

ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 135 vom 13. September 2024

ZG Verwaltungsgericht, 2024-09-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_S_2022_135

FR: ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 135 du 13 septembre 2024

IT: ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2022 135 del 13 settembre 2024

Regeste

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

Erwägungen

E. 2

Urteil S 2022 135 A. Die A. _____ reichte am 3. November 2021 eine Voranmeldung von Kurzarbeit für den Gesamtbetrieb aufgrund der behördlichen Massnahmen infolge der Covid-19- Pandemie beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) für die Zeit vom 20. Dezember 2021 bis 30. April 2022 ein (AWA-act. 16), nachdem das AWA bereits für die Zeit vom 20. März bis 31. August 2020 und vom 18. September 2020 bis 17. Dezember 2021 im Zusammen- hang mit der Covid-19-Pandemie die Ausrichtung von Kurzarbeitsentschädigung (KAE) bewilligt hatte (AWA-act. 19–27). Mit Verfügung vom 22. November 2021 bewilligte das AWA das Gesuch um Ausrichtung von KAE für die Zeit vom 20. Dezember 2021 bis 19. März 2022, soweit die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (AWA-act. 18). Mit Verfügung vom 28. Februar 2022 verneinte das AWA einen Anspruch auf KAE für die Zeit ab 20. März 2022 nach am 16. Februar 2022 erfolgter Voranmeldung (AWA-act. 14– 15). Nachdem der Arbeitslosenkasse Zug (ALK) für den Monat Februar 2022 der Antrag auf und die Abrechnung von KAE über einen Arbeitsausfall im Ausmass von 99.42 % einge- reicht worden war (AWA-act. 3), forderte diese die A. _____ auf, eine Begründung für die Schliessung des Betriebs einzureichen, was diese in der Folge tat (AWA-act. 7–8). Am

E. 6

Urteil S 2022 135 Pandemie"). Diese traten am 12. März 2020 in Kraft (Weisung Nr. 2020/03 vom 12. März 2020, S. 1). Zweck dieser Sonderregelungen war es, den Auswirkungen der Pandemie Rechnung zu tragen (Weisung Nr. 2020/01 vom 1. März 2020, S. 1). Die Weisungen führ- ten u.a. vorübergehend etwa zu beweisrechtlichen Erleichterungen für die Arbeitgeber bei der Geltendmachung der KAE. Zeitweise reichte der blosser Hinweis auf die Pandemie als ausreichende Begründung (Weisung Nr. 2020/06 vom 9. April 2020, S. 5), später mussten die Arbeitgeber lediglich glaubhaft darlegen, inwiefern die Arbeitsausfälle auf die Pande- mie zurückzuführen waren (Weisung Nr. 2020/12 vom 27. August 2020, S. 8). Nach Auf- hebung dieser Weisung per 1. Januar 2022 (Weisung Nr. 2021/21 vom 17. Dezember 2021, S. 3) galt – somit auch für den vorliegend massgeblichen Zeitpunkt im Februar 2022 – für den Nachweis des Arbeitsausfalls wieder der im Sozialversicherungsrecht übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 138 V 218 E. 6). Mit der schritt- weisen Lockerung der

Massnahmen entfiel für die betroffenen Betriebe in den meisten Fällen die behördliche Massnahme als Begründung für den Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, so dass der Betrieb grundsätzlich wieder aufgenommen werden musste, sobald dies erlaubt war (Weisung 2020/10 vom 22. Juli 2020, S. 9). Als Ausnahme dazu galten von 1. Juni 2020 bis 31. Dezember 2021 die sogenannten abgestuften Massnahmen, welche es einem Betrieb u.a. erlaubten, zu schliessen, sofern er plausibel darlegen konnte, dass bei einer Weiterführung der Verlust grösser gewesen wäre als bei einer Schliessung (Weisung Nr. 2020/10 vom 22. Juli 2020, S. 9 f. und Weisung Nr. 2021/21 vom 17. Dezember 2021, S. 3). 5.3 Neben den AVIG-spezifischen Bestimmungen galten aufgrund der bundesrätlichen Covid-Verordnungen diverse Massnahmen. Per 20. Dezember 2021 verschärfte der Bundesrat diese u.a. insofern, als für Restaurants im Innenbereich neu die 2G-Regel (Zugang nur für geimpfte und genesene Personen) galt und, wo weder das Maskentragen noch eine Sitzpflicht möglich war, nur noch geimpfte und genesene Personen zugelassen wurden, welche ein negatives Testresultat vorweisen konnten (2G+-Regel). Zudem wurde die Homeoffice-Pflicht wieder eingeführt. Am 19. Januar 2022 verlängerte der Bundesrat vorerst die Homeoffice-Pflicht bis Ende Februar und die restlichen Massnahmen bis Ende März, wobei er die Homeoffice-Pflicht am 2. Februar 2022 per 3. Februar 2022 in eine Empfehlung umwandelte, und die Kontaktquarantäne aufhob. Gleichzeitig fasste er die umfassende Aufhebung der Massnahmen ins Auge und schickte verschiedene Varianten in Konsultation, wobei er darüber am 16. Februar 2022 entscheiden wollte. Am 16. Februar 2022 beschloss der Bundesrat, dass ab dem 17. Februar fast alle Massnahmen aufgehoben werden. Es sind dies die Maskenpflicht in Läden und in Innenbereichen von Re-

