

# **BGer 8C\_224/2024 vom 2. September 2025**

Bundesgericht, 2025-09-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_8C\\_224\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_8C_224_2024)

FR: TF 8C\_224/2024 du 2 septembre 2025

IT: TF 8C\_224/2024 del 2 settembre 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG; BGE 148 V 209 E. 2.2).

### **E. 1.2**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 1.3**

Eine Sachverhaltsfeststellung ist nicht schon dann offensichtlich unrichtig, wenn sich Zweifel anmelden, sondern erst, wenn sie eindeutig und augenfällig unzutreffend ist. Es liegt noch keine offensichtliche Unrichtigkeit vor, nur weil eine andere Lösung ebenfalls in Betracht fällt, selbst wenn diese als die plausiblere erscheint. Diese Grundsätze gelten auch in Bezug auf die konkrete Beweiswürdigung; in diese greift das Bundesgericht auf Beschwerde hin nur bei Willkür ein (siehe zum Willkürbegriff: BGE 148 IV 356 E. 2.1; 147 V 194 E. 6.3.1), insbesondere wenn die Vorinstanz, der als Sachgericht diesbezüglich ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht, offensichtlich unhaltbare Schlüsse zieht, erhebliche Beweise übersieht oder solche grundlos ausser Acht lässt ( BGE 144 V 50 E. 4.1 f. mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 8C\_210/2024 vom 2. Dezember 2024 E. 1.3).

### **E. 2.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzt, indem sie in Bestätigung des Einspracheentscheids vom 15. Juli 2022 einen Anspruch der Beschwerdeführerin auf Kurzarbeitsentschädigung ab 1. Februar bis 30. April 2021 verneinte. Im Fokus steht dabei die Frage nach der Anrechenbarkeit des geltend gemachten Arbeitsausfalls.

### **E. 2.2**

Die Vorinstanz legte die Bestimmungen und Grundsätze zum Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ( Art. 31 Abs. 1 AVIG ) und zum anrechenbaren Arbeitsausfall ( Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG ) zutreffend dar. Gleiches gilt für die Voraussetzungen, unter denen die Anrechenbarkeit eines Arbeitsausfalls zu verneinen ist ( Art. 33 Abs. 1 lit. a und b AVIG ; BGE 121 V 371 E. 2a), sowie für die Rechtsprechung zum normalen Betriebsrisiko ( BGE 138 V 333 E. 4.2.2; 119 V 498 E. 1; ARV 2008 S. 158, 8C\_279/2007 E. 2.3). Darauf

wird verwiesen.

### **E. 2.3**

Wie in der Botschaft zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz) vom 12. August 2020 (BBl 2020 2068 S. 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wird, besteht der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs bzw. der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, sondern im Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen ( BGE 147 V 359 E. 4.6.3).

### **E. 2.4**

Auch wenn sich Verwaltungsweisungen an die Durchführungsstellen richten und für die Gerichte nicht verbindlich sind, sollen diese sie bei ihren Entscheidungen berücksichtigen, sofern sie dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegungen der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Normanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen. Verwaltungsweisungen dürfen indes keine über Gesetz oder Verordnung hinausgehende Einschränkungen materieller Rechtsansprüche einführen (vgl. etwa BGE 147 V 79 E. 7.3.2 mit Hinweisen). Dabei ist grundsätzlich diejenige Fassung mitzubetrachten, die der Entscheidbehörde im Verfügungszeitpunkt vorgelegen (und ihr gegenüber Bindungswirkung entfaltet) hat. Spätere Ergänzungen können allenfalls in die Entscheidungsfindung einfließen, insbesondere wenn sie Schlüsse zulassen auf eine bereits zuvor gelebte Verwaltungspraxis ( BGE 150 V 1 E. 4.2; 147 V 278 E. 2.2).

