

# ZG\_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 115 vom 26. Februar 2024

ZG Verwaltungsgericht, 2024-02-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_verwaltungsgericht\\_S\\_2022\\_115](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_S_2022_115)

FR: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 115 du 26 février 2024

IT: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 115 del 26 febbraio 2024

## Regeste

Sozialvers.rechtl. Kammer — Arbeitslosenversicherung (Kurzarbeitsentschädigung) — Beschwerde

## Erwägungen

### E. 2

Urteil S 2022 115 A. Am 27. März 2020 reichte die A. \_\_\_\_\_ AG, Zug, bei der Arbeitslosenversicherung des Kantons Zug eine Voranmeldung zum Bezug von Kurzarbeitsentschädigung ab 30. März 2020 ein, wobei der Zeitraum für welchen Kurzarbeitsentschädigung beantragt wurde, mit mehreren nachfolgenden Voranmeldungs gesuchen bis 30. November 2021 verlängert wurde (AWA-act. 1, 4, 6, 8, 11, 12). Die Voranmeldungen wurden jeweils für folgende Anzahl Personen gestellt: - vom 30. März 2020 bis 30. Juni 2020 (bewilligt bis 31. August 2020 [vgl. AWA-act. 2, 3]) für zwei Personen bei einem Personalbestand von zwei Personen (AWA-act. 1) - vom 1. September 2020 bis 1. Dezember 2020 für zwei Personen bei einem Personalbestand von zwei Personen (AWA-act. 4) - vom 29. November 2020 bis 28. Februar 2021 für fünf Personen bei einem Personalbestand von sechs Personen (AWA-act. 6) - vom 1. März 2021 bis 31. Mai 2021 für zwei Personen bei einem Personalbestand von sieben Personen (AWA-act. 8) - ab 1. Juni 2021 für 25 Personen bei einem Personalbestand von 25 Personen (AWA-act. 11) Mit Verfügungen vom 2. April 2020, 25. August 2020, 25. November 2020, 12. Februar 2021 und 1. Juni 2021 teilte das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug (nachfolgend AWA) der A. \_\_\_\_\_ AG jeweils mit, die Voranmeldung von Kurzarbeit sei geprüft worden und gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung werde kein Einspruch erhoben. Sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien, könne die Arbeitslosenkasse des Kantons Zug entsprechend Kurzarbeitsentschädigung ausrichten (AWA-act. 2, 5, 7, 9, 12). In der Folge stellte die A. \_\_\_\_\_ AG bei der Arbeitslosenkasse Anträge auf Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung. Für die Abrechnungsperiode Februar 2021 beantragte sie eine Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung für 22 Personen (bei einem Personalbestand von 22 Personen), für März 2021 für 20 Personen (bei einem Personalbestand von 22 Personen) und für den Monat April 2021 für 18 Personen (bei einem Personalbestand von 24 Personen). Ab Mai 2021 wurden keine Auszahlungsanträge mehr eingereicht (vgl. die unbestrittenen Feststellungen in AWA-act. 17). Vor diesem Hintergrund bat die Arbeitslosenkasse das AWA im September 2021 um erneute Prüfung der Voranmeldungen der A. \_\_\_\_\_ AG (AWA-act. 16).

### E. 2.1

Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (in casu: 15. Juli 2022) eingetretenen Sachverhalt ab (vgl. auch BGE 121 V 362 E. 1b). Dabei sind in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts in Geltung standen (BGE 130 V 445 E. 1.2.1).

### **E. 2.2**

Im Zusammenhang mit Massnahmen wegen des Coronavirus (Covid-19) erliess der Bundesrat verschiedene Verordnungen, die innert kurzer Zeit mehrere Änderungen erfuhr. Das Verfahren zum Erlass von Gesetzes- und Verordnungsrecht war auf Bundesebene durch die ausserordentliche Lage im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie einer besonderen Dynamik unterworfen. Die Dringlichkeit der Massnahmen brachte es mit sich, dass in hoher Kadenz Notverordnungen erlassen, aufgehoben und ersetzt wurden, ohne dass eine in allen Teilen handwerklich ausgereifte, wohl durchdachte Rechtsetzung im Fokus stehen konnte. Mit dem Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) erhielt der Bundesrat besondere Befugnisse zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie und zur Bewältigung der Auswirkungen der getroffenen Massnahmen auf Gesellschaft, Wirtschaft und Behörden. So kann der Bundesrat nach Art. 17 Abs. 1 lit. d Covid-19-Gesetz vom AVIG abweichende Bestimmungen über den Ablauf des Verfahrens zur Voranmeldung von Kurzarbeit und zur Ausrichtung der Kurzarbeitsentschädigung sowie die Form von deren Auszahlung erlassen (vgl. dazu BGE 148 V 144 E. 4).