E. 6.1

Der Beschwerdegegner verneinte den Anspruch der Beschwerdeführerin auf KAE in ihrem Einspracheentscheid vom 29. September 2022 (AWA-act. 1) im Wesentlichen mit der Begründung, die Weisung bezüglich eines Anspruches auf KAE im Rahmen abgestufter Massnahmen sei bis zum 31. Dezember 2021 gültig gewesen, weshalb sie für den vorliegend zu beurteilenden Monat Februar 2022 nicht anwendbar sei. Der Arbeitgeber müsse alles Zumutbare unternehmen, um Arbeitsausfälle zu vermeiden oder zu vermindern. Mit dem Entscheid, die Mitarbeitenden in die Ferien zu schicken und den Betrieb bis auf den Take-Away im Februar 2022 ganz zu schliessen, sei nicht das Zumutbare vorgekehrt worden, um den Arbeitsausfall – im Falle der voraussehbaren positiven Pandemieentwicklung und der in Aussicht gestandenen behördlichen Entscheide – möglichst gering zu halten (S. 9 f.; vgl. dazu auch die Vernehmlassung vom 14. Dezember 2022 [act. 4 S. 6 f.]). Der Höhepunkt an Corona Erkrankten sei am 30. Januar 2022 erreicht worden und die Infektionen seien bis zum 1. März 2022 rasant gefallen. Es sei zwar richtig, dass der Bundesrat am 12. Januar 2022 beschlossen habe, die am 17. Dezember 2021 geltenden Massnahmen bis Ende März 2020 [richtig: 2022] zu verlängern, schon am 2. Februar 2022 habe der Bundesrat jedoch entschieden, die Homeoffice-Pflicht, die Kontaktquarantäne aufzuheben und die Aufhebung der übrigen Massnahmen in Hinblick auf die nächste Bundesratssitzung vom 16. Februar 2022 in Konsultation zu schicken. Aus der Medienmitteilung vom 2. Februar 2022 werde offensichtlich, dass eine weitere Aufhebung behördlicher

E. 6.2

Demgegenüber stellte sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 31. Oktober 2022 (act. 1) auf den Standpunkt, aufgrund der Pandemie habe sich ihr Umsatz im Vorjahr von B. _____ auf C. _____ Franken reduziert. Im Dezember und Januar sei der

Umsatz weiter gesunken. Der Ertrag habe damals nicht mehr ausgereicht, um die Kosten zu decken. Sie habe vier Optionen gehabt (1. Einstellen der Restauration vor Ort und Beschränkung auf den Take-Away-Betrieb, 2. Restauration vor Ort teilweise einstellen, 3. Mitarbeiter entlassen, 4. Bilanz deponieren) und habe sich für eine Beschränkung auf den Take-Away-Betrieb entschieden. Da dieser weiterhin betrieben worden sei, müsse von einer Teilschliessung gesprochen werden. Das Restaurant liege nicht im Stadtzentrum. Für sie seien die Massnahmen katastrophal gewesen. Der Geschäftsführer habe die geplanten Schritte mit einem Mitarbeiter der ALK besprochen und dieser habe erklärt, dass diese in Ordnung seien (S. 5-7; vgl. auch die Replik vom 17. Januar 2023 [act. 8 S. 2 f.]). Die Vorinstanz verkenne den Charakter der Weisungen des SECO. Dieses habe keine eigene Rechtssetzungsbefugnis. Wenn es in seinen Weisungen festhalte, dass gewisse Unternehmen in Nachachtung der Schadenminderungspflicht ihren Betrieb wieder aufnehmen müssten, so werde mit dieser Aussage weder ein Anspruch begründet noch ein solcher wieder aufgehoben. Das SECO habe Weisungen zur korrekten Anwendung des materiellen Rechts erteilt. Dies führe dazu, dass die materiell rechtlichen Überlegungen in den Weisungen weiterhin angerufen werden könnten (act. 1 S. 7 f.). Ferner führte

E. 6.3

Vorliegend ist der Anspruch auf KAE ab 1. Februar 2022 respektive der mit Antrag und Abrechnung von Kurzarbeitsentschädigung für den für den Monat Februar 2022 am

E. 7

Urteil S 2022 135 staurants sowie von öffentlich zugänglichen Einrichtungen, Betrieben und Veranstaltungen; die Maskenpflicht am Arbeitsplatz; die Zugangsbeschränkungen mittels Zertifikat zu Einrichtungen und Betrieben wie Kinos, Theatern und Innenbereichen von Restaurants sowie bei Veranstaltungen; die Bewilligungspflicht für Grossveranstaltungen; die Einschränkungen privater Treffen. Aufgehoben wurde auch die Homeoffice-Empfehlung. Bis Ende März 2022 mussten sich positiv getestete Personen weiterhin während mindestens fünf Tagen in Isolation begeben, zum anderen wurde die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr sowie in Gesundheitseinrichtungen beibehalten. Per 1. April 2022 wurden die letzten Massnahmen in der Covid-19-Verordnung besondere Lage aufgehoben (die Isolationspflicht für infizierte Personen sowie die Maskenpflicht im öffentlichen Verkehr und in Gesundheitseinrichtungen; vgl. Covid-19-Verordnung 3 [SR 818.101.24] und deren Änderung vom 16. Februar 2022 sowie die Covid-19-Verordnung besondere Lage [SR 818.101.26] und deren Änderungen vom 17. Dezember 2021, vom 12. und 19. Januar 2022 sowie vom 2. und 16. Februar 2022 und die diesbezüglichen Medienmitteilungen des Bundesrates). 6.

