

ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2023 43 vom 30. September 2024

ZG Verwaltungsgericht, 2024-09-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_S_2023_43

FR: ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2023 43 du 30 septembre 2024

IT: ZG_VERWALTUNGSGERICHT S 2023 43 del 30 settembre 2024

Regeste

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

Erwägungen

E. 2

Urteil S 2023 43 A. A.a Die A. _____ Corp., mit Sitz im Kanton Zug, beantragte am 18. März 2020 für ihre Betriebsabteilung "Technologie" Kurzarbeit ab 25. März 2020 (AWA-"Betriebs- abteilung Technologie, Voranmeldungen"-act. 1 [nachfolgend: AWA-Technologie-act. xy]). Anträge auf Verlängerung erfolgten am 19. November 2020 (ab 10. Dezember 2020), 25. Februar 2021 (ab 9. März 2021) und 25. Mai 2021 (ab 9. Juni 2021; AWA- Technologie-act. 7, 11, 15). Für die Dauer vom 25. März bis 24. Juni 2020, 10. Dezember 2020 bis 9. März 2021 sowie 10. März bis 9. Juni 2021 wurde die Kurzarbeit bewilligt bzw. erhob das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons Zug (AWA) keinen Einspruch gegen die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung (KAE) und ermächtigte die Arbeitslosen- kasse Zug, KAE für die entsprechenden Zeiträume auszurichten, sofern die übrigen An- spruchsvoraussetzungen erfüllt seien (Verfügungen des AWA vom 28. März 2020, 24. No- vember 2020 und 1. März 2021 [AWA-Technologie-act. 6, 10, 14]). Mit Verfügung vom 30. Juli 2021 (Entscheid-Nr. 342030412) hob das AWA die Verfügung vom 28. März 2020 auf und erhob Einspruch gegen die Auszahlung von KAE für die Zeit vom 25. März bis 24. Juni 2020 (AWA-Technologie-act. 21; die Verfügungen vom 24. No- vember 2020 und 1. März 2021 sind Gegenstand des Parallelverfahrens S 2023 45). A.b Ebenfalls am 18. März 2020 beantragte die A. _____ Corp. auch für ihre Be- triebsabteilung "Operations" Kurzarbeit ab 25. März 2020 (AWA-"Betriebsabteilung Operations, Voranmeldungen"-act. 1 [nachfolgend: AWA-Operations-act. xy]). Das AWA erhob mit Verfügung vom 28. März 2020 keinen Einspruch gegen die Auszahlung von KAE und ermächtigte die Arbeitslosenkasse für die Zeit vom 25. März bis 24. Juni 2020 KAE auszurichten, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (AWA- Operations-act. 5). Mit Verfügung vom 30. Juli 2021 (Entscheid-Nr. 342030491) hob das AWA die Verfügung vom 28. März 2020 auf und erhob Einspruch gegen die Auszahlung von KAE vom 25. März bis 24. Juni 2020 (AWA-Operations-act. 6). A.c Am 31. August 2020 beantragte die A. _____ Corp. schliesslich auch für ihre Betriebsabteilung "CTO" KAE ab 10. September 2020 (AWA-"Betriebsabteilung CTO, Voranmeldungen"-act. 1 [nachfolgend: AWA-CTO-act. xy]). Das AWA erhob mit Verfügung vom 1. September 2020 keinen Einspruch auf Auszahlung von KAE und ermächtigte die

E. 2.1

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. 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 Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG; BGS 162.1]).

E. 2.2

Der angefochtene Einspracheentscheid wurde vom AWA und damit von einer Amtsstelle des Kantons Zug erlassen. Das Verwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde örtlich und sachlich zuständig. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 20. Februar 2023 (frühestens zugestellt am Folgetag) wurde mit der elektronischen Eingabe vom 22. März 2023 rechtzeitig erhoben (Art. 60 Abs. 1 ATSG). Die Beschwerdeführerin ist durch den angefochtenen Entscheid direkt betroffen und somit zur Beschwerde legitimiert. Letztere entspricht schliesslich den formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

E. 3

Urteil S 2023 43 Arbeitslosenkasse für die Zeit vom 10. September bis 9. Dezember 2020 KAE auszurichten, sofern die übrigen Anspruchsvoraussetzungen erfüllt seien (AWA-CTO-act. 4). Mit Verfügung vom 30. Juli 2021 (Entscheid-Nr. 342030455) hob das AWA die Verfügung vom 1. September 2020 auf und erhob Einspruch gegen die Auszahlung von KAE vom 10. September bis 9. Dezember 2020 (AWA-CTO-act. 5; vgl. zur Betriebsabteilung "CTO" aber das Antwortschreiben der A._____ Corp. vom 15. Dezember 2022, wonach es sich bei "CTO" bzw. "Chief of Technologie" und "Technologie" um dieselbe Abteilung handle [AWA-"Akten zum Einspracheverfahren E 309 21"-act. 10a; nachfolgend: AWA- E 309 21-act. xy]; vgl. aber auch die insofern widersprüchliche Auskunft der Beschwerdeführerin im Antwortschreiben vom 11. August 2022, worin [auf explizite Nachfrage hin] klar festgehalten wurde, dass die Feststellung des AWA, wonach drei Betriebsabteilungen – Operations, CTO sowie Technologie – für KAE angemeldet worden seien, korrekt sei [AWA-E 309 21-act. 3 und 6a]). A.d Gegen alle drei Verfügungen vom 30. Juli 2021 (Entscheid-Nrn. 342030412, 342030491, 342030455) erhob die A._____ Corp. mit Schreiben vom 1. September 2021 Einsprache (AWA-E 309 21-act. 2). Mit Einspracheentscheid E 309 21 vom 20. Februar 2023, welcher alle drei Verfügungen vom 30. Juli 2021 zum Inhalt hatte, wies das AWA die Einsprache ab (BF-act. 1). B. Dagegen liess die A._____ Corp. mit elektronischer Eingabe vom 22. März 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug führen. Sie beantragte die Aufhebung des Einspracheentscheids E 309 21 vom 20. Februar 2023 sowie sinngemäss die Bewilligung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung ab 25. März 2020 und 10. September 2020 (act. 1). C. Das AWA schloss am 29. Juni 2023 innert erstreckter Frist

