkundigt hätte, was sie jedoch unterlassen hat. Zudem musste und konnte ab dem 16. März 2020 aufgrund der gesetzlichen Grundlagen und der zahlreichen via Medien verbreiteten Informationen als bekannt vorausgesetzt werden, dass Kurzarbeitsentschädigung beantragt

werden kann und hierfür eine Voranmeldung nötig ist. Die Möglichkeit eines rückwirkenden Anspruchs wurde dabei nicht kommuniziert, mit Ausnahme der hier nicht massgebenden Variante einer bis am 31. März 2020 eingereichten Voranmeldung (nicht publizierte Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO 06/2020 vom 9. April 2020 [S. 7 Ziff. 2] bzw. 08/2020 vom 1. Juni 2020 [S. 9 f. Ziff. 2]), wonach bei verspätet eingereichten Anträgen das Eingangsdatum 17. März 2020 gesetzt wird, wenn der Betrieb aufgrund der behördlichen Massnahmen schliessen musste und der Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung vor dem 31. März 2020 [Eingangsdatum/Poststempel] gestellt wurde [vgl. Beschwerdeantwort S. 2 f. Art. 3]). Es bestand für die Beschwerdeführerin damit kein Grund zur Annahme, dass das Datum der Voranmeldung nicht relevant sei bzw. die Beschwerdeführerin noch mehrere Wochen zuwarten und dann rückwirkend Kurzarbeitsentschädigung beanspruchen könnte. Vielmehr hätte ihr die Wichtigkeit einer möglichst zeitnahen Voranmeldung von Kurzarbeit bewusst sein müssen. Darüber hinaus macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass sie anlässlich eines Telefongesprächs mit dem Beschwerdegegner oder einer anderen Stelle eine derartige Auskunft erhalten und deshalb mit dem Einreichen der Voranmeldung zugewartet hätte. Damit kann sie sich auch nicht auf einen allfälligen Vertrauensschutz berufen, der unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der rechtsuchenden Person gebietet (vgl. BGE 143 V 341 E. 5.2.1 S. 346, 131 V 472 E. 5 S. 480).

Wenn die Beschwerdeführerin schliesslich vorbringt, es hätten Unsicherheiten bestanden, ob ihre Arbeitnehmer, welche bis auf eine Ausnahme in einem befristeten Arbeitsverhältnis stünden, überhaupt Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung hätten (Beschwerde S. 4 Ziff. 7 f.), hat der Beschwerdegegner korrekterweise darauf hingewiesen, dass der Arbeitsausfall von Personen in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer bereits in Art. 4 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung in Abweichung zu Art. 33 Abs. 1 lit. e AVIG als anrechenbar anerkannt wurde. Namentlich darüber wurde die Öffentlichkeit denn auch am 20. März 2020 mittels Medienmitteilung des Staatssekretariats für Wirtschaft SECO informiert (act. IIA 42 – 48, insbesondere act. IIA 44). Spätestens ab diesem Zeitpunkt musste der Beschwerdeführerin somit klar sein, dass auch für dieje-

nigen Arbeitnehmer, die in einem befristeten Arbeitsverhältnis stehen, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht.

Nach dem Darlegten besteht vorliegend Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab dem 1. Mai 2020, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt sind.

## **5.**

Demensprechend ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. August 2020 (act. IIA 9 ff.) nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

## **6.**

**6.1** Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG keine zu erheben.

**6.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführerin
  - Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Rechtsdienst
  - Staatssekretariat für Wirtschaft – seco

Der Kammerpräsident:

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.