### **E. 2.5**

Nach den laufend aktualisierten Weisungen des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" kann eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere, wie die Vorinstanz korrekt darlegte, nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG betrachtet werden, selbst wenn unter Umständen jeder Arbeitgeber davon betroffen sein kann. Demnach sind Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen, die auf die Pandemie zurückzuführen sind, in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG grundsätzlich anrechenbar. Die Arbeitgeber müssen allerdings glaubhaft darlegen können, dass die in ihrem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind. Der einfache Hinweis darauf genügt dafür im hier interessierenden Zeitpunkt nicht mehr (vgl. Weisung Nr. 2020/15 vom 30. Oktober 2020 Ziff. 2.2). Unter die Sonderregelung von Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallen sodann grundsätzlich auch Arbeitsausfälle, die durch von den Behörden ergriffene Massnahmen im Zusammenhang mit der Pandemie entstanden sind (vgl. Weisung Nr. 2020/15 Ziff. 2.3; zum Ganzen: Urteil 8C\_200/2024 vom 10. Oktober 2024 E. 2.3).

### **E. 2.6**

Die Verordnung des Bundesrates über Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19) vom 20. März 2020 (Covid-19-Verordnung Arbeitslosenversicherung; SR 837.033; einschliesslich bisheriger Änderungen [AS 2020 877, 1075, 1201]) legt zwar Erleichterungen in Bezug auf

die Kurzarbeit fest, enthält aber für die hier zu beurteilende Problematik keine Abweichungen vom dargelegten Recht.

### **E. 2.7**

Nicht anrechenbar ist, worauf die Vorinstanz zu Recht hinwies, selbst ein auf wirtschaftliche Gründe, einschliesslich auf die Pandemie und die damit einhergehenden behördlichen Massnahmen zurückzuführender Arbeitsausfall, wenn er zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehört. Ebenso wenig anrechenbar ist sodann ein Arbeitsausfall eines Betriebs, der während der Pandemie neu gegründet wurde, um im Sinne eines Rechtsmissbrauchs direkt wirtschaftlich bedingte Arbeitsausfälle geltend zu machen, ohne vorgängig je einer Geschäftstätigkeit nachgegangen zu sein (Weisung Nr. 2021/16 Ziff. 2.2c, gültig ab 19. März 2021). Schliesslich muss sowohl der auf wirtschaftliche Gründe als auch auf behördliche Massnahmen zurückzuführende Arbeitsausfall im Sinne der Schadenminderungspflicht unvermeidbar sein ( Art. 51 Abs. 1 AVIV ).

### **E. 3.1**

Die Vorinstanz stellte fest, dass die Beschwerdeführerin (grösstenteils) ab September 2020 kontinuierlich neue Mitarbeiter (mit Stellenantritt ab 1., 8. bzw. 15. Februar 2021) angestellt habe und sich ihr Personalbestand von ursprünglich zwei Personen (zu Beginn des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung im März 2020) auf 22 Personen (im Februar 2021) bzw. 24 Personen (im April 2021) erhöht habe.

Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab Februar 2021 falle - zumindest für die während des Bezugs der Kurzarbeitsentschädigung neu angestellten Personen - bereits mangels Unvorhersehbarkeit des Arbeitsausfalls bzw. infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht ausser Betracht. Die Beschwerdeführerin habe in Zeiten grosser Unsicherheit - aufgrund möglicher weiterer oder verlängerter behördlicher Massnahmen - ab Herbst 2020 neues Personal für eine erwartete Betriebseröffnung am 1. März 2021 eingestellt, dem in der Folge keine Arbeit habe zugewiesen werden können. Dies obschon ihre Angestellten zu diesem Zeitpunkt bereits Kurzarbeitsentschädigung erhalten hätten. Ein Ausnahmefall für die Schaffung neuer Arbeitsplätze während der Kurzarbeit liege nicht vor. Die Kurzarbeitsentschädigung ziele nicht auf die Vermeidung von Betriebseinbussen oder die Existenzsicherung des Unternehmens ab. Mit der Einführung von Kurzarbeit sollten vorübergehende Beschäftigungseinbrüche ausgeglichen und Arbeitsplätze erhalten bleiben. Während der Schulungsphase des Personals hätte ohnehin kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bestanden. Die Beschwerdeführerin habe sich zwar bereits vor Beginn der pandemiebedingten "ausserordentlichen Lage" am 16. März 2020 im Aufbau ihres Betriebs befunden, ohne dass aber die Räumlichkeiten fertiggestellt gewesen seien oder der operative Betrieb aufgenommen worden wäre. Es sei nicht Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung bei der Gründung bzw. Erweiterung eines Unternehmens Mitarbeitende auf Kosten der Arbeitslosenversicherung auszubilden oder anzustellen und ohne hinreichend Arbeit für diese zu haben, direkt Kurzarbeit anzumelden.

