

200 20 756 ALV
JAP/SCC/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 17. Dezember 2020

Verwaltungsrichter Jakob, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Kölliker, Verwaltungsrichterin Fuhrer
Gerichtsschreiberin Schertenleib Gamero

A. _____ AG
vertreten durch Rechtsanwalt und Notar B. _____
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 3. September 2020



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ AG (A. _____ bzw. Beschwerdeführerin) ist im Bereich der Arbeitsvermittlung und Personalverleih (im Sinne des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1989 über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih [Arbeitsvermittlungsgesetz, AVG; SR 823.11]) tätig (vgl. Akten Rechtsdienst/Kantonale Amtsstelle [KAST] II, [act. IIA] 369; SHAB Nr. ... vom ... Mai 1994). Mit E-Mail vom 20. März 2020 tätigte sie für den „Gesamtbetrieb“ eine Voranmeldung zur Kurzarbeit, bei 15 betroffenen Mitarbeitenden und einem voraussichtlichen prozentualen Arbeitsausfall von 80 % ab 20. März 2020 (act. IIA 361 ff.). Mit Verfügung vom 3. April 2020 (Entscheid Nr. ...) teilte die KAST mit, die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung könne ab 20. März 2020 vorgenommen werden, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (act. IIA 357).

Nachdem die A. _____ mit E-Mail vom 23. April 2020 eine Voranmeldung für Kurzarbeit betreffend die Betriebsabteilung „C. _____“, bei zwölf betroffenen Arbeitnehmenden, ab 30. März 2020 (act. IIA 352 ff.) und mit E-Mails vom 5. Mai 2020 Voranmeldungen für die Betriebsabteilungen „D. _____“, bei fünf Arbeitnehmenden, ab 20. April 2020 (act. IIA 349 ff.) und für die „E. _____“, bei neun Arbeitnehmenden, ab 7. April 2020 (act. IIA 346 ff.) eingereicht hatte, hob die KAST mit Verfügung vom 18. Mai 2020 (Entscheid Nr. ...) die Verfügung vom 3. April 2020 (Entscheid-Nr. ...) wiedererwägungsweise auf (act. IIA 318 ff.). Gleichentags erliess sie weitere Verfügungen, wonach sie Kurzarbeit für die Betriebsabteilungen „Internes Personal“ ab 20. März 2020 (Entscheid Nr. ...; act. IIA 313 ff.), „C. _____“ ab 24. April 2020 (richtig: 23. April 2020; Entscheid Nr. ...; act. IIA 320 ff.) und „D. _____“ ab 5. Mai 2020 (Entscheid Nr. ...; act. IIA 325 ff.) sowie „E. _____“ ab 5. Mai 2020 (Entscheid Nr. ...; act. IIA 308 ff.) bewillige, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien. In teilweiser Guttheissung einer hiergegen erhobenen Einsprache (act. IIA 259 ff.) bewilligte das Amt für Arbeitslosenversicherung (AVA bzw. Beschwerdegegner) mit Entscheid vom 3. September 2020 die Kurzarbeit betreffend die Betriebsabteilung „C. _____“ ab 17. März 2020, wogegen

sie die Einsprache bezüglich die übrigen Betriebsabteilungen abwies (Akten Rechtsdienst/KAST I, [act. II] 43 ff.).

B.

Am 1. Oktober 2020 erhob die A._____, vertreten durch Rechtsanwalt B._____, beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde. Sie beantragte sinngemäss, in Abänderung des angefochtenen Einspracheentscheids sei die Kurzarbeit hinsichtlich „E._____" ab 7. April 2020 bzw. hinsichtlich „D._____" ab 20. April 2020 zu bewilligen (Beschwerde S. 2 Rechtsbegehren Ziff. 1-4 i.V.m. act. IIA 263). Sie brachte u.a. vor, sie sei davon ausgegangen, dass die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung mit Verfügung vom 3. April 2020 (Entscheid Nr. ...) gutgeheissen worden sei. Im Vertrauen darauf habe sie erst am 5. Mai 2020 je einen Antrag auf Kurzarbeitsentschädigung für die Betriebsabteilungen „D._____" und „E._____" vorgenommen; die verspätete Einreichung könne ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Mit Beschwerdeantwort vom 5. November 2020 beantragte der Beschwerdegegner die 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 GSOG 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 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 3. September 2020 (act. II 43 ff.). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung für Temporärangestellte betreffend die Betriebsabteilungen „D._____“ und „E._____“ und dabei insbesondere, ob der Beschwerdegegner richtigerweise die Kurzarbeit ab 5. Mai 2020 bewilligte statt hinsichtlich „E._____“ ab 7. April 2020 bzw. hinsichtlich „D._____“ ab 20. April 2020.