E. 7.1

Ein Arbeitsausfall muss gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG unvermeidbar sein (E. 5.1). Diese Voraussetzung ist Ausdruck der Schadenminderungspflicht (vgl. Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], 3. Auflage, 2016, S. 2410 Rz 480 mit Hinweisen) und bedeutet, dass der Arbeitgeber alles Zumutbare unternehmen muss, um Arbeitsausfälle zu vermeiden oder zu vermindern (Praxis KAE C3 in der seit 1. Januar 2022 in Kraft stehenden Fassung). Eine Verletzung der Schadenminderungspflicht, wie es der Beschwerdegegner der Beschwerdeführerin vorwirft (E. 6.1), ist bei einem geltend gemachten Arbeitsausfall von 99.42 % (Sollstunden: 2'192.40; Ausfallstunden: 2'179.7) für 13 Arbeitnehmende (AWA-act. 3) an-

gesichts der vorliegenden Umstände für den Monat Februar 2022 zu bejahen. Gerade das Ausmass von einem beinahe 100%igen Arbeitsausfall lässt sich bei den faktischen Gegebenheiten im Februar 2022 nicht mit einem angemessenen Nachkommen der Schadenminderungspflicht und dem möglichst Vermeiden respektive Geringhalten des Ausfalls vereinbaren, sodass dieser daher als (gänzlich) unvermeidbar erschiene.

10 Urteil S 2022 135 Ob aufgrund des Weiterbetriebs mit Take-Away von einer Schliessung oder lediglich einer Teilschliessung gesprochen wird, ist für die Beurteilung der Vermeidbarkeit bzw. Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls unwesentlich.

E. 7.2

Im Vorjahr machte die Beschwerdeführerin für den Februar 2021, als die Restaurationsbetriebe aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen komplett schliessen mussten (vgl. Art. 5a Abs. 1 Covid-19-Verordnung besondere Lage, Änderung vom 18. Dezember 2020), einen geringeren Arbeitsausfall im Ausmass von 97.50 % (Sollstunden: 1'566.00; Ausfallstunden: 1'526.85) geltend (ALK-act. 12). Wie die konjunkturellen Zahlen der KOF zeigen, waren die Umsätze im Gastgewerbe im 1. Quartal 2022 gegenüber dem 1. Quartal 2021 jedoch um 78 % höher (<https://gastrosuisse.ch/de/branchenwissen/zahlen-und-trends/aktuelle-geschaeftslage/konjunkturkof>; besucht am 18. September 2024). Das SECO ging im 1. Quartal 2022 gegenüber dem Vorquartal (4. Quartal 2021) von einer erwartungsgemässen Fortsetzung der Erholung der Schweizer Wirtschaft aus (Konjunkturtendenzen SECO Sommer 2022; https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/konjunkturtendenz/kt_sommer_22.html; besucht am

E. 7.3.1

Aus dem Vorbringen, dass die Erhaltung der Betriebe Voraussetzung für den Erhalt der Arbeitsplätze sei (E. 6.2), vermag die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Wie in der Botschaft zum 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 KAE nicht in der Existenzsicherung des Betriebs bzw. der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, sondern einzig im Erhalt von Arbeitsplätzen durch die Verhinderung von kurzfristig aufgrund des Arbeitsrückgangs ausgesprochenen Kündigungen (BGE 147 V 359 E. 4.6.3).

E. 7.3.2

Im Februar 2022 galten, wie der Beschwerdegegner zu Recht ausführte (E. 6.1), die in den SECO-Weisungen zeitweise vorgesehenen abgestuften Massnahmen, wonach u.a. Anspruch auf eine KAE trotz Schliessung eines Betriebes bestehen konnte, wenn plausibel dargelegt wurde, dass der Verlust bei Wiedereröffnung/Weiterführung grösser als bei einer vorübergehenden Schliessung wäre, nicht mehr (E. 5.2.3). Eine durch betriebsökonomische Perspektive motivierte Entscheidung über die Frage einer Schliessung oder Teilschliessung, wie sie auch die Beschwerdeführerin mit den verschiedenen Optionen (vgl. E. 6.2) vorgenommen hatte, stand den Betrieben daher im Februar 2022 nicht mehr offen.

12 Urteil S 2022 135 Wie die Beschwerdeführerin zur Rechtsnatur der SECO-Weisungen zutreffend ausführte, handelt es sich bei diesen um Weisungen zur Anwendung des materiellen Rechts, ohne jedoch, dass dem SECO eine Rechtsetzungsbefugnis zukäme (E. 6.2). Verwaltungsweisungen dürfen denn auch keine über das Gesetz oder Verordnung

hinausgehende Einschränkungen von materiellen Rechtsansprüchen einführen, richten sich an die Durchführungsstellen und dienen der Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben (BGE 147 V 278 E. 2.2). Mit der entsprechenden Weisung über die abgestuften Massnahmen konkretisierte das SECO für die Durchführungsstellen lediglich die Auslegung der Schadenminderungspflicht für konkrete Sachverhalte (u.a. im Zusammenhang mit Massnahmen zum Gesundheitsschutz und Teilbeschäftigung, Auswirkungen von Hygienemassnahmen, Probleme in der Beschaffung von für die Tätigkeit notwendigen Produkten; vgl. Weisung Nr. 2020/08, S 5 f.) im Hinblick auf die Geltendmachung von KAE vor dem Hintergrund der durch die Pandemie erschwerten Verhältnisse für die Zeit vom 1. Juni 2020 bis 31. Dezember 2021 (Weisung Nr. 2022/01 S. 3). Dies im Sinne der durch die Weisungen "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" beabsichtigten Erleichterung und Beschleunigung der Anspruchsprüfung unter Beachtung der damalig konkreten Lage. Eine über den 31. Dezember 2021 hinausgehende Auslegung der Schadenminderungspflicht im Sinne der abgestuften Massnahmen war demnach nicht angezeigt und eine "Anrufung" der aufgehobenen Weisungen – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – danach nicht mehr möglich.