Die Vorinstanz erwog weiter, der Arbeitsausfall der zwei seit September bzw. Dezember 2019 angestellten Mitarbeiterinnen B.\_\_\_\_\_ (80 %-Pensum; Innenarchitektur, Marketing & Kommunikation) und C.\_\_\_\_\_ (100 %-Pensum; Relationship Manager) sei hingegen nicht auf das normale Betriebsrisiko zurückzuführen. Es sei erstellt, dass die zuletzt vorgesehene Eröffnung des Betriebs am 1. März 2021 an den behördlichen

Massnahmen gescheitert sei. Die im Februar bis April 2021 gesamthaft im Betrieb geleisteten tatsächlichen Arbeitsstunden würden aber schon im Monat Februar 2021 einer Auslastung von rund neun vollzeitlich tätigen Personen entsprechen. Ab 8. März 2021 sei der Take-Away-Betrieb aufgenommen und ab 19. April 2021 beide Terrassen geöffnet worden. Ab 1. Juni 2021 habe der Restaurationsbetrieb vollständig öffnen können. Die Beschwerdeführerin hätte zumindest prüfen müssen, so die Vorinstanz weiter, ob B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ zur Schadenminderung auch Aufgaben im Zusammenhang mit dem Take-Away-Betrieb hätten übernehmen können. Es sei nicht ersichtlich, weshalb diesen ein solcher Einsatz nicht hätte möglich und zumutbar sein sollen, auch wenn er (zumindest teilweise) ausserhalb ihres eigentlichen Stellenprofils gewesen wäre. Ein Arbeitsausfall sei für diese beiden nicht glaubhaft dargelegt worden.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, der geplante Eröffnungszeitpunkt des Betriebs im Oktober 2020 sei bereits im April 2020 auf den Dezember 2020 verschoben worden. Im August 2020 habe sie entschieden, erst Anfang März 2021 zu öffnen. Die Vorinstanz habe hieraus willkürlich abgeleitet, dass Personalrekrutierungen auch kurzfristig möglich gewesen wären. Mit Blick darauf, dass sie die Eröffnungstermine vier bzw. sechs Monate im Voraus geändert habe, seien keine kurzfristigen Personalrekrutierungen nötig geworden. Hinsichtlich einer reibungslosen und erfolgreichen Eröffnung ihres Restaurationsbetriebs sei sie vielmehr gezwungen gewesen, frühzeitig mit der Personalrekrutierung zu beginnen, zumal die wenigen verfügbaren Fachkräfte stark umkämpft gewesen seien. Die Eröffnung habe zweimal wegen Verzögerungen bei den Bauarbeiten, die auf die pandemiebedingten behördlichen Massnahmen zurückzuführen gewesen seien, verschoben werden müssen. Sie habe damit rechnen können, dass die Bauarbeiten bis März 2021 abgeschlossen sein würden, weshalb sie im September 2020 mit der Rekrutierung des benötigten Personals angefangen habe. Die Schulungszeiten desselben habe sie überdies, entgegen den Erwägungen der Vorinstanz, nicht als Arbeitsausfall angegeben.