### **E. 2.3**

Der angefochtene Entscheid erging am 15. Juli 2022 und betrifft Leistungen für den Zeitraum ab 1. Februar 2021. In zeitlicher Hinsicht sind deshalb diejenigen Rechtssätze massgebend, die ab 1. Februar 2021 Geltung hatten. Weiter sind diejenigen Verwaltungsanweisungen zu berücksichtigen, die der Vorinstanz am 15. Juli 2022 vorgelegen (und ihr gegenüber Bindungswirkung entfaltet) haben. Das Gericht ist an diese zwar nicht gebunden, weicht davon aber nicht ohne triftigen Grund ab, wenn sie eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen (vgl. etwa BGE 147 V 278 E. 2.2). Die anwendbaren Erlasse und Weisungen werden nachfolgend in der entsprechenden Fassung zitiert. 3. Die Beschwerdeführerin verlangt, dass der Einspracheentscheid vom 15. Juli 2022 sowie die Verfügung vom 4. Oktober 2021 aufzuheben seien. Bezüglich des zweiten An-

### **E. 3**

Urteil S 2022 115 Mit Verfügung vom 4. Oktober 2021 hob das AWA die Verfügungen vom 25. November 2020 (AWA-act. 7), 12. Februar 2021 (AWA-act. 9) und 1. Juni 2021 (AWA-act. 12) auf und erhob gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung teilweise, d.h. ab 1. Februar 2021, Einspruch. Die A. \_\_\_\_\_ AG habe während der Zeit, in welcher gastgewerbliche Betriebe infolge behördlicher Covid-19 Massnahmen geschlossen waren, ihren Personalbestand von sechs auf 22 Personen erhöht und diese mangels Arbeit infolge behördlicher Massnahmen – Schliessung der gastgewerblichen Betriebe – unbeschäftigten Arbeitnehmer sogleich über die Kurzarbeitsentschädigung abgerechnet. Die A. \_\_\_\_\_ AG habe nicht darlegen können, warum diese Mitarbeitenden überhaupt angestellt worden waren. Die Anstellung von Mitarbeitenden, ohne dass diesen Arbeit zugewiesen werden könne, stelle Betriebsrisiko dar und dürfe somit nicht auf die Kurzarbeitsentschädigung abgewälzt werden. Die Unvermeidbarkeit des geltend

gemachten Arbeitsausfalls habe von der Gesellschaft nicht plausibel begründet werden können (AWA-act. 17). Die von der A. \_\_\_\_\_ AG dagegen am 4. November 2021 erhobene Einsprache (AWA-act. 18) wies das AWA mit Einspracheentscheid vom 15. Juli 2022 ab (AWA-act. 19). B. Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 14. September 2022 beantragte die A. \_\_\_\_\_ AG (fortan Beschwerdeführerin) die Aufhebung des Einspracheentscheids vom 15. Juli 2022 sowie der Verfügung vom 4. Oktober 2021 und die Bewilligung des Antrages auf Kurzarbeitsentschädigung (ab 1. Februar 2021 bis 31. Mai 2021; für die Zeit danach ist unbestritten, dass die Anspruchsvoraussetzungen nicht gegeben waren). Eventualiter sei der Einspracheentscheid vom 4. November 2021 aufzuheben und die vorangegangene Verfügung zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners. Zur Begründung machte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen geltend, der erlittene Arbeitsausfall sei hinreichend begründet und anrechenbar, da der Arbeitsausfall infolge Schliessung der gastgewerblichen Betriebe aufgrund behördlicher Massnahmen zur Bekämpfung von Covid-19 auf die Pandemie rückführbar und unvermeidbar gewesen sei (act. 1). Auf die Begründung ist im Weiteren – sofern notwendig – in den Erwägungen näher einzugehen. C. Mit Schreiben vom 30. September 2022 beantragte das AWA (fortan Beschwerdegegner) die Abweisung der Beschwerde (act. 4).