E. 7.3.3

Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, sie habe die geplanten Schritte über die Reduktion ihres Betriebes auf einen Take-Away-Betrieb mit der ALK abgesprochen (E. 6.2). Sie beruft sich damit auf den Vertrauensschutz und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens gemäss Art. 9 BV als Ausfluss des Prinzips von Treu und Glauben (vgl. dazu BGE 143 V 341 E. 5.2.1). Einen Nachweis für die behauptete Zusage – etwa in Form einer schriftlichen Bestätigung oder eines diesbezüglichen E-Mailverkehrs – reichte die Beschwerdeführerin nicht ein. Auch einen Namen des vermeintlichen Mitarbeiters der ALK, welcher ihr die Auskunft erteilt haben soll, nannte sie nicht. Die Beschwerdeführerin legte zur Untermauerung ihrer Behauptung lediglich einen Auszug über Telefonverbindungen mit der ALK (F. _____), dem AWA (G. _____) und der Telefonnummer H. _____ auf (Bf-act. 9), ohne dass sich aus diesen etwas über den Inhalt der geführten Gespräche ergäbe. Die Zeitpunkte der in den Verbindungsnachweisen aufgeführten Telefonate, gerade was diejenigen mit der ALK (F. _____) betrifft, vermögen die Behauptung der Beschwerdeführerin nicht zu

13 Urteil S 2022 135 stützen. Die Zusicherung für die Schliessung bzw. die Reduktion auf den Take-Away-Betrieb hätte vor dessen Einführung im Februar erfolgen müssen. Für einen Kontakt mit der ALK findet sich ein Anruf mit Zeitangabe über die Dauer, was überhaupt einen Verbindungsaufbau ausweist, vor März 2022 lediglich für den 4. Februar 2022 – also bereits nach Einführung des Take-Away-Betriebes (Bf-act. 9/1–2). Auch die Nachforschung des Beschwerdegegners bei der ALK im Verlaufe des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ergab keinen Hinweis auf eine allfällige Zusicherung seitens der ALK für die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Reduktion ihres Betriebes auf ein reines Take-Away-Angebot (E. 6.1 in fine). Auch nur Anhaltspunkte für die behauptete Zusage durch die ALK zum Take-Away-Konzept liegen keine vor.

E. 7.3.4

Inwiefern es treuwidrig sein sollte, dass der Beschwerdegegner die Verfügung über den KAE für den Monat Februar 2022 im April erliess, wie ihr von der Beschwerdeführerin vorgeworfen wird, ist nicht erkennbar (E. 6.2). So bedurfte es einer eingehenden Prüfung

des für den Monat Februar 2022 am 13. März 2022 (AWA-act. 3) geltend gemachten Arbeitsausfalls. Nachdem der ALK der Antrag zugestellt worden war, forderte diese die Beschwerdeführerin am 29. März 2022 (AWA-act. 7) auf, eine schriftliche Begründung für die Schliessung des Betriebs einzureichen, was am 30. März 2022 erfolgte (AWA-act. 8). Danach überwies die ALK die Sache am 6. April 2022 (AWA-act. 9) an das AWA zur Prüfung des Anspruches und einer allfälligen Neuverfügung mit dem Hinweis auf ihren Verdacht, dass wohlmöglich kein Anspruch bestehen könnte. Nach einem Telefonat zwischen dem AWA und der Beschwerdeführerin zur Klärung von Rückfragen am 19. April 2022 (AWA-act. 10) verfügte dieses zeitnah am 28. April 2022 die Aufhebung der Verfügung vom 22. November 2021 und erhob gegen die Auszahlung der KAE für Februar 2022 Einsprache (AWA-act. 13). Das Zurückkommen der Verwaltung auf die Verfügung vom 22. November 2021 durfte im Rahmen der Anpassung einer vorübergehenden Leistung an die geänderten Verhältnisse erfolgen (vgl. E. 4). Die Kontrolle über den faktisch geltend gemachten Arbeitsausfall war erst nach Einreichen des Antrages und Abrechnung für den Monat Februar möglich. Für dessen sorgfältige Prüfung bedurfte es eine gewisse Zeit (Prüfung Antrag, Einholung eingehende Begründung, Überweisung, Rückfragen, Verfassen Verfügung) und deren Ablauf zeigt keine wesentliche zeitliche Lücke. Die Prüfung erfolgte innert angemessener Frist. Von treuwidrigem Verhalten des Beschwerdegegners aufgrund des Erlasses der Verfügung am 28. April 2022 kann keine Rede sein.

14 Urteil S 2022 135

E. 7.4

Zusammenfassend weisen die konjunkturelle Lage, das Infektionsgeschehen, der erzielte Umsatz unter schwierigeren Bedingungen (Januar 2022) und die in Kraft gewesenen behördlichen Massnahmen aus, dass die Beschwerdeführerin mit dem von ihr geltend gemachten Arbeitsausfall von 99.42 % für Februar 2022 (AWA-act. 3) ihrer Schadenminderungspflicht nicht in genügender Weise nachgekommen ist und sich dieser – zumindest im geltend gemachten Ausmass (vgl. E. 9 nachstehend) – als nicht (gänzlich) unvermeidbar erweist (E. 8.2). Die gegen diese Sichtweise vorgebrachten Argumente verfangen nicht (E. 8.3) und ändern demnach nichts an der Ausgangslage. 8.

E. 8

Urteil S 2022 135 Massnahmen per 16. Februar 2022 habe erwartet werden dürfen (AWA-act. 1 S. 10 f.; vgl. dazu auch die Vernehmlassung vom 14. Dezember 2022 [act. 4 S. 3 f.] und die Duplik vom 6. Februar 2023 [act. 10 S. 2]). Zusätzlich sei festzustellen, dass die Mitarbeiter im Februar 2022 im Ausland weilten. Ein Arbeitsausfall sei nicht anrechenbar, wenn er durch Betriebsferien verursacht werde. Auch deshalb hätte ein Anspruch auf KAE abgelehnt werden müssen (AWA-act. 1 S. 11 Mitte; vgl. dazu auch die Vernehmlassung vom 14. Dezember 2022 [act. 4 S. 5 f.]). Insgesamt sei festzustellen, dass die Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalles bejaht werden müsse und aufgrund der Schadenminderungspflicht eine zumindest teilweise Öffnung des Restaurants angezeigt gewesen sei (AWA-act. 1 S. 1 f.). Ergänzend führte der Beschwerdegegner in seiner Vernehmlassung vom 14. Dezember 2022 (act. 4) aus, nach internen Abklärungen sei von keinem Mitarbeiter der ALK eine Zustimmung zum Vorgehen der Beschwerdeführerin (nur Take-Away) gemacht worden. Die zuständige Sachbearbeiterin bei der ALK habe ausgesagt, dass sie mit dem Geschäftsführer der Beschwerdeführerin nach Einreichung

des Kurzarbeitsantrages für Februar 2022 vom 13. März 2022 das erste Mal telefonischen Kontakt gehabt habe (S. 4 Mitte).