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. An-

dererseits 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 Gemäss Art. 32 Abs. 1 AVIG ist ein Arbeitsausfall anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (lit. a) und je Abrechnungsperiode mindestens 10 % der Arbeitsstunden ausmacht, die von den Arbeitnehmern des Betriebes normalerweise insgesamt geleistet werden (lit. b). Eine Betriebsabteilung ist nach Art. 32 Abs. 4 AVIG i.V.m. Art. 52 Abs. 1 AVIV einem Betrieb gleichgestellt, wenn sie eine mit eigenen personellen und technischen Mitteln ausgestattete organisatorische Einheit bildet, die einer eigenen innerbetrieblich selbständigen Leitung untersteht (lit. a) oder Leistungen erbringt, die auch von selbständigen Betrieben erbracht und auf dem Markt angeboten werden können (lit. b; vgl. auch AVIG-Praxis KAE des Staatssekretariats für Wirtschaft seco [AVIG-Praxis KAE], Stand: Juli 2020, C29 ff.; [abrufbar unter <www.arbeit.swiss>]).

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 Arbeitsausfall nach Art. 58 Abs. 4 AVIV erst anrechenbar, wenn die für die Voranmeldung vorgeschriebene Frist abgelaufen ist. Wird Kurzarbeitsentschädigung für einzelne Betriebsabteilungen geltend gemacht, muss für jede Abteilung eine separate Voranmeldung eingereicht werden (AVIG-Praxis KAE G3).

2.4 Im Zusammenhang mit der Kurzarbeitsentschädigung führte der Bundesrat vor dem Hintergrund der Pandemie diverse Erleichterungen ein, wobei diese teilweise rückwirkend in Kraft gesetzt wurden (vgl. Verordnung vom 20. März 2020 über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19 {COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; AS 2020 877}]; Änderung vom 25. März 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung

[AS 2020 1075]; Verordnung vom 8. April 2020 über ergänzende Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus im Bereich der Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1201]; Änderung vom 20. Mai 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1777]; vgl. auch UELI KIESER, COVID-19-Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in AJP 2020 S. 552 ff.). Unter anderem musste der Arbeitgeber, wenn er beabsichtigte, für seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen, im Zeitraum zwischen 1. März und 31. Mai 2020 keine Voranmeldefrist mehr abwarten (vgl. Art. 8b Abs. 1 der Änderung vom 25. März 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1075]; Art. 9 der Änderung vom 8. April 2020 der COVID-19 Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1201]; Änderung vom 20. Mai 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1777]). Sodann waren zwischen 1. März und 31. August 2020 auch Personen, die in einem Arbeitsverhältnis auf bestimmte Dauer oder im Dienste einer Organisation für Temporärarbeit stehen, anspruchsberechtigt (Art. 4 der Änderung vom 20. März 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 877]; Art. 9 der Änderung vom 8. April 2020 der COVID-19 Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 1201]; Änderung vom 12. August 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 3569]). In der seco-Weisung 2020/06 vom 9. April 2020 (S. 8) wurde in diesem Zusammenhang bestimmt, dass es als Arbeitgeber am Personalverleiher ist, die Kurzarbeit bei der KAST voranzumelden, wobei die in einen von Kurzarbeit betroffenen Einsatzbetrieb ausgeliehenen Mitarbeitenden jeweils als eine Betriebsabteilung des Arbeitgebers (Personalverleihers) gelten.

2.5 Bei der Voranmeldefrist (vgl. zu deren Zweck: 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 G6-G8) handelt es sich um eine Verwirkungsfrist. Erfolgt die Voranmeldung verspätet, wird der Arbeitsausfall erst nach Ablauf der Voranmeldefrist anrechenbar (vgl. AVIG-Praxis KAE G7). Eine Voranmeldung kann per definitionem und systembedingt nicht rückwirkend erfolgen. Dies

galt gemäss VGE ALV/2020/428 (Beschluss der erweiterten Abteilungskonferenz [eABK] der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung und der Abteilung für französischsprachige Geschäfte vom 25. August 2020) auch für den Zeitraum zwischen 1. März und 31. Mai 2020, als der Arbeitgeber keine Voranmeldefrist mehr abwarten musste, wenn er beabsichtigte, für seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend zu machen (vgl. dazu E. 2.4 hiavor).