Nach der behördlichen Bekanntgabe des Lockdowns ab 22. Dezember 2020 am 18. Dezember 2020 und der Schliessungsdauer von Restaurants bis Ende Februar 2021 am 13. Januar 2021 habe sie davon ausgehen dürfen, ihren Betrieb am 1. März 2021 eröffnen zu können. Mit Blick auf die Weisungen des SECO sei sie gehalten gewesen, sobald als möglich den Gastronomiebetrieb aufzunehmen, was nicht ohne die angestellten Personen möglich gewesen wäre. Das SECO habe einen pandemiebedingten Ausnahmezustand anerkannt, wonach die Einstellung von Personal erforderlich sein könne, damit Saisonbetriebe auf den normalerweise stattfindenden Saisonbeginn starten könnten. Im Hinblick auf die anstehende Eröffnung am 1. März 2021 sei ein Mindestbestand an Personal notwendig gewesen. Sie habe gezielt solche Gastronomiefachpersonen rekrutiert, die bereits Kurzarbeits- oder Arbeitslosenentschädigung bezogen hätten.

B.\_\_\_\_\_ sei als Projektleiterin bzw. Bauherrenvertreterin für den Aufbau bzw. die Einrichtung des Betriebs und für das Marketing zur Betriebseröffnung sowie für das fortlaufende Geschäft eingestellt worden. C.\_\_\_\_\_ sei ebenfalls als Projektleiterin tätig gewesen. Beide seien für Arbeiten im Backoffice, die Buchhaltung/HR, das Erstellen der diversen Betriebskonzepte sowie der Drucksachen und Marketingunterlagen, die Ausarbeitung von Vereinbarungen mit Lieferanten, die Akquise von Clubmitgliedern sowie die Beschaffung von Mobiliar und Geschirr verantwortlich gewesen. Ohne Erfahrung im eigentlichen Gastronomiegewerbe sei es unzumutbar, diese für die Erfüllung von

Kurzarbeitsentschädigung zu Arbeiten in diesem Bereich (Take-Away) anzuweisen.

#### **E. 4.1**

Die A. \_\_\_\_\_ AG wurde im August 2019 gegründet. Es ist unbestritten, dass vor Inbetriebnahme der A. \_\_\_\_\_-Location bauliche Massnahmen anstanden, deren Fertigstellung sich verzögerte. Wie die Vorinstanz feststellte, beantragte die Beschwerdeführerin bereits im März 2020 Kurzarbeit für B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_. Sie begründete dies gemäss Voranmeldung von Kurzarbeit vom 27. März 2020 damit, dass sich das Projekt aufgrund der Covid-19-Situation um zwei Monate verzögere. Es gehe vor allem um die Akquisition von Mitgliedern mit Vorauszahlung der Beiträge für ein Jahr (Einspracheentscheid vom 15. Juli 2022).

#### **E. 4.2**

Am 16. März 2020 stuft der Bundesrat die Situation in der Schweiz als ausserordentliche Lage gemäss dem Bundesgesetz vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG, SR 818.101) ein. Die ab Februar bis April 2021 geltend gemachte Kurzarbeit begründet die Beschwerdeführerin primär, wie bereits dargelegt (E. 3.2 und E. 4.1 vorne), mit dem geplanten und dann aufgrund der behördlichen Covid-19- Massnahmen nicht realisierbaren Betriebsbeginn auf den 1. März 2021. Ob sich dabei die Bauarbeiten wesentlich durch die Covid-19-Massnahmen verzögert haben oder ob sie zum normalen Betriebsrisiko bei einer (Wieder-) eröffnung eines Betriebs gehören (ARV 2004 S. 57, C 173/2003 E. 2.3), braucht nicht abschliessend beurteilt zu werden, wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt.