#### **E. 4**

Urteil S 2022 115 D. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2022 stellte das Gericht der Beschwerdeführerin die Vernehmlassung zur Kenntnisnahme zu (act. 5). In der Folge gingen beim Gericht keine weiteren Eingaben mehr ein, womit der Schriftenwechsel als abgeschlossen gilt. Das Verwaltungsgericht erwägt: 1. 1.1 Gemäss Art. 56 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) kann gegen Einspracheentscheide oder Verfügungen, gegen welche eine Einsprache ausgeschlossen ist, Beschwerde erhoben werden, wobei in der Regel das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig ist, in dem die versicherte Person zur Zeit der Beschwerdeerhebung Wohnsitz hat (Art. 58 Abs. 1 ATSG). Für die Beurteilung von Beschwerden gegen Verfügungen einer kantonalen Amtsstelle ist in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG das Versicherungsgericht desselben Kantons zuständig (Art. 100 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG; SR 837.0] i.V.m. Art. 128 Abs. 2 der Verordnung über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIV; SR 837.02]). Die Beschwerdefrist beträgt 30 Tage (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Im Kanton Zug beurteilt das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz Beschwerden aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für die das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG; BGS 162.1]). 1.2 Der angefochtene Einspracheentscheid wurde vom AWA erlassen, weshalb das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig ist. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 15. Juli 2022 wurde am 14. September 2022 (act. 1) der Post übergeben und gilt folglich – unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes vom 15. Juli bis und mit dem 15. August (Art. 38 Abs. 4 lit. b ATSG) – als rechtzeitig erhoben. Die Beschwerdeführerin ist durch die Ablehnung der Kurzarbeitsentschädigung ab Februar 2021 direkt betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. Letztere entspricht schliesslich den formellen Anforderungen, wes-

halb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

#### **E. 5**

Urteil S 2022 115 2.

#### **E. 6**

Urteil S 2022 115 trags gilt es festzuhalten, dass der Einspracheentscheid gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts an die Stelle der Verfügung tritt und damit alleiniger Anfechtungsgegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet. Die Verfügung, soweit angefochten, hat mit Erlass des Einspracheentscheids jede rechtliche Bedeutung verloren (BGE 119 V 347 E. 1b; BGer 8C\_592/2012 vom 23. November 2012 E. 3.2). Daher ist, soweit die Aufhebung der Verfügung vom 4. Oktober 2021 beantragt wird, kein Anfechtungsgegenstand gegeben, weshalb auf diesen Antrag nicht einzutreten ist. 4. Vorab ist festzuhalten, dass das Zurückkommen der Verwaltung auf die (rechtskräftigen) Verfügungen vom 25. November 2020 (AWA-act. 7), 12. Februar 2021 (AWA-act. 9) und 1. Juni 2021 (AWA-act. 12) von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht in Frage gestellt wird. Diese durfte im Rahmen der (rückwirkenden) Anpassung einer vorübergehenden Leistung an die geänderten Verhältnisse klarerweise erfolgen, da keine Rückerstattung von Leistungen im Raum steht (vgl. hierzu etwa BGer 8C\_89/2023 vom 2. Mai 2023 E. 4.5 f.). 5. Vorliegend umstritten ist der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab Februar 2021. Dabei ist insbesondere zu prüfen, wie mit dem stetigen Stellenaufbau während des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung umzugehen ist.

#### **E. 6.1**

Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben versicherte Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis nicht gekündigt ist und deren normale Arbeitszeit verkürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet werden darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können.

#### **E. 6.2**

Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Die Rechtsprechung legt den Begriff der wirtschaftlichen Gründe – in Berücksichtigung des präventiven Charakters der Kurzarbeitsentschädigung – sehr weit aus und versteht darunter sowohl strukturelle als auch konjunkturelle Gründe insgesamt und nicht nur den Rückgang der Nachfrage nach den normalerweise von einem Betrieb angebotenen Gütern und Dienstleistungen (BGE 128 V 305 E. 3a; BGer 8C\_549/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2 und C 279/05 vom 2. November 2006 E. 1, je mit Hinweisen).

#### **E. 6.3**

Wie in der Botschaft vom 12. August 2020 zum Covid-19-Gesetz (BBl 2020 6563 ff.) in Ziffer 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. Nach den laufend aktualisierten Weisungen des SECO an die kantonalen Arbeitsämter und die öffentlichen und privaten Arbeitslosenkassen "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" kann