E. 8.1

Die Verletzung der Schadenminderungspflicht durch die Beschwerdeführerin führt – entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners – jedoch nicht zwingend zu einer vollständigen Leistungsverweigerung. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit stellt einen im gesamten Verwaltungsrecht sowohl bei der Rechtssetzung wie bei der Rechtsanwendung zu beachtenden Grundsatz dar, welcher insbesondere auch in der Sozialversicherung Geltung hat (BGE 108 V 251 E. 3a). Nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip ist der Leistungsempfänger grundsätzlich so zu stellen, wie wenn er seine Schadenminderungspflicht wahrgenommen hätte, was umgekehrt bedeutet, dass Leistungen, welche bei gesetzeskonformem Verhalten dennoch zu erbringen wären, nicht gekürzt oder verweigert werden können.

E. 8.2.1

Die Beschwerdeführerin begründete den Arbeitsausfall im Februar 2022 – wenn auch in überzogenem Mass (E. 7 vorstehend) – im Wesentlichen mit den Auswirkungen der Covid-19-Pandemie (E. 6.2). Bereits in den Angaben gegenüber der ALK und dem AWA verwies sie auf die Auswirkungen der Pandemie. Auf Rückfrage der ALK begründete sie den für Monat Februar 2022 geltend gemachten Arbeitsausfall am 30. März 2022 (AWA-act. 8) u.a. damit, dass aufgrund der Covid-Situation Ende Januar mit einer Verschärfung für die Restauration habe gerechnet werden müssen, die Restaurant eigene Bar bereits unter der 2G+-Regel gestanden habe und bereits im Januar Reservationen von über 200 "pax" [persons approximately (zu Deutsch: ungefähre Anzahl Personen)] hätten storniert werden müssen. Ferner teilte sie dem AWA auf dessen Rückfrage vom 19. April 2022 (AWA-act. 10) mit, der Betrieb habe sich nicht rentiert, da mit Zertifikatspflicht und den vielen Absagen nicht genug Arbeit vorhanden gewesen wäre.

15 Urteil S 2022 135

E. 8.2.2

Dass in der vorliegend zu beurteilenden Zeit ab 1. Februar 2022 zumindest ein Teil des Arbeitsausfalls aufgrund der Pandemie auf wirtschaftliche Gründe – bei der durch die Rechtsprechung weiten Auslegung des Begriffs der wirtschaftlichen Gründe (BGE 128 V 305 E. 3a; BGer 8C_549/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 3.2) – im Sinne von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG (vgl. E. 5.1) zurückzuführen sein könnte, ist aufgrund der damaligen Situation (Pandemieentwicklung, behördliche Massnahmen, konjunkturelle Entwicklung) wahrscheinlich und wird auch vom Beschwerdegegner anerkannt. Das SECO hielt die Pandemie aufgrund des jähen Auftretens, des Ausmasses und der Schwere für ein nicht als normales, vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a AVIG und erachtete demnach die Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern und Dienstleistungen wegen der Pandemie in Anwendung von Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG als anrechenbar (vgl. Weisung Nr. 2020/01 vom 10. März 2020 S. 3). Nach einem markanten Anstieg der Fallzahlen im Januar 2022, welche am 1. Februar 2022 ihren Höhepunkt fanden, nahmen diese bis Ende Februar zwar merklich ab, ausgestanden war die Pandemie im Februar aber (noch) nicht. Bis zum 2. Februar 2022 galt die Homeoffice-Pflicht und erst per 17. Februar 2022 wurden die meisten Massnahmen aufgehoben (u.a. Maskenpflicht in Innenbereichen von Restaurants und 2G bzw.

2G+-Einschränkung für Restaurants und Bars; E. 5.3). Anhand der konjunkturellen Daten zeigt sich die Auswirkung der Pandemie und der behördlichen Massnahmen für Februar 2022. Gemäss der Konjunkturumfrage Gastgewerbe der KOF der ETH und der Gastro-Suisse galten als Haupthemmnis für ein wirtschaftliches Wachstum im 1. Quartal 2022 die gesetzlichen Rahmenbedingungen zu Covid-19 und damit verbunden die ungenügende Nachfrage (<https://gastrosuisse.ch/de/branchenwissen/zahlen-und-trends/aktuelle-geschaeftslage/konjunkturkof>; besucht am 18. September 2024). Das SECO ging davon aus, dass die gültige 2G-Zertifikationspflicht, die allgemeine Maskenpflicht sowie die bis Anfang Februar geltende Homeoffice-Pflicht auf der Geschäftstätigkeit der Gastronomie im 1. Quartal 2022 gelastet hätten (Konjunkturtendenzen SECO Sommer 2022; https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/konjunkturtendenz/kt_sommer_22.html; besucht am

