

# ZG\_VERWALTUNGSGERICHT S 2023 45 vom 30. September 2024

ZG Verwaltungsgericht, 2024-09-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_verwaltungsgericht\\_S\\_2023\\_45](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_S_2023_45)

FR: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT S 2023 45 du 30 septembre 2024

IT: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT S 2023 45 del 30 settembre 2024

## Regeste

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

## Erwägungen

### E. 2

Urteil S 2023 45 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; diese Verfügung und die Ver- fügungen betreffend die Betriebsabteilungen "Operations" und "CTO" ebenfalls datierend vom 30. Juli 2021 [Entscheid-Nrn. 342030491, Entscheid-Nr. 342030455], mit welchen das AWA ebenfalls wiedererwägungsweise Einspruch gegen die jeweilige Auszahlung von KAE erhob bzw. der entsprechende Einspracheentscheid E 309 21 vom 20. Februar 2023 bilden Gegenstand des Parallelverfahrens S 2023 43). Mit Verfügungen vom 10. Januar 2023 (Entscheid-Nrn. 344260737, 344260846) hob das AWA auch die Verfügungen vom 24. November 2020 und 1. März 2021 auf und erhob Einspruch gegen die Auszahlung von KAE für die Zeit vom 10. Dezember 2020 bis 9. März 2021 und vom 10. März bis 9. Juni 2021 (AWA-Technologie-act. 22, 23). Gegen beide Verfügungen vom 10. Januar 2023 erhob die die A. \_\_\_\_\_ Corp. mit Schreiben vom 6. Februar 2023 Einsprache (AWA-"zum Einspracheverfahren E 43 23 und E 44 23"-act. 4 [nachfolgend: AWA-E 43 23/E 44 23-act. xy]). Mit Einspracheentscheid E 43 23/E 44 23 vom 21. Februar 2023, welcher beide Verfügun- gen vom 10. Januar 2023 zum Inhalt hatte, wies das AWA die Einsprache ab (AWA- E 43 23/E 44 23-act. 1). B. Dagegen liess die A. \_\_\_\_\_ Corp. mit elektronischer Eingabe vom 23. März 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug führen. Sie beantragte 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

### **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 21. Februar 2023 (frühestens zugestellt am Folgetag) wurde mit der elektronischen Eingabe vom 23. 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). 3.

### **E. 3**

Urteil S 2023 45 Aufhebung des Einspracheentscheids E 43 23/E 44 23 vom 21. Februar 2023 sowie sinn- gemäss die Bewilligung des Anspruchs auf Kurzarbeitsentschädigung vom 10. Dezember 2020 bis 9. März 2021 sowie vom 10. März bis 9. Juni 2021. In prozessualer Hinsicht be- antragte sie den Beizug der Akten des vorinstanzlichen Einspracheverfahrens sowie des Einspracheverfahrens E 309 21 (act. 1). C. Das AWA schloss am 29. Juni 2023 innert erstreckter Frist vernehmlassend auf Abweisung der Beschwerde (act. 4, 5). Das Verwaltungsgericht erwägt: 1. 1.1 Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätz- lich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (in casu: 21. 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 Rechts- folgen führenden Sachverhalts in Geltung standen (BGE 130 V 445 E. 1.2.1). 1.2 Zum prozessualen Antrag der Beschwerdeführerin kann vorab festgehalten wer- den, dass das AWA seine Akten ohnehin mehrheitlich für beide Beschwerdeverfahren (S 2023 43 und S 2023 45) zusammen eingereicht hat. Dies ergibt sich bereits aus den einzelnen Aktenverzeichnissen. Soweit die Akten nur das Einspracheverfahren E 309 21 betreffen (namentlich AWA-"Akten zum Einspracheverfahren E 309 21"-act. 1–10f [nach- folgend: AWA-E 309 21-act. xy]), sind diese dem Gericht bereits aus dem Parallelverfah- ren S 2023 43 bekannt und werden im vorliegenden Verfahren – soweit notwendig – bei- gezogen. 2.