vernehmlassend auf Abweisung der Beschwerde (act. 4, 5).

E. 3.1

Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, 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. Ein Arbeitsausfall ist unter anderem anrechenbar, wenn er auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen und unvermeidbar ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG). Nicht anrechenbar ist ein Arbeitsausfall, der durch Umstände bedingt ist, die zum normalen Betriebsrisiko des Arbeitgebers gehören (Art. 33 Abs. 1 lit. a zweiter Satzteil AVIG). Dass der auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführende Arbeitsausfall unvermeidbar sein muss, ist Ausdruck der Schadenminderungspflicht. Vom Arbeitgeber kann verlangt werden, dass er zumutbare Vorkehren zur Abwendung des Arbeitsausfalls trifft (AVIG Praxis KAE, gültig ab dem 1. Januar 2021, Rz. C3; vgl. zur Bedeutung von Verwaltungsweisen BGE 133 V 587 E. 6.1).

E. 3.2

Mit dem normalen Betriebsrisiko im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a zweiter Satzteil AVIG sind die "gewöhnlichen" Arbeitsausfälle gemeint, mithin jene Ausfälle, die erfahrungsgemäss regelmässig und wiederholt auftreten, demzufolge vorhersehbar und in verschiedener Weise kalkulatorisch erfassbar sind. Was in diesem Sinne noch als normal gelten soll, darf aber nach der Rechtsprechung nicht nach einem für alle Unternehmensarten allgemein gültigen Massstab bemessen werden, sondern ist in jedem Einzelfall aufgrund der mit der spezifischen Betriebstätigkeit verbundenen besonderen Verhältnisse zu bestimmen (BGE 119 V 498 E. 1). Dabei kommt dem Gesichtspunkt der Vorhersehbarkeit in aller Regel massgebende Bedeutung zu (BGE 119 V 498 E. 3; 138 V 333 E. 4.2.2).

E. 3.3

Ein Arbeitgeber, der für seine Arbeitnehmer Kurzarbeitsentschädigung geltend machen will, muss dies mindestens zehn Tage vor Beginn der Kurzarbeit voranmelden. Der Bundesrat kann für Ausnahmefälle kürzere Voranmeldefristen vorsehen. Die Voranmeldung ist zu erneuern, wenn die Kurzarbeit länger als drei Monate dauert (Art. 36 Abs. 1 AVIG). In der Voranmeldung muss der Arbeitgeber unter anderem die Notwendigkeit der Kurzarbeit begründen und anhand der durch den Bundesrat bestimmten Unterlagen glaubhaft machen, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG erfüllt sind. Die kantonale Amtsstelle kann weitere zur Prüfung nötige Unterlagen einverlangen (Art. 36 Abs. 3 AVIG). Hält die kantonale Amtsstelle eine oder mehrere Anspruchsvoraussetzungen für nicht erfüllt, erhebt sie durch Verfügung Ein-

E. 3.4

Gemäss Art. 38 Abs. 1 AVIG muss der Arbeitgeber den Entschädigungsanspruch seiner Arbeitnehmer alsdann innert dreier Monate nach Ablauf jeder Abrechnungsperiode gesamthaft für den Betrieb bei der von ihm bezeichneten Kasse geltend machen. Als Abrechnungsperiode gilt ein Zeitraum von einem Monat oder von vier zusammenhängenden Wochen (Art. 32 Abs. 5 AVIG). Die Kasse prüft die Anspruchsvoraussetzungen nach Art. 31 Abs. 3 und Art. 32 Abs. 1 lit. b AVIG, ob allenfalls ein Einspruch erhoben wurde, und alle von der kantonalen Amtsstelle im Voranmeldeverfahren zu prüfenden Anspruchsvoraussetzungen (Art. 39 Abs. 1 und 2 AVIG); sofern alle Anspruchsvoraussetzungen er-

füllt sind und kein Einspruch vorliegt, nimmt sie die Auszahlung vor (Thomas Nussbaumer, Arbeitslosenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2424 f. Rz. 525).

E. 3.5

Wie in der Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102; BBl 2020 6563 ff.) in Ziff. 2.3.8 ausgeführt wird, besteht der Sinn und Zweck der Kurzarbeitsentschädigung nicht in der Existenzsicherung des Betriebs beziehungsweise 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). Nach den laufend aktualisierten Weisungen des SECO "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 (vgl. BGE 8C_555/2021 vom 24. November 2021 E. 3.3.1).