E. 8.3.1

Daneben führte der Beschwerdegegner im Einspracheentscheid aus – ohne eingehendere Abklärungen dazu durchgeführt zu haben –, dass die Mitarbeiter der Beschwerdeführerin im Februar 2022 im Ausland geweilt hätten und ein Arbeitsausfall nicht anrechenbar sei, wenn er durch Betriebsferien verursacht werde, weshalb auch kein Anspruch auf KAE bestanden hätte (E. 6.1). Unter Betriebsferien zu verstehen sind vom Arbeitgeber für den gesamten Betrieb angeordnete Ferien (AVIG-Praxis KAE D21). Bei einem geltend gemachten Arbeitsausfall von nahezu 100 % und der gegenüber der ALK bzw. dem Beschwerdegegner gemachten Äusserungen im Zuge der Abklärungen über den Arbeitsausfall im Februar 2022 (finanziell prekäre Lage, Komplettschliessung im Februar, Arbeitnehmer in die Ferien geschickt, planmässige Wiedereröffnung am 11. März 2022; AWA-act. 8 und 10) verhält es sich tatsächlich so, dass die Umstände den Schluss nahelegen könnten, es liege insgesamt eine Betriebsschliessung im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG vor, nach welcher der Arbeitsausfall überhaupt nicht anrechenbar wäre (E. 5.1). Diese Schlussfolgerung erweist sich im vorliegenden Fall jedoch als voreilig. Sinn und Zweck der Bestimmung über die Betriebsferien ist die Missbrauchsverhütung (vgl. Gerhard Gerhards, Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz, Band I, 1987, N 83 zu Art. 32–33 AVIG; Nussbaumer, a.a.O., S. 2413, Rz 488). Die vermeintlichen Betriebsferien im Februar 2022 können nicht unabhängig von der damals vorherrschenden Pandemie und ihrer wirtschaftlichen Auswirkung betrachtet werden. Ein Missbrauchspotential besteht aufgrund dieser konkreten Situation – sofern die Betriebsschliessung ausschliesslich im Zusammenhang mit der Pandemie steht – nur hinsichtlich des Anteiles des Arbeitsausfalls, der über das Mass hinausgeht, was der Beschwerdeführerin zustünde, wenn sie ihrer Schadenminderungspflicht angemessen nachgekommen wäre. Selbst wenn von (aufgrund der Pandemie) angeordneten Betriebsferien ausgegangen würde, was umstritten und auch nicht abschliessend abgeklärt ist, wäre eine Kürzung der Leistung nur bis zu einem gewissen Grad möglich. Eine anderweitige Auslegung verbietet das Verhältnismässigkeitsprinzip. Dass zumindest ein gewisser anrechenbarer Arbeitsausfall im Februar 2022 aufgrund der Pandemie vorlag, scheint wahrscheinlich und wird auch vom Beschwerdegegner implizit anerkannt (E. 8.2.2).

17 Urteil S 2022 135

E. 8.3.2

Nach rudimentären Abklärungen im Beschwerdeverfahren ergänzte der Beschwerdegegner mit Verweis auf Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG in seiner Vernehmlassung, weil die Mitarbeiter während einem ganzen Jahr praktisch keine Ferien bezogen hätten, sei anzunehmen, dass diese aufgrund der Betriebsschliessung im Februar Ferien bezogen hätten. Da jedoch Ferien nicht zu den Ausfallstunden gezählt werden dürften, sei offensichtlich, dass im Februar 2022 gar kein Ausfall zu verzeichnen sei (act. 4 S. 5 f.). Dabei verkennt der Beschwerdegegner, dass Arbeitsausfälle in Zusammenhang mit individuellen Ferien der einzelnen Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres Arbeitsausfälle im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG darstellen. Nach dieser Bestimmung sind Arbeitsausfälle nicht anrechenbar, soweit sie auf Feiertage fallen, durch Betriebsferien verursacht oder nur für einzelne Tage unmittelbar vor oder nach Feiertagen oder Betriebsferien geltend gemacht werden (E. 5.1 vorstehend). Was die dritte Variante angeht, präzisiert Art. 54 Abs. 1 AVIV, dass der Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist an den zwei Arbeitstagen unmittelbar vor und nach Feiertagen, die nicht auf einen Samstag oder Sonntag fallen (lit. a) oder an den fünf Arbeitstagen unmittelbar vor und nach den Betriebsferien (lit. b). Der Beschwerdegegner wies auf die Betriebsferien hin ("aufgrund der Betriebsschliessung"; act. 4 S. 6 oben) und auch nur diese Variante käme vorliegend in Frage, decken die anderen Varianten ja nur einzelne Tage und nicht einen ganzen Monat ab. Aber auch die Subsumtion unter den Begriff "Betriebsferien" vermag nicht gänzlich zu überzeugen, sind diese doch von individuellen Ferien der einzelnen Arbeitnehmer zu unterscheiden. Selbst wenn jedoch die individuellen Ferien der einzelnen Arbeitnehmenden als Betriebsferien im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. c AVIG betrachtet würden – zumindest nach der Lehre scheint dies nicht gänzlich ausgeschlossen (vgl. dazu etwa Gerhards, a.a.O., N 84 zu Art. 32–33 AVIG) – handelte es sich lediglich um die argumentative Kehrseite der Medaille der "Betriebsschliessung", wie es als Argument im Einspracheentscheid vorgebracht worden war, und es gälte schliesslich auch für eine Leistungsverweigerung bzw. -kürzung mit dieser Begründung das Verhältnismässigkeitsprinzip (vgl. dazu E. 8.1, E. 8.3.1 vorstehend). 9.