2.6

2.6.1 Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) umfasst einerseits den Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht. Andererseits verbietet er sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten. Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60, 127 II 49 E. 5a S. 56; Entscheid des EVG vom 14. Dezember 2004, H 157/04, E. 3.3.1).

2.6.2 Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher die Bürgerin und den Bürger in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der rechtsuchenden Person gebieten. Gemäss Lehre und Rechtsprechung (BGE 143 V 341 E. 5.2.1 S. 346, 131 V 472 E. 5 S. 480) ist dies der Fall,

- wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat;
- wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte;
- wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte;

- wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und
- wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat.

Der unrichtigen Auskunft gleichgestellt ist die Unterlassung einer behördlichen Auskunft, welche gesetzlich vorgeschrieben oder nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war. Die dritte Voraussetzung lautet diesfalls: wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen Auskunft nicht hätte rechnen müssen (BGE 143 V 341 E. 5.2.1 S. 346).

2.6.3 Der Grundsatz des Vertrauensschutzes gilt nicht nur dann, wenn die Bürgerin oder der Bürger Dispositionen getroffen haben, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, sondern auch dann, wenn es im Vertrauen auf die Richtigkeit der behördlichen Auskunft oder Anordnung unterlassen wurde, Dispositionen zu treffen, die nicht mit dem früher möglichen Erfolg nachgeholt werden können (BGE 110 V 145 E. 4b S. 156; SVR 1998 AHV Nr. 30 S. 95 E. 8b). Erforderlich ist, dass die Auskunft für die darauf folgende Unterlassung ursächlich war. Ein solcher Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn angenommen werden kann, die versicherte Person hätte sich ohne die fehlerhafte Auskunft anders verhalten. An den Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen Auskunft und Disposition bzw. Unterlassung werden nicht allzu strenge Anforderungen gestellt (BGE 121 V 65 E. 2b S. 67; SVR 2013 BVG Nr. 13 S. 49 E. 4.2.3).

3.

3.1 Umstritten ist der Beginn der Bewilligung der Kurzarbeit. Während die Beschwerdeführerin beantragt, die Kurzarbeit sei für die Betriebsabteilung „E._____“ ab 7. April 2020 und für die Betriebsabteilung „D._____“ ab 20. April 2020, d.h. auch rückwirkend nach der Voranmeldung vom 5. Mai 2020 zu bewilligen, geht der Beschwerdegegner im angefochtenen Einspracheentscheid vom 3. September 2020 (act. II 43 ff.) von einem Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab 5. Mai 2020 aus, weil das Datum der Einreichung der Voranmeldung massgebend sei.

3.2 Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die Voranmeldung vom 20. März 2020 für den „Gesamtbetrieb“ (act. IIA 361), in deren Folge sie in guten Treuen davon ausgegangen sei, die Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung sei auch für die Temporärangestellten der Betriebsabteilungen „D._____“ und „E._____“ bereits mit Verfügung vom 3. April 2020 (act. IIA 357 ff.) für den „Gesamtbetrieb“ gutgeheissen worden (Beschwerde S. 5 Rz. 11). Dieses Argument überzeugt nicht. Denn entgegen ihrem Vermerk in der Voranmeldung vom 20. März 2020 (act. IIA 361/1 Ziff. 1) war nicht der „Gesamtbetrieb“, sondern einzig das interne Personal von 15 Mitarbeitenden (vgl. act. IIA 363 f.) betroffen, insbesondere ohne die an die Einsatzbetriebe „D._____“ (fünf Arbeitnehmende; act. IIA 349) und „E._____“ (neun Arbeitnehmende; act. IIA 346) verliehenen Personen, auch wenn der Bundesrat gleichentags den Kreis der Anspruchsberechtigten auf Temporärangestellte ausgeweitet hatte (Art. 4 der Änderung vom 20. März 2020 der COVID-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung [AS 2020 877]). Mit Blick auf diese Verordnungsänderung ist das Argument des Beschwerdegegners, zu diesem Zeitpunkt (20. März 2020) habe die Beschwerdeführerin für die temporär angestellten Mitarbeitenden noch gar keine Kurzarbeitsentschädigung beantragen können (Beschwerdeantwort S. 4 Ziff. III Art. 2), unzutreffend. Es kommt jedoch hinzu, dass der Beginn der Kurzarbeit in den Einsatzbetrieben bis zum 7. April 2020 („E._____“; act. IIA 346) bzw. 20. April 2020 („D._____“; act. IIA 349) hinausgezögert werden konnte (act. II 262; Beschwerde S. 5 Rz. 13), womit sich die Voranmeldung vom 20. März 2020 von vornherein nicht auf die diesbezüglichen Temporärangestellten beziehen konnte.