E. 3.6

Nach Art. 53 Abs. 2 ATSG kann der Versicherungsträger auf formell rechtskräftige Verfügungen, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Überprüfung gebildet haben, zurückkommen, wenn diese zweifellos unrichtig sind, und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Die Wiedererwägung im Sinne dieser Bestimmung dient der Korrektur einer anfänglich unrichtigen Rechtsanwendung einschliesslich unrichtiger Feststel-

E. 4

Urteil S 2023 43 Das Verwaltungsgericht erwägt: 1. Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (in casu: 20. Februar 2023) eingetretenen Sachverhalt ab (vgl. 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). 2.

E. 4.1

Umstritten ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf KAE vom 25. März bis 24. Juni 2020 (Betriebsabteilungen Technologie und Operations) sowie vom 10. September bis 9. Dezember 2020 (Betriebsabteilung CTO). Dabei ist zu prüfen, ob das AWA die beiden Verfügungen vom 28. März 2020 sowie die Verfügung vom 1. September 2020 zu Recht wiedererwägungsweise aufgehoben und Einspruch gegen die jeweilige Auszahlung von KAE erhoben hat.

E. 4.2

Im angefochtenen Einspracheentscheid führt das AWA zusammengefasst aus, Sinn und Zweck der KAE liege nicht in der Existenzsicherung eines – wie in diesem Fall – entstehenden und sich entwickelnden Betriebs oder in der Deckung von Umsatz- oder Betriebseinbussen, welche konkret noch gar nicht entstanden seien, da, wie in dem Fall, die

Möglichkeit der Ausübung der vorgesehenen Tätigkeit mangels FINMA-Bewilligung bislang fehle. Die Beschwerdeführerin vermöge keine konkreten Evidenzen seitens der FINMA vorzulegen, welche eindeutig belegen würden, dass die FINMA gerade auch in Sachen A. _____ Corp. aufgrund der Pandemie all ihre Ressourcen und Prioritäten von der Bewilligungstätigkeit zur Aufsichtstätigkeit verschoben habe, was gemäss der Beschwerdeführerin kausal zu einer Verzögerung geführt haben solle. Anhand der Chronologie sowie der eigenen Aussagen der Beschwerdeführerin sei ohne Weiteres festzustellen, dass das Gesuch der B. _____ AG resp. A. _____ Corp. seit dem 22. November 2017 (Einreichung des ersten Gesuchs) wie auch die abgeänderten Gesuche schlicht und einfach nicht die Auflagen der FINMA erfüllt hätten, was nicht im Zusammenhang mit der Pandemie stehe. Vielmehr seien stets personelle Aspekte (Führungsfragen, Fachkennt-

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerdeschrift zusammengefasst aus, dass die Voraussetzungen für eine Wiedererwägung nicht gegeben seien. Der Beschwerdegegner verwende das falsche Beweismass ("eindeutig belegen" anstelle Glaubhaftmachung). Es sei nicht nachvollziehbar, dass dem Jahresbericht der FINMA und der schriftlichen Bestätigung des im FINMA-Bewilligungsverfahren für die Beschwerdeführerin tätigen Anwalts pauschal jegliche Beweiskraft abgesprochen werde. Dass es aufgrund der im Jahresbericht der FINMA erwähnten Umstellungen bei der Arbeitserledigung (Home-Office) und der ausserordentlichen Lage zu Verzögerungen beim Arbeitsablauf gekommen sei, bedürfe keiner weiteren Begründung. Dies sei offensichtlich. Es sei eine behördliche Auskunft bei der FINMA einzuholen, diese werde bestätigen, dass es bei Bewilligungsverfahren im hier relevanten Zeitraum (März bis Dezember 2020) zu Verzögerungen gekom-

E. 5

Urteil S 2023 43 3.

E. 5.1

Ob die vorliegende Konstellation – bei welcher die Beschwerdeführerin keine Arbeitsausfälle aufgrund rückläufiger Nachfrage nach Gütern oder Dienstleistungen und auch keine Arbeitsausfälle als direkte Folge einer behördlichen Massnahme geltend macht, sondern im Wesentlichen eine "pandemiebedingte Prioritätenverschiebung" der FINMA und eine daraus folgende Verzögerung eines Bewilligungsverfahrens anführt – überhaupt vom Schutzzweck der Bestimmungen zur KAE und des Covid-19-Gesetzes erfasst ist, erscheint von vornherein fraglich, kann vorliegend aber offen bleiben. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, gelingt es der Beschwerdeführerin ohnehin nicht glaubhaft darzulegen, dass die geltend gemachte Bewilligungsverzögerung und die damit (angeblich) einhergehenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind. Mithin ist die vorgebrachte Bewilligungsverzögerung dem normalen Betriebsrisiko zuzurechnen.