eine Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere 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 anrechenbar. Ebenfalls unter die Sonderregelung von Art. 32 Abs. 3 AVIG und Art. 51 AVIV fallen Arbeitsausfälle, welche durch Behörden ergriffene Massnahme im Zusammenhang mit der Pandemie entstanden. Als nicht durch den Arbeitgeber zu vertreten-der und somit anrechenbarer Arbeitsausfall gilt beispielsweise, wenn es den Arbeitnehmenden aufgrund solcher behördlichen Massnahmen unmöglich ist, am Arbeitsplatz zu erscheinen (vgl. die im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Entscheids gültige Weisung des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO] Nr. 2021/16: Aktualisierung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" vom 1. Oktober 2021 Ziff. 2.3 [nachfolgend: Weisung Nr. 2021/16]). Ebenfalls von dieser Sonderregelung erfasst sind Arbeitsausfälle, welche dadurch entstanden, dass der Arbeitgeber die für die Wiederaufnahme oder Weiterführung seiner Tätigkeit notwendigen Produkte nicht beschaffen konnte (Weisung Nr. 2021/16 Ziff. 2.5). Die Arbeitgeber müssen allerdings glaubhaft darlegen, inwiefern die Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind (vgl. Weisung Nr. 2021/16 Ziff. 2.2). Während zu Beginn der Pandemie der blosser Hinweis auf diese als ausreichende Begründung betrachtet wurde (Weisung Nr. 2020/6 vom 9. April 2020 S. 5), galt diese Erleichterung bereits seit August 2020 und mithin auch im hier interessierenden Zeitpunkt nicht mehr, sondern war eine nähere Plausibilisierung verlangt (vgl. etwa Weisung Nr. 2020/15 vom 30. Oktober 2020 Ziff. 2.2; zum Ganzen auch BGer 8C\_555/2021 vom 24. November 2021 E. 3.3.1 und 8C\_503/2021 vom 18. November 2021 E. 4.3).

#### **E. 6.4**

Ein auf wirtschaftliche Gründe – somit einschliesslich auf die Pandemie und die damit einhergehenden behördlichen Massnahmen – zurückzuführender und an sich grundsätzlich anrechenbarer Arbeitsausfall gilt jedoch dann nicht als anrechenbar, wenn er branchen-, berufs- oder betriebsüblich ist oder durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG). Solche Arbeitsausfälle sind vorhersehbar und kalkulatorisch im Voraus erfassbar. Anrechenbar wird der Arbeitsausfall erst dann, wenn er auf ausserordentliche Umstände zurückzuführen ist. Damit will das Gesetz vor allem regelmässig wiederkehrende Arbeitsausfälle von der Kurzarbeitsentschädigung ausschliessen (BGE 121 V 371 E. 2a und 119 V 357 E. 1a, je mit Hinweisen). Ein Arbeitsausfall ist somit nicht anrechenbar, wenn er durch betriebsorganisatorische Massnahmen, andere übliche Betriebsunterbrechungen oder durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a 2. Satzteil AVIG; ARV 2004 Nr. 5 S. 58 E. 2.1). Unter dieses normale Betriebsrisiko fallen Arbeitsausfälle, die üblich und vorhersehbar sind, regelmässig und wiederholt auftreten und deshalb kalkulatorisch erfassbar sind (Weisung des SECO in AVIG-Praxis KAE, Stand 1. Januar 2021, D2). Davon erfasst sind insbesondere jährlich wiederkehrende Auftragsschwankungen oder Arbeitsausfälle infolge Renovations- oder Revisionsarbeiten; Beschäftigungsschwankungen aufgrund verstärkter Konkurrenzsituation; Arbeitsausfälle im Baugewerbe, welche wegen mangelnder Zahlungsfähigkeit der Bauherrschaft oder wegen hängiger Einspracheverfahren zu Verzögerungen führen; Arbeitsausfälle von Arbeitnehmenden, die infolge von Krankheit sowie Unfall oder anderer Absenzen des

Arbeitgebers oder leitender Angestellten entstehen (AVIG-Praxis KAE D6). Wird ein Betrieb aufgrund Bau- und Renovationsarbeiten geschlossen und verzögern sich die Umbauarbeiten und dadurch die Wiedereröffnung des Betriebs, gilt dies auch als normales Betriebsrisiko, insbesondere unter Berücksichtigung und analoger Anwendung der Rechtsprechung zur Nichtanrechenbarkeit des Arbeitsausfalles von Baugewerben aufgrund von Bauverzögerungen (EVG C 173/03 vom 23. September 2003 E. 2.3).

#### **E. 6.5**

Ebenfalls als nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall eines Betriebes zu beurteilen, welcher während der Pandemie – sprich ab 16. März 2020 – 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).

#### **E. 6.6**

Sowohl der auf wirtschaftliche Gründe als auch auf behördliche Massnahmen zurückzuführende Arbeitsausfall muss unvermeidbar sein (vgl. Art. 51 Abs. 1 AVIV). Der Arbeitgeber muss alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitsausfälle zu vermeiden oder zu vermindern. Es handelt sich hierbei um die gesetzlich umschriebene Schadenverhütungs- und Schadenminderungspflicht (vgl. BGE 141 V 642). Ist dem Arbeitgeber beispielsweise lange im Voraus bekannt, dass eine Umstrukturierung notwendig sein wird, kann von ihm verlangt werden, die entsprechenden Massnahmen (z.B. Anpassung der Produktpalette an neue Marktbedingungen) rechtzeitig zu treffen (vgl. AVIG-Praxis KAE C3 und C6a).