E. 9

Urteil S 2022 135 die Beschwerdeführerin aus, wenn bereits Anfang Februar 2022 absehbar gewesen wäre, dass die Verfügung vom 22. November 2021 aufgehoben werden solle, erscheine es treuwidrig, wenn die Vorinstanz mit dem Entscheid bis Ende April zugewartet habe. Die Mitarbeiter seien nicht in die Ferien geschickt worden. Anfang Februar habe niemand damit rechnen können, dass die Massnahmen derart schnell gelockert würden. Die Lockerung sei am 16. Februar verkündet worden und habe bereits ab dem 17. Februar gegolten. Eine Wiedereröffnung innert Stunden sei unrealistisch. Ausserdem sei die Bevölkerung auch massiv verunsichert gewesen. Viele seien nicht bereit gewesen, bereits am 18. Februar wieder in den gewohnten Rhythmus zu wechseln. Es sei eine Übergangszeit erforderlich gewesen (S. 8–12; vgl. auch die Replik vom 17. Januar 2023 [act. 8 S. 2 f.]). Schliesslich sei unbestritten, dass die Kurzarbeit der vorübergehenden Erhaltung bedrohter Arbeitsplätze diene und nicht (direkt) dem Erhalt der Betriebe. Allerdings sei die Erhaltung der Betriebe die Voraussetzung dafür, dass auch die Arbeitsplätze erhalten blieben (act. 1 S. 12).

E. 9.1

Das Verwaltungsverfahren ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 43 Abs. 1 ATSG). Danach hat die Verwaltung den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen. Diese Untersuchungspflicht dauert so lange, bis über die für die Beurteilung

des streitigen Anspruchs erforderlichen Tatsachen hinreichende Klarheit besteht. Führen die im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes von Amtes wegen vorzunehmen-

E. 9.2

Der Beschwerdegegner beschränkte sich in seinen Sachverhaltsabklärungen im Wesentlichen darauf festzustellen, dass eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorliegt, was zwar zutrifft (E. 7), entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners aufgrund des Verhältnismässigkeitsprinzips jedoch nicht unweigerlich zu einer gänzlichen Leistungsverweigerung führt (E. 8). Ausführungen zur allfälligen Höhe einer KAE bei einer angemessenen Befolgung der Schadenminderungspflicht stellte der Beschwerdegegner kein an, geschweige denn hätte er dazu die notwendigen Abklärungen vorgenommen. Bei den vom ihm eingeholten Unterlagen handelt es sich um die Akten der ALK über die Anträge und Abrechnungen von Kurzarbeitsentschädigung für Dezember 2020 bis Januar 2022, welche lediglich das entsprechende Formular sowie Angaben zu den Arbeitsstunden der einzelnen Arbeitnehmer enthalten (ALK-act. 1–14). Die eigens geführten Akten des Beschwerdegegners beinhalten – neben internen Dokumenten (Einspracheentscheid, Verfügungen) – lediglich Unterlagen mit oberflächlichen Angaben (Medienmitteilungen des Bundes, die kurzen schriftlichen Begründungen zum Arbeitsausfall im Februar 2022, die Einsprache, Auflistung Umsätze der Jahre 2017–2019, die knappen Voranmeldungen von Kurzarbeit, das Organigramm, Handelsregistereintrag; AWA-act. 1–29). Auch führen Betriebsferien, deren Vorliegen der Beschwerdegegner vermutete – ohne dazu jedoch eingehende Abklärungen vorgenommen zu haben (z.B. Abklärungen bei den Arbeitnehmenden) –, nicht zwangsläufig zu einer Verneinung eines Anspruches auf KAE im vorliegenden Fall (E. 8.3.2). Zu den weiteren Voraussetzungen für einen Anspruch auf KAE finden sich keine Ausführungen im angefochtenen Entscheid oder Hinweise in den Akten auf entsprechende Abklärungen. Nachdem der Anspruch auf KAE ab 1. Februar 2022 respektive im Monat Februar 2022 nicht ausgeschlossen werden kann, erweist sich der Sachverhalt zu dessen Beurteilung

E. 9.3

Bei den weiteren Abklärungen und der Beurteilung des Anspruches gilt es diverse Punkte zu beachten. Der Beschwerdegegner wird – sofern sämtliche Voraussetzungen auf einen Anspruch auf KAE im Monat Februar 2022 erfüllt sind (vgl. nachstehende Bemerkungen) – eine Berechnung desselben vorzunehmen haben. Die Höhe des Anspruches hängt von einem für den Monat Februar 2022 angemessenen Arbeitsausfall ab. Dieser richtet sich nach dem Arbeitsausfall, wie er vorgelegen hätte, wenn die Beschwerdeführerin ihrer Schadenminderungspflicht rechtsgenügend nachgekommen wäre. Dafür gilt das im Sozialversicherungsrecht massgebliche Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (E. 5.2.3). Die vorhandenen Akten lassen eine entsprechende Bemessung nicht zu. Sie geben im Wesentlichen nur Auskunft über die verrichteten Arbeitsstunden der Arbeitnehmenden, nicht jedoch über Umstände, welche die Bemessung des Arbeitsausfalls und damit des Anspruches auf KAE eruieren liessen (E. 9.2 vorstehend). Als Indizien für eine entsprechende Bemessung könnten unter anderem etwa betriebsbezogene Informationen wie Betriebskonzept (Bankette, Feiern, Reservationen und Absagen), fundierte, nicht lediglich auf einfachen Aussagen der Beschwerdeführerin beruhende Umsatz- und Vergleichszahlen, Angaben der einzelnen Arbeiter über ihre spezifischen Aufgaben usw. dienen. Ferner könnten Zahlen zur wirtschaftlichen Entwicklung im 1. Quartal im Kanton Zug weitere Anhaltspunkte bieten. So

beispielsweise Zahlen dazu, wie das Ausmass der Arbeitsausfälle in vergleichbaren Restaurationsbetrieben im Kanton Zug im Februar 2022 ausgesehen hat. Der Beschwerdegegner wird die notwendigen Akten erhältlich zu machen bzw. die nötigen Abklärungen zu treffen haben und sich mit diesen auseinandersetzen müssen. Der Beschwerdegegner wird sich auch mit den übrigen Voraussetzungen auseinandersetzen müssen und die entsprechenden Abklärungen dazu vorzunehmen haben. Im Vordergrund stehen dabei die Fälle, in welchen der Arbeitsausfall nicht anrechenbar ist (Art. 33 Abs. 1 AVIG). Zu denken ist dabei etwa an im Februar 2022 möglicherweise durchgeführte Reinigungs-, Reparatur- oder Unterhaltsarbeiten (z.B. Umbauarbeiten, Küchenrevision oder dergleichen), die einen Arbeitsausfall bedingt hätten, welcher nicht anrechenbar ge-

E. 13

März 2022 geltend gemachte Arbeitsausfall von 99.42 % umstritten (AWA-act. 3). 7.