3.3 Es ist unbestritten und aktenmässig ausgewiesen, dass die „ergänzenden“ Voranmeldungen von Kurzarbeit für die Betriebsabteilungen „E._____“ nicht am 7. April 2020 (act. IIA 346) bzw. „D._____“ nicht am 20. April 2020 (act. IIA 349), sondern am 5. Mai 2020 und damit grundsätzlich verspätet erfolgten. Es liegt auch keine Konstellation vor, bei welcher die Voranmeldung für den Vormonat auch rückwirkend erfolgen konnte, weil bisher für den Vormonat einzig aus dem Grund keine Kurzarbeitsentschädigung beantragt wurde, da weitere Anspruchsgruppen erst zu einem späteren Zeitpunkt neu zu den Berechtigten zählten (seco-Weisung 2020/08 vom 1. Juni 2020, S. 10). Denn der Kreis der Anspruchsberechtig-

ten wurde – wie erwähnt – bereits am 20. März 2020 (zuerst rückwirkend per 17. März 2020 [AS 2020 877] und schliesslich rückwirkend per 1. März 2020 [AS 2020 1201]) auf Temporärangestellte erstreckt, weshalb diese Rückwirkung eine Voranmeldung noch im April 2020 vorausgesetzt hätte. Da die Beschwerdeführerin somit nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmung fällt, kann (wie im VGE ALV/2020/428) offenbleiben, ob die Verwaltungsweisung diesbezüglich überhaupt rechtmässig war.

3.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei ausdrücklich mit E-Mail vom 1. April 2020 darauf hingewiesen worden, keine neue respektive korrigierte Voranmeldung einzureichen (Beschwerde S. 5 Rz. 13). Damit stellt sich die Frage, ob sie sich bezüglich der verspäteten Voranmeldung auf einen entschuldbaren Grund berufen kann (vgl. Art. 58 Abs. 4 AVIV [vgl. E. 2.3 hiervor]; BARBARA KUPFER BUCHER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AVIG, 5. Aufl. 2019, Art. 36 S. 289) bzw. ob sie in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten zu schützen ist (vgl. E. 2.6 hiervor).

Die „ergänzenden“ Voranmeldungen vom 5. Mai 2020 betreffend die Betriebsabteilungen „D. _____“ (act. IIA 349) und „E. _____“ (act. IIA 346) erfolgten erst, nachdem die Beschwerdeführerin vom Inhalt des Newsletters der F. _____ vom 14. April 2020 (act. IIA 274 f.) Kenntnis genommen hatte, worin das Voranmelde-Prozedere gemäss seco-Weisung 2020/06 (vgl. E. 2.4 hiervor) skizziert worden war. Denn die Beschwerdeführerin vertraute auf die Auskunft einer Mitarbeiterin der „Hotline Kurzarbeit“, welche mit E-Mail vom 1. April 2020 (act. IIA 272) eine elektronische Anfrage der Beschwerdeführerin vom 30. März 2020 (act. IIA 270 f.) beantwortet hatte. Darin wurde – im Zusammenhang mit Kurzarbeit im Einsatzbetrieb „C. _____“ – vorab erklärt, die Chancen für Kurzarbeit für die Temporärangestellten der Beschwerdeführerin stünden gut. Sodann wurde in allgemeiner Weise darauf hingewiesen, dass das Formular „Voranmeldung zur Kurzarbeit“ auszufüllen sei. Jedoch enthielt die E-Mail vom 1. April 2020 gleichzeitig folgenden durch Fettdruck hervorgehobenen Hinweis: „Sollten Sie Anpassungen zu Ihrer Voranmeldung haben, bitten wir Sie, keine weitere korrigierte Voranmeldung einzureichen. Wir werden Sie wenn nötig direkt kontaktieren“ (act. IIA 272). Weil die Beschwerdeführerin