#### **E. 6.7**

Mit der Schadenminderungspflicht nicht vereinbar ist insbesondere, wenn neue Stellen geschaffen werden, obwohl kein entsprechender Bedarf besteht bzw. der Betrieb weiterhin einen Arbeitsausfall verzeichnet. Das Ziel von Kurzarbeitsentschädigung ist der Erhalt von Arbeitsplätzen und nicht die Finanzierung neu geschaffener Stellen. Vor einer Einstellung von neuem Personal bzw. vor Pensumerhöhungen während des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung müssen die Betriebe abklären, ob das bestehende Personal die Aufgaben, welche von den neu einzustellenden Personen erledigt werden sollen, nicht bewältigen und dadurch der Arbeitsausfall vermieden oder verringert werden kann. Eine Einstellung von Personal trotz Bezug von Kurzarbeitsentschädigung kann ausnahmsweise gerechtfertigt sein, wenn z.B. 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 sind Ersatzanstellungen 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 (AVIG-Praxis C6a).

#### **E. 6.8**

Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung bleibt bestehen, wenn der Arbeitgeber mit Einwilligung der kantonalen Amtsstelle die ausfallende Arbeitszeit ganz oder teilweise zur Weiterbildung der betroffenen Arbeitnehmer verwendet (Art. 47 Abs. 1 AVIV). Gemäss Art. 47 Abs. 2 AVIV darf die kantonale Amtsstelle ihre Einwilligung nur geben, wenn die Weiterbildung: Fertigkeiten oder Kenntnisse vermittelt, die dem Arbeitnehmer auch bei

einem Stellenwechsel nützlich sein können oder die zur Erhaltung seines gegenwärtigen Arbeitsplatzes unerlässlich sind (lit. a); durch sachkundige Personen nach einem zum Voraus festgelegten Programm durchgeführt wird (lit. b); von der üblichen Tätigkeit im

## **E. 7**

Urteil S 2022 115

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin führt im Wesentlichen an, dass ein vorzeitiger Stellenaufbau zu Schulungszwecken des Personals zur Vorbereitung der Betriebseröffnung notwendig und branchenüblich sei. Weiter habe der Bundesrat am 13. Januar 2021 mitgeteilt, dass Restaurants bis Ende Februar 2021 geschlossen bleiben müssten. Daher habe sie davon ausgehen dürfen, dass eine Betriebseröffnung per 1. März 2021 möglich sei (AWA-act. 18 Rz. 31 f. und 39). So seien die Anstellungen auch vor dem Lockdown im Dezember 2020 respektive nach der Bekanntgabe, dass der Lockdown Ende Februar 2021 auslaufe, erfolgt. Es sei somit zum jeweiligen Einstellungszeitpunkt die Notwendigkeit für die Anstellung gegeben gewesen. Weiter habe die Beschwerdeführerin ihr Personal entsprechend den Öffnungsschritten aus der Kurzarbeit genommen, damit kein unvermeidbarer Arbeitsausfall entstände (AWA-act. 18 Rz. 57).

### **E. 7.2**

Der Beschwerdegegner erachtet den Bezug von Kurzarbeitsentschädigung in der vorliegenden Konstellation als missbräuchlich. Die Arbeitgeberin habe in Kenntnis der behördlichen Massnahmen versucht, ein während der Kurzarbeit eingegangenes Risiko eines möglichen Arbeitsausfalls auf das Institut der Kurzarbeit abzuwälzen. Es sei im Vorfeld der ursprünglich vorgesehenen Betriebseröffnung zu Beginn des Jahres 2020 kein solcher (angeblich notwendiger) Stellenaufbau vorgenommen worden, weshalb mangels Unvermeidbarkeit kein Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung zu gewähren sei (AWA-act. 19 Ziff. 11b). Zudem sei die Anstellung neuer Arbeitnehmer während der Kurzarbeit grundsätzlich, abgesehen von wenigen Ausnahmefällen, nicht mit der Schadenminderungspflicht vereinbar. In casu bestehe auch kein Ausnahmefall, welcher eine Anstellung während der Kurzarbeit rechtfertigen würde (AWA-act. 19 Ziff. 11c und d).