#### **E. 4.3.1**

Die Vorinstanz stellte (bindend) fest, dass die Beschwerdeführerin bereits im März 2020 Kurzarbeitsentschädigung für B. \_\_\_\_\_ und C. \_\_\_\_\_ bezog und auch für die vier vor September 2020 neu angestellten Personen mit Stellenantritt per 1. Mai, 1. Juli und 1. Oktober 2020 von Beginn an Kurzarbeitsentschädigung beantragte. Dennoch stellte die Beschwerdeführerin fortlaufend weitere Mitarbeiter mit Stellenantritt im Februar 2021 an und erhöhte so kontinuierlich ihren Personalbestand auf 22 (Februar 2021) bzw. 24 Personen (April 2021; E. 3.1 vorne).

#### **E. 4.3.2**

Wie die Vorinstanz zu Recht erwog, ist es mit der Schadenminderungspflicht unvereinbar, neue Stellen zu schaffen und Mitarbeitende anzustellen, ohne entsprechenden Bedarf an Arbeitskraft zu diesen Zeitpunkt, um mit jeder neu eingestellten Person einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung begründenden Arbeitsausfall geltend zu machen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin durfte sie sich während der in der Schweiz bis 1. April 2022 dauernden pandemiebedingten besonderen Lage nicht darauf verlassen, am 1. März 2021 ihren Gastronomiebetrieb eröffnen zu können. Aufgrund des unbekanntem Verlaufs von Covid-19 und der damit verbundenen möglichen Verlängerung behördlicher Massnahmen oder Einführung neuer schweizweiter Einschränkungen, mithin in wirtschaftlich unsicheren Zeiten, bestand diesbezüglich keine Planungssicherheit. Am 13. Januar 2021 verlängerte der Bundesrat zum einen die im Dezember 2020 beschlossenen Massnahmen um fünf Wochen. Er hielt in seiner Mitteilung fest, dass Restaurants, Kulturbetriebe, Sportanlagen und Freizeiteinrichtungen bis Ende Februar 2021 geschlossen bleiben. Zum anderen beschloss er neue Massnahmen, um die Kontakte drastisch zu

reduzieren. Hieraus erhellt bereits, dass keineswegs eine (Wieder-) Eröffnung der Gastronomiebetriebe auf den 1. März 2021 feststand. Das SECO betont in seiner Stellungnahme vom 28. April 2025 zutreffend, dass im Rahmen des pandemischen Geschehens eine Neubeurteilung der Situation und der notwendigen (auch die Gastronomie tangierenden) Massnahmen zu keinem Zeitpunkt ausgeschlossen war. Dementsprechend erfasste der erste Öffnungsschritt per 1. März 2021 die Restaurants noch nicht (Mitteilung des Bundesrates vom 17. Februar 2021). Die Beschwerdeführerin macht denn auch zu Recht keine behördliche Zusage für einen Eröffnungstermin geltend.

Nicht stichhaltig ist ihr Einwand in diesem Kontext, sie hätte demnach mit der Entscheidung über Neueinstellungen bis ins Jahr 2022 warten müssen, wenn sie sich in Bezug auf das Ende des behördlich angeordneten Lockdowns eine fehlende verbindliche Zusicherung der Eröffnung des Gastronomiebetriebs auf den 1. März 2021 entgegenhalten lassen müsse. Richtig ist zwar, dass der Bundesrat erst an seiner Sitzung vom 16. Februar 2022 die schweizweiten Massnahmen gegen die Covid-19-Pandemie grösstenteils aufhob. Dennoch steht im Hinblick auf eine schrittweise Lockerung der Massnahmen und eine mögliche teilweise Eröffnung der A.\_\_\_\_\_ -Location fest, dass die Beschwerdeführerin im März 2021 den Take-Away-Betrieb aufnehmen, ab 19. April 2021 die Terrassen und im Mai 2021 die Innenräume öffnen durfte. Damit einhergehend hätte sie einen bedarfsgerechten Personalbestand aufbauen können. Dies zumal die Beschwerdeführerin bezüglich der Personaleinstellung angibt, gezielt Gastronomiefachpersonen rekrutiert zu haben, von denen (gerichtsnotorisch) davon auszugehen sei, dass sie bereits Kurzarbeits- oder Arbeitslosenentschädigung bezogen hätten. Weshalb es ihr im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht nicht möglich gewesen sein soll, in Abstimmung mit den behördlichen Lockerungen kurzfristig Rekrutierungen vorzunehmen, erschliesst sich nicht. Die Feststellung der Vorinstanz, dass auch eine kurzfristigere Rekrutierung von zusätzlichem Personal möglich gewesen wäre, wovon das SECO ebenfalls ausgeht, ist jedenfalls nicht willkürlich.