E. 5.2

Vorab ist zum Beweismass festzuhalten, dass die gesuchstellende Arbeitgeberin in der Voranmeldung glaubhaft zu machen hat, dass die Anspruchsvoraussetzungen von Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG erfüllt sind. Glaubhaft gemacht ist eine Tatsache schon dann, wenn für deren Vorhandensein gewisse Elemente sprechen, selbst wenn das Gericht noch mit der Möglichkeit rechnet, dass sie sich nicht verwirklicht haben könnte (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c; 104 Ia 408 E. 4; 88 I 11 E. 5a). Das Gericht darf weder blosser Behauptungen genügen lassen noch einen stringenten Beweis verlangen (BGE 120 II 393 E.

4c; BGer 9C_725/2019 vom 27. Januar 2020 E. 3.4). Es hat vielmehr die vorgebrachten Elemente auf ihre Wahrscheinlichkeit hin zu prüfen (vgl. BGE 120 II 393 E. 4c). In zeitlicher Hinsicht sind in diesem Zusammenhang zudem jene Verwaltungsweisungen zu beachten, die in im jeweiligen Verfügungszeitpunkt der hier wiedererwogenen Verfügungen vom 28. März 2020 und 1. September 2020 in Geltung standen (vgl. vorne E. 3.6). Sowohl in der (hier relevanten) SECO-Weisung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" vom 12. März 2020 als auch in jener vom 27. August 2020 ist festgehalten, dass der Arbeitgeber glaubhaft darzulegen hat, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind. Die Weisung vom 12. März 2020 enthält noch keine Spezifizierung, was hierzu als Begründung genügt (erst ab der per 9. April 2020 gültigen Weisung wurde der [einfache] Hinweis auf die Pandemie als genügende Begründung betrachtet). Die Weisung vom 27. August 2020 hält sodann ausdrücklich fest, dass der einfache Hinweis auf die Pandemie als Begründung nicht (mehr) genügt (vgl. Ziff. 2.2).

E. 5.3.1

In den Voranmeldungen vom 18. März 2020 führte die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, dass sie beabsichtige, eine der ersten regulierten Wertpapier-Token-Börsen zu eröffnen, sobald die Schweizer Wertpapier- und OTF-Lizenz der FINMA vorliege. Ein Teil des aktuellen Teams (jene, für welche der Antrag auf KAE gestellt werde) sei spezifisch für Aufgaben innerhalb des Bewilligungsverfahrens rekrutiert und angestellt worden. Über den Zeitraum der letzten zwölf Monate sei man jeweils in engem Austausch mit der FINMA über die vertretende Anwaltskanzlei gewesen. Aufgrund der vom Bundesrat getroffenen Entscheide im Rahmen der Coronaviruspandemie und dem daraus resultierenden Lockdown für die Schweiz habe sie feststellen müssen, dass sich die Prioritäten der FINMA von ihrem Verfahren wegbewegt hätten und die Ressourcen anderweitig verwendet worden seien. Sie würde einen entsprechenden Brief ihres Anwalts erwarten und diesen nachliefern. Die Personen aus der IT-Abteilung seien angestellt, um die Infrastruktur für die künftige OTF-Plattform zu bauen. Es würden dabei jedoch klare Instruktionen von der Businessseite und der FINMA benötigt, welche bedingt durch den Lockdown weggefallen seien, respektive sich stark verspäten würden. Die Personen aus der Abteilung Operations könnten aufgrund der starken Verzögerungen nicht mehr am Lizenzvertrag arbeiten. Mithilfe der KAE solle das Team während der Krise gehalten und verhindert werden, dass diese Arbeitsplätze verloren gingen. Sie hätten viel Zeit und Geld in die Rekrutierung dieser Personen investiert, da sie spezialisiert für ihre jeweiligen Aufgaben angestellt worden seien. Die Personen aus der Abteilung Operations seien seitens der FINMA bereits gutgeheissen worden (AWA-Technologie-act. 1; AWA-Operations-act. 1). In der Voranmeldung vom 31. August 2020 erklärte die Beschwerdeführerin, dass der Arbeitsrückstand und die durch die Auswirkungen der Pandemie überholten Prioritäten bei der FINMA dazu führen würden, dass die Lizenz nur sehr langsam vorankomme. Zudem seien Investoren ausgefallen. Die KAE werde dringend benötigt, damit das talentierte Team trotz Verzögerungen an Bord behalten werden könne (AWA-CTO-act. 1 und 3).

E. 5.3.2

Im Rahmen der Voranmeldungen vom 18. März 2020 reichte die Beschwerdeführerin das Schreiben ihres damaligen Rechtsvertreters (welcher sie gegenüber der FINMA im Bewilligungsverfahren vertrat) vom 23. März 2020 ein (u.a. AWA-Technologie-act. 2). Auf dieses Schreiben hatte sie auch schon im Einspracheverfahren verwiesen und tut dies auch

vorliegend. Der Rechtsanwalt führt darin aus, dass – nachdem die FINMA in der ersten Hälfte des Jahres 2019 signalisiert hatte, dass keine Hindernisse ersichtlich seien – sich die Situation in der zweiten Jahreshälfte 2019 verschlechtert habe, da in den zuständigen Bereichen ein Personalwechsel stattgefunden habe und viele personellen Ressourcen dringenderen Projekten (insbesondere der blockchainbasierten, globalen Währung Libra) zugeteilt worden seien. Es sei in den Jahren 2019 und 2020 bei der Beschwerdeführerin ein kompetentes Team von Mitarbeitern aufgebaut worden, die mit den Verantwortlichen bei der FINMA die Behandlung des Gesuchs vorantreiben könnten. Die Finanzierung sei bis anhin gesichert gewesen. Mit dem Ausbruch der Corona-Pandemie seien für die Aufsichtsbehörden und für die Investoren neue Umstände aufgetreten, die zu einer Verzögerung bei der FINMA und einer Verknappung der verfügbaren Mittel geführt hätten. Um das bestehende Team bis zum Erhalt der FINMA-Bewilligung nicht zu verlieren, müsse Kurzarbeit angemeldet werden. Dieser harte Einschnitt sei für die Sicherung der Zukunft nötig.