### **E. 7.3**

Unbestritten ist, dass die Beschwerdeführerin (grösstenteils) ab September 2020 kontinuierlich neue Mitarbeiter (mit Stellenantritt ab 1., 8. bzw. 15. Februar 2021 [vgl. die 16 Verträge in AWA-act. 13, 14]) angestellt hat und sich ihr Personalbestand von ursprünglich zwei Personen (zu Beginn des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung im März

### **E. 7.4**

Wie vorstehend dargelegt, ist die Schaffung neuer Stellen während der Kurzarbeit so oder anders nur in Ausnahmefällen mit der Schadenminderungspflicht vereinbar. Vorliegend ist weder ersichtlich noch geltend gemacht, dass ein solcher Ausnahmefall gege-

### **E. 7.5**

Abgesehen davon musste die Beschwerdeführerin ihre Mitarbeiter während der beabsichtigten Schulungsphase (ursprünglich offenbar vorgesehen im Februar 2021, tatsächlich durchgeführt [vermutungsweise] im März 2021 und April 2021 [vgl. hierzu die E-Mail vom 26. März 2021; AWA-act. 10], wobei nicht auszuschliessen ist, dass auch im

Februar 2021 bereits Schulungen erfolgten) ohnehin beschäftigen ("schulen") und entsprechend entlohnen. Diese hätten während diesen (so oder anders geplanten) Schulungen also sowieso keinen Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gehabt. Zumal – soweit ersichtlich – nie eine Bewilligung nach Art. 47 AVIV erteilt bzw. vorgängig überhaupt beantragt wurde (vgl. vorne E. 6.8). Abgesehen davon bezieht sich Art. 47 AVIV auf bereits von Kurzarbeit betroffene – also bestehende, nicht erst während des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung neu eingestellte – Mitarbeiter.

#### **E. 7.6**

Bei diesem Ergebnis kann letztlich offen bleiben, ob die Geltendmachung der Kurzarbeitsentschädigung in diesem Zusammenhang missbräuchlich erfolgte. Es ist je-

#### **E. 8**

Urteil S 2022 115

##### **E. 8.1**

Es trifft zwar zu, dass generell bei der Neueröffnung von Lokalen, insbesondere im Zusammenhang mit umfangreichen Umbauten, notorisch mit allfälligen Verzögerungen zu rechnen ist. Für die hier zu beurteilenden Zeitspanne vom 1. Februar 2021 bis 31. Mai 2021 ist jedoch hinreichend erstellt, dass die (zuletzt) vorgesehene Betriebseröffnung per 1. März 2021 an den behördlichen Massnahmen scheiterte und ein daraus folgender Arbeitsausfall auf die Pandemie zurückzuführen ist. Mithin ist nicht von einem normalen Betriebsrisiko auszugehen. Inwieweit vor der Bauabnahme am 5. Februar 2021 (vgl. act. 1 Rz. 28, Bf-act. 3) auch die Bauverzögerungen auf die Pandemie zurückzuführen waren, muss hier nicht weiter erörtert werden.

##### **E. 8.2**

Die Beschwerdeführerin führt aus, dass sie ab 8. März 2021 den Betrieb für Take Away aufgenommen habe, ab 19. April 2021 seien beide Terrassen geöffnet worden und ab 1. Juni 2021 habe der Betrieb infolge der Öffnung der Innenbereiche vollständig geöffnet werden können (AWA-act. 18 Rz. 52 ff.). Nichtsdestotrotz erscheint es auch vor diesem Hintergrund durchaus plausibel (und insofern glaubhaft), dass zumindest (prospektiv) für Februar und März 2021 auch für (nur) zwei Mitarbeiter Arbeitsausfälle zu erwarten gewesen waren. Allerdings lässt sich aus einem Vergleich der deklarierten Soll- und Ausfallstunden in den Beiblättern "Antrag und Abrechnung Kurzarbeitsentschädigung" für Februar bis April 2021 ableiten, dass bereits im Februar 2021 rund 1'588 Arbeitsstunden geleistet wurden (2'864.40 h minus 1'275.90 h), im März 2021 waren es deren 1'992.45 (4'211.76 h minus

##### **E. 8.3**

Daraus folgt, dass die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht auch in dieser Hinsicht nicht hinreichend nachgekommen ist und daraus folgend ab Februar 2021 – auch für die vorbestehenden Mitarbeiterinnen – mangels tatsächlichen Arbeitsausfalls keinen Anspruch auf Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung mehr hatte. Im Ergebnis ist damit die Bewilligungsverweigerung des Beschwerdegegners ab Februar 2021 nicht zu beanstanden. 9. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet. Sie ist dementsprechend vollumfänglich abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist (vgl. E. 3 hiervor). 10. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. fbis ATSG). Eine