#### **E. 4.3.3**

Die Vorinstanz verwies hinsichtlich einer Neuanstellung von Personal während bereits bestehender Kurzarbeit auf die SECO-Weisung AVIG KAE C6. Eine Einstellung von Personal trotz Bezug von Kurzarbeitsentschädigung kann danach ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn beispielsweise die Verkaufstätigkeit angekurbelt werden soll (um mehr Aufträge zu akquirieren und dadurch die Produktionsabteilung besser auszulasten) und daher der Aussendienst oder die Werbeabteilung verstärkt werden. Diese neu angestellten Personen wären aber nicht von Arbeitsausfällen betroffen, weshalb für sie kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung besteht. Zulässig erachtet das SECO Ersatzeinstellungen für ausscheidende Spezialisten (z. B. infolge Pensionierung), deren Tätigkeiten durch das bestehende Personal nicht übernommen werden können (sog. Schlüsselpersonen) und die für den reibungslosen Betrieb in der Unternehmung unabdingbar sind.

Diese im Januar 2022 eingefügte Randziffer kann hier mitberücksichtigt werden, zumal der Einspracheentscheid am 15. Juli 2022 erging (E. 2.4 vorne; BGE 131 V 407 E. 2.1.2). Gründe um von dieser in der Verwaltungsweisung vorgesehenen Regelung abzugehen, liegen nicht vor.

Eine solche Ausnahmesituation ist vorliegend klarerweise nicht gegeben, da für die neu eingestellten Personen ebenfalls Arbeitsausfälle geltend gemacht wurden. Die Berufung der Beschwerdeführerin auf die Weisung des SECO Nr. 2021/16 [Aktualisierung «Sonderregelungen aufgrund der Pandemie»] vom 1. Oktober 2021 führt zu keinem anderen Ergebnis. Diese ist nicht einschlägig. Wie bereits aus der Überschrift "Personaleinstellungen bei Saisonbetrieben" hervorgeht, bezieht sie sich auf die besonderen betrieblichen Umstände beim Einsatz in einem Saisonbetrieb, sodass sich hieraus nichts zugunsten der Beschwerdeführerin ableiten lässt.

#### **E. 4.4**

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin mit der sukzessiven Einstellung von Gastronomiepersonal ab Herbst 2020 ein vorhersehbares und somit vermeidbares Risiko einging, wofür nicht die Arbeitslosenversicherung einzustehen hat. Wenn die Vorinstanz die deklarierten Arbeitsausfälle als vermeidbar qualifizierte (vgl. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG ; vgl. auch Art. 51 Abs. 1 AVIV ) verletzt dies demnach kein Bundesrecht. Ob die Schulungszeit der neu eingestellten Mitarbeitenden vom deklarierten Arbeitsausfall miterfasst wurde oder nicht, wie vorgebracht wird (E. 3.2. vorne), kann somit dahingestellt bleiben.