E. 5.3.3

Weiter führte die Beschwerdeführerin im Einspracheverfahren den FINMA-Jahresbericht 2020 an (AWA-E 309 21-act. 2, Beilage 4). Auch vorliegend verweist sie auf diesen und zitiert in ihrer Beschwerdeschrift namentlich Auszüge daraus, die sich zu der Home-Office-Pflicht der FINMA-Mitarbeiter äussern (act. 1 Rz. 45).

E. 5.3.4

Mit der Vorinstanz ist festzuhalten, dass diese in der Hauptsache angeführten Belege weder eine pandemiebedingte Prioritätenverschiebung der FINMA noch eine anderweitige pandemiebedingte Verzögerung des FINMA-Bewilligungsverfahrens glaubhaft machen. Die Erklärung vom 23. März 2020 geht nicht über eine reine Parteibehauptung hinaus. Die (nur auszugsweise eingereichte) Korrespondenz mit der FINMA enthält denn auch keine Anhaltspunkte, die auf Verzögerungen infolge der Pandemie oder eine damit einhergehenden allfälligen Ressourcenverschiebung seitens der FINMA hinweisen würden. Vielmehr wird aus der Stellungnahme vom 23. März 2020 klar ersichtlich, dass es bereits Ende 2019 – offensichtlich ohne Zusammenhang mit der Pandemie – zu Verzögerungen im Bewilligungsprozess gekommen war. Im Übrigen sei erwähnt, dass die Beschwerdeführer-

E. 5.3.5

Die Beschwerdeführerin erachtet ihr früheres Bewilligungsgesuch aus dem Jahr 2017 für irrelevant und unterlässt es, Ausführungen dazu zu machen, weshalb es (schon) damals zu Verzögerungen gekommen war bzw. wieso der Gesuchsantrag im März 2019 erneuert worden war. Das frühere Verfahren zum Bewilligungsgesuch vom November 2017 ist jedoch insofern von Bedeutung, als er in aller Klarheit aufzeigt, dass die Verfahrensdauer – insbesondere im konkreten Fall der Beschwerdeführerin, welche (so wie sie selbst anführt) die weltweit erste regulierte Wertpapier-Token-Börse eröffnen möchte – offensichtlich durchaus länger als die (behaupteten) "üblichen" sechs Monate andauern kann. Inwieweit diesbezüglich eine behördliche Auskunft bei der FINMA andere, entscheidungsrelevante Erkenntnisse liefern könnte, ist nicht ersichtlich. Unvorhersehbar dürfte die lange Verfahrensdauer nach dem bisherigen Verlauf des Bewilligungsverfahrens (seit November 2017) und den zahlreichen Rückfragen der FINMA (namentlich auch schon vor dem Ausbruch der Pandemie in der Schweiz) für die Beschwerdeführerin jedenfalls eindeutig nicht gewesen sein, zumal die Behebung der von der FINMA beanstandeten

Punkte in wesentlichem Umfang in der Hand der Beschwerdeführerin lag und von ihrer Organisation und Finanzierung abhängig war (vgl. hierzu vorstehende E. 3.2, wonach dem Kriterium der Vorhersehbarkeit massgebende Bedeutung zukommt; vgl. in diesem Zusammenhang etwa auch das Schreiben der FINMA vom 28. Juni 2022, worin die FINMA der Beschwerdeführerin in Bezug auf das Gesuch vom 19. März 2019 fehlende Mitwirkung vorwirft [AWA-E 309 21-act. 10d]).

E. 5.3.6

Die Schlussfolgerung des AWA, dass die angeführte Bewilligungsverzögerung dem Betriebsrisiko zuzuordnen ist, ist nach dem Gesagten nicht zu beanstanden. Einen Zusammenhang zur Pandemie vermochte die Beschwerdeführerin weder mit den Voranmeldungen noch im Einspracheverfahren glaubhaft zu machen. Die Voraussetzungen für die Bewilligung von KAE haben damit von allem Anfang an nicht bestanden. Die angeführte pandemiebedingte Prioritätenverschiebung der FINMA erschöpft sich in Parteibehauptungen der Beschwerdeführerin und dem ungenügenden (einfachen) Hinweis auf die Pandemie, was offenkundig nicht dem Beweismass des Glaubhaftmachens genügt und auch