Parteientschädigung ist der Beschwerdeführerin – bei vollständigem Unterliegen – nicht zuzusprechen (vgl. Art. 61 lit. g ATSG). Dem obsiegenden Sozialversicherer ist in Übereinstimmung mit Art. 61 lit. g ATSG – welcher nur für die obsiegende beschwerdeführende Partei eine Entschädigung vorsieht – ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **E. 9**

Urteil S 2022 115

#### **E. 10**

Urteil S 2022 115 Betrieb klar getrennt ist und (lit. c) nicht im alleinigen oder überwiegenden Interesse des Arbeitgebers liegt. 7. Der Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung ab Februar 2021 fällt – zumindest für die während des Bezugs der Kurzarbeitsentschädigung neu angestellten Personen – bereits mangels Unvorhersehbarkeit des Arbeitsausfalles bzw. infolge Verletzung der Schadenminderungspflicht ausser Betracht.

#### **E. 11**

Urteil S 2022 115 2020) auf 22 Personen (im Februar 2021) bzw. 24 Personen (im April 2021) erhöht hat (vgl. hierzu vorstehend Sachverhalt lit. A sowie die Zusammenstellung der 22 Anstellungen in AWA-act. 18, Beilage 8). Gemäss Darstellung der Beschwerdeführerin beabsichtigte sie ursprünglich, den Betrieb per Oktober 2020 zu eröffnen. Im April 2020 habe sie festgestellt, dass die Bauarbeiten infolge Verzögerungen nicht wie geplant fertig sein würden, weshalb sie ihre Gesamtplanung angepasst und mit einer Fertigstellung (und wohl auch Betriebsaufnahme) im Dezember 2020 geplant habe. Im August 2020 habe man erneut feststellen müssen, dass die Fertigstellung der Bauarbeiten im Dezember 2020 nicht möglich sein würde und entscheiden, die Betriebsöffnung per 1. März 2021 vorzunehmen. Gestützt auf diese Überlegungen habe die Beschwerdeführerin im September 2020 angefangen, Personal im Hinblick auf den Zeitpunkt der Betriebsöffnung im März 2021 zu rekrutieren (act. 1 Rz. 28). Am 17. Februar 2021 habe der Bundesrat kommuniziert, dass die Restaurants nicht per 1. März 2021 öffnen dürften, woraufhin die Beschwerdeführerin ihr schon eingestelltes Personal in Kurzarbeit geschickt und die Betriebseröffnung auf seinen späteren Zeitpunkt verschoben habe (AWA-act. 18 Rz. 44 f.). Wie der Beschwerdegegner korrekt festhält, ist vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich, dass der erlittene Arbeitsausfall unvermeidbar war. Der Arbeitsausfall ist hauptsächlich dadurch entstanden, dass die Beschwerdeführerin in Zeiten grosser Unsicherheit – aufgrund möglicher weiterer oder verlängerter behördlicher Massnahmen – ab Herbst 2020 neues Personal für eine mögliche Betriebseröffnung am 1. März 2021 einstellte, wobei festzuhalten ist, dass die Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt schon Kurzarbeitsentschädigung erhielt. Die Beschwerdeführerin hat nicht überzeugend aufgezeigt, weshalb die Rekrutierung von neuem Personal nicht zu einem späteren Zeitpunkt hätte stattfinden können. Insbesondere wurde im Hinblick auf die früheren Eröffnungszeitpunkte, namentlich März 2020 und später Dezember 2020, noch kein zusätzliches Personal rekrutiert. Dies zeigt, dass offensichtlich auch eine kurzfristigere Rekrutierung möglich gewesen wäre; also nicht unvermeidlich bereits mehrere Monate vor der geplanten Eröffnung mit der Einstellung neuer Mitarbeiter (insbesondere nicht im vorliegenden Umfang) begonnen werden musste.