#### **E. 4.5.1**

Zu den beiden bereits Ende 2019 angestellten B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ stellte die Vorinstanz fest, dass schon im Monat Februar 2021 bei angegebenen 168 Arbeits-Sollstunden für eine vollzeitliche Stelle eine Auslastung von rund neun Personen in einem Vollzeitpensum bestanden habe. Soweit die Vorinstanz schlussfolgerte, die Beschwerdeführerin sei ihrer Schadenminderungspflicht auch in Bezug auf B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht hinreichend nachgekommen, da sie jedenfalls hätte prüfen müssen, ob diese auch Aufgaben im Take-Away-Betrieb hätten übernehmen können (E. 3.1 vorne) ist ihr nicht zu folgen, wie sich aus dem Nachstehenden ergibt.

#### **E. 4.5.2**

Es ist unbestritten, dass es sich hinsichtlich des Stellen- und Tätigkeitsprofils von B.\_\_\_\_\_ (Projektleiterin) und C.\_\_\_\_\_ (Projektleiterin/Relationship Manager; E. 3 und E. 4.1 vorne) um Arbeiten im Backoffice-Bereich oder um Arbeiten handelte, die vor Eröffnung des Gastronomiebetriebs anfielen. Ihr Aufgabenbereich (nebst der Projektleitung und der Bauherrenvertretung) liegt somit ausserhalb des eigentlichen Gastronomiebereichs (E. 3.2 vorne), weshalb sich ihre Aufgaben wohl erheblich von denjenigen im Rahmen eines vorübergehenden Einsatzes im Take-Away-Betrieb unterscheiden. Dass die Aufgaben als Projektleiterin, Innenarchitektin, Marketing- und Kommunikationsbeauftragte sowie Projektleiterin/Relationship Managerin von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ direkten Bezug zum geplanten Gastronomiebetrieb hatten, ist ferner nicht von der Hand zu weisen. Ihr anfänglicher Anspruch zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ist denn auch unbestritten. Ihr eigentlicher Aufgaben- und Funktionsbereich sowie die fehlende Ausbildung im Gastronomiebereich sind, wie soeben erwähnt, nicht Streitpunkt. Nichts zugunsten der beiden Mitarbeiterinnen lässt sich daher aus den letztinstanzlich neu eingereichten Arbeitsverträgen ableiten, sofern diese als echte Noven überhaupt zulässig sind ( Art. 99 Abs. 1 BGG ).

#### **E. 4.5.3**

Hier ohne weitere Abklärungen der Beschwerdeführerin vorzuwerfen, sie hätte ihr für andere Tätigkeiten qualifiziertes und für andere Funktionen in einem klar unterschiedlichen Aufgabenbereich angestelltes Personal zur Schadenminderung und zur Vermeidbarkeit eines Arbeitsausfalls im Take-Away-Betrieb einsetzen müssen, greift zu kurz. Bei der vorliegenden Sach- und Rechtslage durfte die Vorinstanz nicht bereits darauf schliessen, dass bei einer Prüfung der Einsetzbarkeit von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ im Take-Away-Betrieb ein Arbeitsausfall überwiegend wahrscheinlich hätte vermieden werden können. Inwieweit eine Arbeitgeberin hinsichtlich der Vermeidbarkeit eines Arbeitsausfalls zur Schadenminderung prüfen muss, ob dem bestehenden Personal andere Arbeiten zugewiesen werden können, tangiert nicht zuletzt arbeitsrechtliche Fragen. Diese können hier nicht ohne Weiteres mit der arbeitslosenversicherungsrechtlich geltenden Schadenminderungspflicht oder mit der Begründung, es gäbe keine Hinweise, weshalb es B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre, ihre Arbeitskraft im Take-Away-Betrieb einzusetzen, beantwortet werden, wie es die Vorinstanz in Verletzung von Bundesrecht getan hat.