E. 5.4

Was die angeführte, problematische und offenbar infolge antizipierter Aussichtslosigkeit vorderhand eingestellte Investorensuche betrifft, kann festgehalten werden, dass die Existenzsicherung eines Unternehmens nicht Sinn und Zweck der KAE ist. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, dass (im Verfügungszeitpunkt) Arbeitsausfälle der "spezifisch" für das FINMA-Bewilligungsverfahren und insbesondere den Aufbau der IT-Infrastruktur angestellten Personen aufgrund der ausgesetzten Investorensuche zu erwarten gewesen wären. Dass diese spezialisierten Personen überhaupt (in relevantem Umfang) hätten für die Investorensuche eingesetzt werden sollen, ist jedenfalls nicht offensichtlich und wird auch nicht hinreichend substantiiert dargelegt. Auch dieses Vorbringen ändert somit nichts am vorliegenden Ergebnis. Im Übrigen sei angemerkt, dass es zwar stimmt, dass im Rahmen einer Voranmeldung eine prospektive Beurteilung zu erfolgen hat. Eine solche wurde denn auch in den vorstehenden Erwägungen vorgenommen. Bezeichnenderweise hat die Beschwerdeführerin aber – soweit ersichtlich – die verlangte FINMA-Bewilligung noch immer nicht erlangt, genauer hat sie ihr Gesuch offenbar im Sommer 2022 (erneut) zurückgezogen (vgl. Antwortschreiben vom 15. Dezember 2022 [AWA-E 309 21-act. 10a, Antwort auf Frage 9]). Die (prospektiv) getroffene Einschätzung, dass die (vorhersehbar) lange Verfahrensdauer dem Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin zuzuordnen und der (nach wie vor) fehlenden Erfüllung der Auflagen der FINMA zuzuschreiben waren, bestätigt sich somit insofern.

E. 5.5

Bei diesem Ergebnis erübrigen sich Ausführungen zur Abgrenzbarkeit der geltend gemachten Arbeitsausfälle (sowohl innerhalb der Konzernstruktur als auch innerhalb der jeweiligen Abteilungen) sowie zur Kontroverse betreffend die "Abteilung" CTO. 6. Zusammenfassend hat das AWA die Verfügungen vom 28. März 2020 und die Verfügung vom 1. September 2020 zu Recht wiedererwägungsweise aufgehoben. Der

E. 6

Urteil S 2023 43 spruch gegen die Auszahlung der Entschädigung. Sie benachrichtigt in jedem Fall den Arbeitgeber und die von ihm bezeichnete Kasse (Art. 36 Abs. 4 AVIG).

E. 7

Urteil S 2023 43 lung im Sinne der Würdigung des Sachverhalts, insbesondere bei einer klaren Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes. Zweifellose Unrichtigkeit meint dabei, dass kein vernünftiger Zweifel an der (von Beginn weg bestehenden) Unrichtigkeit der Verfügung besteht, also einzig dieser Schluss denkbar ist. Ob dies zutrifft, beurteilt sich nach der bei Erlass der Verfügung bestehenden Sach- und Rechtslage, einschliesslich der damaligen Rechtspraxis. Das Erfordernis ist in der Regel erfüllt, wenn eine Leistungszusprechung aufgrund falscher Rechtsregeln erfolgte oder weil massgebliche Bestimmungen nicht oder unrichtig angewandt wurden (BGE 144 I 103 E. 2.2; BGer 8C_57/2020 vom 18. Juni 2020 E. 4.1, je mit Hinweisen). Diese Grundsätze sind auch zu beachten, wenn die zuständige Amtsstelle ein Gesuch um Kurzarbeit (im Grundsatz, mithin bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen) bewilligt hat und diese Bewilligung später widerrufen will (vgl. BGer 8C_474/2021 vom 19. Oktober 2021 E. 2.2 f.). 4.

E. 8

Urteil S 2023 43 nisse, Strukturen, klare Abgrenzungen etc.) wie auch
Finanzierungsprobleme Grund dafür gewesen, dass die FINMA seit der Einreichung des Gesuchs 2017 keine Bewilligung habe erteilen können. Entgegen der Aussage des Geschäftsführers (E-Mail ans AWA vom 2. Juni 2021) habe die FINMA zu keinem Zeitpunkt "grünes Licht" gegeben, was auch vom zeitlichen Aspekt her dazu führe, dass es sich ab März 2020 (Beginn Pandemie) eben nicht nur um einen vorübergehenden und absehbaren Zustand gehandelt habe. Die Kausalität zur Pandemie sei nicht gegeben. Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Arbeitsausfälle seien ab 2017 je nach Verfahrensstand und Rückmeldung der FINMA voraussehbar und zu erwarten gewesen und damit ein miteinzukalkulierendes und gewolltes Risiko der Unternehmung, welches nicht auf die Sozialversicherung abgewälzt werden könne, zumal es allein in der Hand der Unternehmung gelegen habe, die Auflagen der FINMA zu erfüllen und sich entsprechend strategisch zu organisieren. Aufgrund der eingereichten Unterlagen sei indes zu erkennen, dass nicht die A. _____ Corp. sondern die B. _____ AG hauptsächlich, wenn nicht sogar ausschliesslich, mit der FINMA-Bewilligung befasst gewesen sei, resp. das Gesuch um die FINMA-Bewilligung eingereicht habe. Es sei in der Konsequenz deshalb davon auszugehen, dass der jeweilig konkrete Ort des Arbeitseinsatzes, resp. die Arbeitsleistung der dafür eigens eingestellten Arbeitnehmer zuhanden der FINMA bei der B. _____ AG verrichtet worden sei und nicht, oder zumindest nicht ausschliesslich, bei der A. _____ Corp., welche Kurzarbeit geltend mache; wenn auch die vorliegenden Arbeitsverträge über die A. _____ Corp. laufen würden oder gelaufen seien. Da es sich bei der B. _____ AG um eine eigenständige Rechtseinheit handle, könne der geltend gemachte Arbeitsausfall bei der A. _____ Corp., welche ebenfalls eine eigenständige Rechtseinheit darstelle, nicht nachvollziehbar und plausibel dargelegt werden. Dies gelte auch für die teilweise, während des Bezugs von Kurzarbeitsentschädigung erfolgten fließenden Verschiebungen des Personals zwischen den einzelnen Betriebsabteilungen. Der konkrete Arbeitsausfall der einzelnen Personen in den jeweiligen Unternehmungen und Betriebsabteilungen könne nicht nachvollziehbar und klar abgegrenzt dargelegt werden, was indes eine unverzichtbare Voraussetzung für den Nachweis des zu definierenden Arbeitsausfalls pro Unternehmung und Betriebsabteilung wie auch für die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung sei (AWA-E 309 21-act. 1). Vernehmlassend verweist das AWA insbesondere darauf, dass nicht glaubhaft dargelegt werden könne, dass