#### **E. 12**

Urteil S 2022 115 ben ist (vgl. vorne E. 6.7). Dabei spielt es keine Rolle, ob das entsprechende Vorgehen (wie behauptet) branchenüblich war. Dies gilt ferner auch für die vor September 2020 neu eingestellten (vier) Personen mit Stellenantritt per 1. Mai, 1. Juli und 1. Oktober 2020 (vgl. AWA-act. 18, Beilage 8 [Personen mit Vertragsschluss im Mai und Juni 2020]). So- weit ersichtlich wurde auch für diese Personen (C. \_\_\_\_\_ [Geschäftsführer], D. \_\_\_\_\_ [Deputy Manager], E. \_\_\_\_\_ [Chef de Cuisine], F. \_\_\_\_\_ [Restaurant Manager]) von Beginn weg Kurzarbeit geltend gemacht (vgl. AWA-act. 6; vgl. zu den tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden ohnehin auch nachfolgende E. 8.2). Die Beschwerdeführerin verkennt schliesslich, dass die Problematik hier nicht darin liegt, dass "während der Pandemie" Personen angestellt wurden (vgl. act. 1 Rz. 36), sondern, dass dies während des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung geschah, ohne dass den neuen Mitarbeitern in der Folge Arbeit zugewiesen werden konnte. Der Beschwerdeführerin ging es bei der frühzeitigen Rekrutierung von Mitarbeitern (eine allfällige Missbrauchs- absicht ausgeklammert) wohl darum, ihren Betrieb so bald als möglich mit voller Kraft auf- zunehmen und damit weitere Betriebseinbussen möglichst gering zu halten und damit ihre Existenz zu sichern. In diesem Sinne dürfte sie die Anstellungen als "unvermeidbar" be- trachtet haben. Weder die Vermeidung von Betriebseinbussen noch die Existenzsicherung des Unternehmens sind jedoch Ziele der Kurzarbeitsentschädigung (vorstehende E. 6.3). Sinn und Zweck ist auch nicht die Schaffung neuer Arbeitsplätze, sondern bestehende Mitarbeiter vor einem Stellenverlust zu bewahren (vgl. vorstehende E. 6.7).

### **E. 13**

Urteil S 2022 115 doch festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführerin zwar bereits vor dem 16. März 2020 (Eintritt der "ausserordentlichen Lage") im Aufbau ihres Betriebes befand, allerdings ohne, dass ihre Räumlichkeiten fertig gestellt gewesen wären und ohne, dass sie den operativen Betrieb aufgenommen hatte. Es kann – wie bei der Gründung eines Unternehmens – auch beim weitergehenden Aufbau eines Unternehmens nicht Sinn und Zweck des Instituts der Kurzarbeitsentschädigung sein, Mitarbeiter auf Kosten der Kurzarbeitsentschädigung (ohne vorgängige Bewilligung) auszubilden oder ohne vorhandene Arbeit anzustellen und di- rekt in die Kurzarbeit zu schicken. 8. Differenzierter ist die Sache bezüglich der seit Ende 2019 angestellten zwei Mitar- beiterinnen (G. \_\_\_\_\_ [80 %; Innenarchitektur, Marketing & Kommunikation] und H. \_\_\_\_\_ [100 %; Relationship Manager], mit Vertragsschluss und Stellenantritt im September und Dezember 2019) zu betrachten (vgl. AWA-act. 18, Beilage 8 f.).

### **E. 14**

Urteil S 2022 115 2'219.31 h), im April 2021 sogar 2'984.10 (4'196.64 minus 1'212.54 h; vgl. AWA-act. 18, Beilage 9). Dies entspricht schon im Monat Februar 2021 – bei den angegeben monatli- chen 168 Sollstunden für eine 100 %-Stelle (42h/Woche) – einer Auslastung von rund neun Personen in einem Vollpensum (1'588 h / 168 h). Der Schluss liegt daher nahe, dass die zwei bestehenden Mitarbeiterinnen auch Aufgaben im Zusammenhang mit dem Take Away Betrieb hätten übernehmen können, auch wenn diese Aufgaben (zumindest teilwei- se) ausserhalb ihres eigentlich vorgesehenen Stellenprofils gelegen haben dürften. Die Beschwerdeführerin hätte diese Möglichkeit im Rahmen ihrer Schadenminderungspflicht jedenfalls prüfen müssen und dadurch im konkreten Fall einen Arbeitsausfall überwiegend wahrscheinlich vermeiden können. Dass eine solche Prüfung erfolgt ist, ist (aus den beim Gericht eingegangenen Akten) nicht ersichtlich. Auch ergeben

sich keine Hinweise darauf, dass es G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ nicht möglich oder zumutbar gewesen wäre, ihre Arbeitskraft in dieser Hinsicht einzusetzen. Mithin ist ein Arbeitsausfall für diese Mitarbeiterinnen nicht glaubhaft dargelegt. Wie die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden zeigen, hätte die Beschwerdeführerin ab Februar 2021 sogar genügend Arbeit für sieben weitere Angestellte gehabt; ohne dass sie für diese Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung gehabt hätte. In diesem Umfang hätte sie selbstredend ohne Weiteres – im Einklang mit der Schadenminderungspflicht – neue Mitarbeiter anstellen können.

**E. 15**

Urteil S 2022 115 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

---

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