bereits eine Voranmeldung am 20. März 2020 eingereicht hatte, durfte sie davon ausgehen, dass sie die neu anspruchsberechtigten Mitarbeitenden ohne neue Voranmeldung nachträglich und rückwirkend zum Datum der KAST-Verfügung bei der KAST oder gegebenenfalls direkt der Arbeitslosenkasse melden kann (vgl. auch seco-Weisung 2020/06 vom 9. April 2020, S. 8). Dass dies nicht den Spezialfall von Temporärarbeit betrifft, bei dem jeder Einsatzbetrieb eine eigene Betriebsabteilung bildet und der Personalverleiher separate Voranmeldungen zu tätigen hat, war für die Beschwerdeführerin nicht erkennbar. Hinzu kommt, dass die seco-Weisung 2020/06 vom 9. April 2020 im Zeitpunkt der Auskunftserteilung am 1. April 2020 noch gar nicht vorlag und dieses spezifische Voranmeldeprozedere für die neu anspruchsberechtigten Temporärangestellten noch gar nicht definiert war.

Die Begriffe des Betriebs bzw. der Betriebsabteilungen dienen als Bezugsgrösse für die Berechnung der Mindestausfallstunden von 10 % (Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG; vgl. E. 2.2 hiervor) und als Einheit, auf welche die Höchstdauer der Kurzarbeitsentschädigung zu beziehen ist (Art. 35 Abs. 1 AVIG); zudem muss der Betrieb bzw. die Betriebsabteilung die Kurzarbeitsentschädigung während der zweijährigen Rahmenfrist bei der gleichen Arbeitslosenkasse geltend machen (Art. 38 Abs. 2 AVIG; vgl. AVIG-Praxis KAE C29). Erst im Zusammenhang mit der vorübergehenden Erweiterung der Anspruchsberechtigung auf Temporärarbeit wurde die Betriebsabteilung neu als Hilfskonstruktion herangezogen, um die Arbeitnehmenden eines Personalverleihers in Bezug auf die verschiedenen Einsatzbetriebe zusammenzufassen und vom internen Personal abzugrenzen. Selbst wenn die Obliegenheit zur separaten Voranmeldung für jede „Betriebsabteilung“ noch vor Erlass der seco-Weisung 2020/06 gegolten hätte und die Auskunft vom 1. April 2020 demnach nicht in allen Teilen zutreffend gewesen sein sollte, wären die Voraussetzungen für die Bindung an falsche Auskünfte (vgl. E. 2.6 hiervor) erfüllt. So durfte die Beschwerdeführerin die Mitarbeiterin der „Hotline Kurzarbeit“ als für die Auskunft zuständig erachten. Sie konnte nicht erkennen, dass die Angabe, keine korrigierten Voranmeldungen einzureichen, für den Spezialfall von Temporärangestellten nicht galt. Sie nahm im Vertrauen auf die Ausführungen zunächst keine separaten Voranmeldungen für die betreffenden Betriebsabteilungen vor. Zudem

konnte sie diese Unterlassung nicht ohne Nachteil rückgängig machen. Demnach durfte das Vorgehen der Beschwerdeführerin ihr nicht zum Nachteil gereichen. Sie konnte vielmehr in guten Treuen davon ausgehen, ihre ursprüngliche Voranmeldung könne nachträglich und rückwirkend ergänzt werden, ohne dass eine separate Voranmeldung erforderlich sei. Als Rechtsfolge ist zu fingieren, die Beschwerdeführerin habe bereits am 7. April 2020 eine separate Voranmeldung für die Betriebsabteilung „E. _____“ bzw. am 20. April 2020 eine solche für die Betriebsabteilung „D. _____“ getätigt.

3.5 Nach dem Dargelegten ist in Gutheissung der Beschwerde der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. September 2020 (act. II 43 ff.) insoweit abzuändern, als die Kurzarbeitsentschädigung – falls die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt sind – für die Betriebsabteilungen „E. _____“ ab 7. April 2020 und „D. _____“ ab 20. April 2020 zu bewilligen ist.

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 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG). Mit Kostennote vom 19. November 2020 macht Rechtsanwalt B. _____ ein Honorar von Fr. 2'475.--, zuzüglich Fr. 195.-- und Mehrwertsteuer von Fr. 205.60 (7.7 % auf Fr. 2'670.--) geltend. Der Aufwand erscheint angemessen, weshalb die Parteientschädigung auf Fr. 2'875.60 festzusetzen ist.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid des Amtes für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern vom 3. September 2020 insoweit abgeändert, als die Kurzarbeitsentschädigung für die Betriebsabteilungen „E._____“ ab 7. April 2020 und „D._____“ ab 20. April 2020 bewilligt wird, falls die übrigen Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 39 AVIG erfüllt sind.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 2'875.60 (inkl. Auslagen und MWSt.), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt und Notar 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.