ein Entscheid seitens FINMA (Bewilligung oder Ablehnung des Gesuchs) ohne Pandemie mit Sicherheit im Zeitraum März 2020 bis Dezember 2020 erfolgt wäre, zumal schon seit der ersten Eingabe des Gesuchs im Jahr 2017 sowie eines weite-

E. 9

Urteil S 2023 43 ren Gesuchs seitens der Beschwerdeführerin im April 2019 bis März 2020 (vor Ausbruch der Pandemie) kein Entscheid der FINMA erfolgt sei. Vielmehr sei die Beschwerdeführerin im Januar 2021 erneut gehalten gewesen, Unklarheiten mittels Fragen seitens der FINMA auszuräumen und konkrete Auflagen zu erfüllen. Weshalb es bereits ab 2017 bis März 2020 zu Verzögerungen bezüglich des FINMA-Entscheidung gekommen sei, vermöge die Beschwerdeführerin nicht plausibel zu erklären und ergäbe sich auch nicht aus den Akten. Die Aussage, dass die Pandemie auch für die FINMA eine Herausforderung dargestellt habe (wie für alle Institutionen, Behörden und Unternehmungen im Übrigen auch), reiche alleine nicht aus, um die Kausalität des Arbeitsausfalls im Falle der A. _____ Corp. oder der B. _____ AG (welche das Bewilligungsgesuch bei der FINMA gestellt habe) zu begründen. Es sei erwiesen, dass der Kontakt mit der FINMA während der Pandemie sowohl schriftlich wie auch telefonisch funktioniert habe, trotz der Homeoffice-Pflicht der Mitarbeitenden der FINMA. Weder vor noch während noch nach der Pandemie hätten die A. _____ Corp. oder die B. _____ AG die Auflagen der FINMA erfüllt. Dass der Geschäftsplan mangels Bewilligung nicht umgesetzt werden können und damit die Grundlage für die Lancierung des Produkts gefehlt habe, falle nicht unter die Voraussetzung von Kurzarbeit gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG i.V.m. Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIV, sondern sei dem Betriebsrisiko zuzuordnen. Zudem bleibe nicht nachvollziehbar, wer wann in welcher Unternehmung (A. _____ Corp. oder B. _____ AG) und Betriebsabteilung Tätigkeiten verrichtet habe und dabei einen klar definierten Arbeitsausfall für die Unternehmung oder die jeweilige Betriebsabteilung vorweise. Die betriebsbezogenen Voraussetzungen für Kurzarbeit nach Art. 31 Abs. 1 und Art. 32 Abs. 1 lit. a AVIG sowie Art. 36 Abs. 1 AVIG könnten seitens der A. _____ Corp. nicht rechtsgenügend und nachvollziehbar dargelegt werden (act. 5).

E. 10

Urteil S 2023 43 men sei. Die schriftliche Bestätigung des Rechtsanwalts, der damals für die Beschwerdeführerin direkt mit der FINMA in Kontakt stand, zeige, dass Anzeichen für eine konkrete Verzögerung des Bewilligungsverfahrens der Rekurrentin bestanden hätten. Die Covid-Pandemie habe zu zahlreichen Rückfragen seitens der FINMA geführt. Diese Rückfragen hätten zu weiteren Verzögerungen geführt, deren Zusammenhang zur Pandemie sei evident. Weiter missachte der Beschwerdegegner die Chronologie der Ereignisse. Das erste, 2017 eingereichte Gesuch bei der FINMA sei für die Beurteilung der vorliegend relevanten Arbeitsausfälle irrelevant. Hier relevant sei das Gesuch, welches erst im März 2019 eingereicht worden sei. Die Beschwerdeführerin habe ihr Team im Hinblick auf dieses angepasste Gesuch zusammengestellt. Die Anstellung der Arbeitnehmer sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, als die Erteilung der FINMA-Bewilligung absehbar gewesen sei. Ihre Auflagen für die Bewilligung habe die FINMA erst am 5. Januar 2021 mitgeteilt. Die Erfüllung dieser Auflagen sei erst ab diesem Zeitpunkt möglich gewesen und könne daher nicht den Grund für die Verzögerungen zwischen März und Dezember 2020 bilden. Die übliche Dauer eines Bewilligungsverfahrens für eine OTF-Lizenz (Organized Trading Facility-Lizenz) betrage sechs Monate. Auch hierzu sei eine behördliche Auskunft bei der FINMA einzuholen. Selbst wenn mit der doppelten Dauer kalkuliert würde, hätte die