#### **E. 4.5.4**

Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die Beschwerdeführerin B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ die Arbeit im Take-Away-Betrieb zuweisen konnte, bedarf deshalb einer vertieften Abklärung. Da es hierzu keine allgemeingültige normative Regelung gibt, ist dies im Einzelfall aufgrund der einschlägigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen zu beurteilen ( Art. 321a und 321d OR ; THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, Klärung arbeitsrechtlicher Fragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus, in: Jusletter vom 23. März 2020, Rz. 59 ff.). Gemäss den soeben zitierten Autoren gelte die Faustregel, je weniger die Umstände vorhersehbar gewesen seien und umso kürzer die Dauer der Störung, desto eher sei es dem Arbeitnehmer zuzumuten, eine andere Arbeit zu verrichten (THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, a.a.O., Rz. 60).

Nebst der arbeitsrechtlichen Problematik gilt es auch zu bedenken, dass die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht der Arbeitgeberin im Rahmen der Geltendmachung von Kurzarbeit dabei nicht derart streng gefasst werden dürfen, dass aus unternehmerischer Sicht Entlassungen der höher qualifizierten und besser entlöhnten Mitarbeitenden zugunsten von ungelerntem Personal ins Auge gefasst müssten. Dies würde dem Zweck der Kurzarbeit zuwiderlaufen, Entlassungen bis zur Normalisierung des Geschäftsgangs zu vermeiden.

#### **E. 4.5.5**

Sollte der Beschwerdegegner zum Schluss gelangen, die Zuweisung von Arbeit im Take-Away-Betrieb sei B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ nicht zumutbar gewesen, ist in einem weiteren Punkt nicht hinreichend geklärt, inwiefern die verschobene Eröffnung des Gastronomiebetriebs und die nicht erhaltenen Gebühren der Clubmember für die Aufnahme im Privatrestaurant, wie die Beschwerdeführerin die Kurzarbeit in den Voranmeldungen vom 19. November 2020 und 11. Februar 2021 begründete, bei B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ zu einem Arbeitsausfall geführt haben sollen. Diese Frage wäre in einem zweiten Schritt zu klären.

Die Sache ist daher zu den erforderlichen weiteren Abklärungen im dargelegten Sinne an den Beschwerdegegner zurückzuweisen. Danach wird sie neu zu entscheiden haben, ob im

Ergebnis ein pandemiebedingter Arbeitsausfall auch für diese beiden Angestellten als glaubhaft belegt anzusehen ist.

#### **E. 4.5.6**

Die Vorinstanz verletzt zusammenfassend mit ihrer Verneinung eines Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung für den Zeitraum von Februar bis April 2021 mangels Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalls für die angegebenen Mitarbeitenden, ausgenommen für B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_, kein Bundesrecht. Die Beschwerde ist somit teilweise begründet, indem die Vorinstanz einen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ unter Berufung auf ihre Schadenminderungspflicht verneinte.

#### **E. 5**

Die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens sind nach dem Unterliegerprinzip zu verlegen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). In Bezug auf den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung von 20 (im Februar 2021) bzw. 22 Personen (im April 2021) unterliegt die Beschwerdeführerin. Die Rückweisung der Sache bezüglich des Kurzarbeitsentschädigungsanspruchs von B.\_\_\_\_\_ und C.\_\_\_\_\_ an die Verwaltung mit noch offenem Ausgang gilt für die Frage der Auferlegung der Gerichtskosten wie auch der Parteientschädigung als vollständiges Obsiegen der beschwerdeführenden Partei, unabhängig davon, ob sie die Rückweisung beantragt resp. ob sie das Begehren im Haupt- oder Eventualantrag stellt ( BGE 146 V 28 E. 7; 141 V 281 E. 11.1). Da die Beschwerdeführerin nur zu einem geringen Teil obsiegt, rechtfertigt es sich deshalb, die Gerichtskosten zu vier Fünfteln ihr und zu einem Fünftel dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerdeführerin eine im gleichen Umfang reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.