E. 18

Urteil S 2022 135 den Abklärungen den Versicherungsträger bei umfassender, sorgfältiger, objektiver und inhaltsbezogener Beweiswürdigung (BGE 132 V 393 E. 4.1) zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten, und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so liegt im Verzicht auf die Abnahme weiterer Beweise keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (antizipierende Beweiswürdigung; BGE 136 I 229 E. 5.3 mit weiteren Hinweisen). Bleiben jedoch erhebliche Zweifel an Vollständigkeit und/oder Richtigkeit der bisher getroffenen Tatsachenfeststellung bestehen, ist weiter zu ermitteln, soweit von zusätzlichen Abklärungsmassnahmen noch neue wesentliche Erkenntnisse zu erwarten sind (BGer 9C_662/2016 vom 15. März 2017 E. 2.2 mit Hinweis).

E. 19

Urteil S 2022 135 nach dem Gesagten als ungenügend abgeklärt. Das Gericht ist bei seinem Entscheid nicht an die Begehren der Parteien gebunden (Art. 61 lit. d ATSG). Die Beschwerde ist nach dem Gesagten in dem Sinne gutzuheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache zu ergänzenden Abklärungen sowie Neuentscheid an den Beschwerdegegner zurückzuweisen ist.

E. 20

Urteil S 2022 135 wesen wäre (E. 5.1). Diesfalls wäre der Arbeitsausfall nicht ausschliesslich auf die Pandemie zurückzuführen und demnach nicht anrechenbar. Hinweise darauf lassen sich in den vorliegenden Akten nicht finden, ausgeschlossen bleibt dies indes nicht. Ebenfalls nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, wenn er durch saisonale Beschäftigungsschwankungen verursacht wird (E. 5.1). Vermutungen, dass solche vorliegen könnten, legen etwa die Umsatzzahlen aus der Zeit vor der Covid-Pandemie nahe, welche im Februar verhältnismässig jeweils markant tiefer lagen als in den Vor- und Nachmonaten (I. _____ [AWA-act. 16 S. 2, 29/1–2]). Gleiches lässt der Umstand vermuten, dass das Restaurant über J. _____ Sitzplätze drinnen und K. _____ Sitzplätze draussen verfügt, und die Aussenplätze im Februar möglicherweise wetterbedingt nicht dieselbe Auslastung erfahren, wie in wärmeren Jahreszeiten (AWA-act. 10). So gab die Beschwerdeführerin denn auch in ihrem Schreiben vom 28. November 2019 gegenüber dem Beschwerdegegner an, in den Wintermonaten wetterbedingt weniger Aufträge zu haben (AWA-act. 28 S. 7). Saisonale Beschäftigungsschwankungen gälte es bei dem zu

berücksichtigenden Arbeitsausfall auszuklammern. Allenfalls besteht auch die Notwendigkeit der Frage hinsichtlich der Betriebsferien vertieft nachzugehen (Rückfrage bei den Arbeitnehmenden). Die entsprechenden Abklärungen werden darüber Aufschluss bringen. Ferner ist dem Beschwerdegegner beizupflichten, dass die Beschwerdeführerin, um ihrer Schadenminderungspflicht angemessen nachzukommen, ihr Konzept jeweiligen Gegebenheiten (z.B. behördliche Massnahmen) laufend anzupassen gehabt hätte und sich dabei auch auf allfällige, voraussehbare Entwicklungen hätte einstellen müssen. Es ist ihm zuzustimmen, dass mit der Medienmitteilung des Bundesrates am 2. Februar 2022 konkrete Anhaltspunkte für eine Lockerung der Massnahmen für den 17. Februar bereits zeitig vorhanden waren (vgl. E. 5.3), worauf die Beschwerdeführerin sich hätte vorbereiten müssen. Von einer überraschenden "Turbo-Öffnung" (act. 8 S. 2 unten), welche ein Reagieren innert Stunden verlangt und mit der niemand gerechnet hätte, kann damit keine Rede sein. Vielmehr wurde die nachfolgende Aufhebung der Massnahmen in einem einzigen Schritt, als eine von zwei Varianten der Öffnung mit der Mitteilung am 2. Februar 2022 ganz konkret umschrieben und publik gemacht. Mit Recht verwies der Beschwerdegegner zudem darauf, dass es sich beim Standort des Restaurants entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin um einen nicht zu berücksichtigenden betriebsüblichen Faktor bei der Anrechenbarkeit des Arbeitsausfalles handelt (vgl. Art. 33 Abs. 1 lit. b AVIG und E. 6.1). So liegt das Restaurant in L. _____ und der Anreiseweg hat sich durch die Pandemie nicht verändert.

E. 21

Urteil S 2022 135 10. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. fbis ATSG). Nach ständiger Rechtsprechung gilt die Rückweisung zur weiteren Abklärung und neuen Verfügung als vollständiges Obsiegen (BGE 137 V 57), weshalb die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung hat. Diese ist in Anwendung von Art. 61 lit. g ATSG, namentlich unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses auf Fr. 2'100.– (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

E. 22

Urteil S 2022 135 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

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