Beschwerdeführerin im März 2020 Gewissheit über die Erteilung oder Abweisung ihres Gesuchs gehabt und entsprechend (bei Erteilung der Bewilligung) die Mitarbeiter beschäftigen oder (bei Ablehnung der Bewilligung) entlassen können. Die Verzögerung des Bewilligungsverfahrens habe den Arbeitsausfall der Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin verursacht. Es sei korrekt, dass die B. _____ AG das Bewilligungsgesuch eingereicht habe, diese sei eine Projektgesellschaft. In einer Konzernstruktur sei es nichts Ungewöhnliches das Bewilligungsverfahren über eine separate Gesellschaft abzuwickeln. Dies ändere nichts daran, dass die involvierten Arbeitnehmer bei der A. _____ Corp. angestellt gewesen seien und im Rahmen dieser Arbeitnehmerposition für Arbeiten eingesetzt worden seien, die der B. _____ AG zugutegekommen seien. Innerhalb der B. _____ AG sei keine Technologie- und Operationsabteilung vorgesehen. Diese Dienstleistungen wären auch nach Erhalt der FINMA-Bewilligung aus der Beschwerdeführerin heraus erbracht worden. Die Abgrenzbarkeit der Betriebsabteilungen sei vorliegend nicht relevant. Die Zahl der Arbeitnehmer, für welche Kurzarbeit beantragt worden sei, mache eindeutig mehr als 10 % der gesamten Arbeitnehmer und deren Pensen (und somit auch der Arbeitszeit) aus. Abgesehen davon mache der Beschwerdegegner im Zusammenhang mit dem Vorwurf der mangelnden Abgrenzbarkeit der Betriebsabteilungen diverse falsche Sachverhaltsfeststellungen (act. 1).

E. 11

Urteil S 2023 43 5.

E. 12

Urteil S 2023 43 Es oblag demnach der Beschwerdeführerin im Rahmen der Voranmeldungen glaubhaft darzulegen, dass die zu erwartenden Arbeitsausfälle auf die Pandemie zurückzuführen sind (Kausalzusammenhang), wobei der einfache Hinweis auf die Pandemie – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin (vgl. act. 1 Rz. 110 ff.) – hierzu (in den hier relevanten Verfügungszeitpunkten) nicht genügte.

E. 13

Urteil S 2023 43

E. 14

Urteil S 2023 43 rin keine Akten, welche auf "Signale" seitens der FINMA, die auf eine baldige Bewilligungserteilung schliessen liessen, aufzulegen vermochte. Die aktenkundige Korrespondenz zeigt im Gegenteil, dass seitens der Beschwerdeführerin wiederholt sehr umfangreiche Antworten auf Fragen der FINMA notwendig waren, welche den Anforderungen der FINMA offenbar jeweils wiederholt nicht zu genügen vermochten. Beispielsweise umfasst das Antwortschreiben vom 24. Februar 2020 auf die Fragen der FINMA vom 3. Dezember 2019 rund 50 Seiten (AWA-E 309 21-act. 2, Beilage 2), was den Schluss zulässt, dass gegen Ende 2019 noch zahlreiche Beanstandungen seitens der FINMA bestanden haben müssen. Das Antwortschreiben vom 4. September 2020 auf die Fragen der FINMA vom

E. 15

Urteil S 2023 43 Zeitpunkt, glaubhaft machen müssen. Inwieweit die Einholung einer behördlichen Auskunft bei der FINMA im vorliegenden Beschwerdeverfahren daran etwas zu ändern vermöchte, ist nicht ersichtlich. Dementsprechend kann auf die beantragte

Beweisabnahme verzichtet werden (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung: BGE 144 V 361 E. 6.5 mit weiteren Hinweisen).

E. 16

Urteil S 2023 43 nicht den im Verfügungszeitpunkt geltenden Regeln entspricht. Die ursprünglich gegenteilige Annahme des AWA bzw. die ursprüngliche Genehmigung von KAE war zweifellos unrichtig und erfolgte – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht in vertretbarer Weise. Einer Wiedererwägung steht damit nichts entgegen. Die Beschwerdeführerin bringt schliesslich zu Recht nicht vor, dass weitere Voraussetzungen der Wiedererwägung (etwa die erhebliche Bedeutung der Verfügungsaufhebung) vorliegend nicht erfüllt wären (vgl. hierzu etwa BGer 8C_177/2023 vom 6. Oktober 2023 E. 4.4.3). Weiterungen in diesem Zusammenhang erübrigen sich.

E. 17

Urteil S 2023 43 Einspracheentscheid vom 20. Februar 2023 ist zu bestätigen. Die Beschwerde ist abzuweisen. 7. Mangels einer entsprechenden Bestimmung im AVIG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht kostenlos (Art. 61 lit. fbis ATSG) und 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. 18

Urteil S 2023 43 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

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