### **E. 3.1**

Gemäss Art. 31 Abs. 1 AVIG haben Arbeitnehmer, deren normale Arbeitszeit ver- kürzt oder deren Arbeit ganz eingestellt ist, Anspruch auf Kurzarbeitsentschädigung, wenn der Arbeitsausfall anrechenbar sowie voraussichtlich vorübergehend ist und erwartet wer- den darf, dass durch Kurzarbeit die Arbeitsplätze erhalten werden können. Ein Arbeitsaus- fall 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 Einspruch gegen die Auszahlung der Entschädigung. Sie benachrichtigt in jedem Fall den Arbeitgeber und die von ihm bezeichnete Kasse (Art. 36 Abs. 4 AVIG).

### **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 erfüllt 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. BGer 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 Feststellung 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.).

### **E. 4**

Urteil S 2023 45 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. 4.1**

Umstritten ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf KAE für ihre Betriebsabteilung Technologie vom 10. Dezember 2020 bis 9. März 2021 sowie vom 10. März bis

#### **E. 4.2**

Das AWA verweist vernehmlassend auf seine Ausführungen im angefochtenen Einspracheentscheid (act. 5). Darin hielt das AWA zusammengefasst fest, 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 Betriebseinbu- sen, 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 Bewilligungs- tätigkeit zur Aufsichtstätigkeit verschoben habe, was gemäss der Beschwerdeführerin kausal zu einer Verzögerung geführt haben solle. Anhand der Chronologie sowie der ei- genen Aussagen der Beschwerdeführerin sei ohne Weiteres festzustellen, dass das Ge- such der B.\_\_\_\_\_ AG resp. A.\_\_\_\_\_ Corp. seit dem 22. November 2017 (Einrei- chung des ersten Gesuchs) wie auch die abgeänderten Gesuche schlicht und einfach nicht die Auflagen der FINMA erfüllt hätten, was nicht im Zusammenhang mit der Pande- mie stehe. Vielmehr seien stets personelle Aspekte (Führungsfragen, Fachkenntnisse, Strukturen, klare Abgrenzungen etc.) wie auch Finanzierungsprobleme Grund dafür gewe- sen, dass die FINMA seit der Einreichung des Gesuchs 2017 keine Bewilligung habe ertei- len 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 zeitli- chen 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 Ar- beitsausfälle seien ab 2017 je nach Verfahrensstand und Rückmeldung der FINMA vor- aussehbar 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 einge- reichten Unterlagen sei indes zu erkennen, dass nicht die A.\_\_\_\_\_ Corp. sondern die

8 Urteil S 2023 45 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 Arbeit- nehmer zuhanden der FINMA bei der B.\_\_\_\_\_ AG verrichtet worden sei und nicht, oder zumindest nicht ausschliesslich, bei der A.\_\_\_\_\_ Corp., welche Kurzarbeit gel- tend mache; wenn auch die vorliegenden Arbeitsverträge über die A.\_\_\_\_\_ Corp. lau- fen würden oder gelaufen seien. Da es sich bei der B.\_\_\_\_\_ AG um eine eigenständi- ge 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 zwi- schen den einzelnen Betriebsabteilungen. Der konkrete Arbeitsausfall der einzelnen Per- sonen in den jeweiligen Unternehmungen und Betriebsabteilungen könne nicht nachvoll- ziehbar und klar abgegrenzt dargelegt werden, was indes eine unverzichtbare Vorausset- zung für den Nachweis des zu definierenden Arbeitsausfalls pro Unternehmung und Be- triebsabteilung wie auch für die Auszahlung von Kurzarbeitsentschädigung sei (AWA-E 43 23/E44 23-act. 1).

### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Beschwerdeschrift im Wesentlichen dieselben Argumente wie im Parallelverfahren S 2023 43 an. Sie bringt zusammengefasst vor, 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 2020 bis Juni 2021) zu Verzögerungen gekommen 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 evi-

## **E. 5**

Urteil S 2023 45

### **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

### **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 24. November 2020 und 1. März 2021 in Geltung standen (vgl. vorne E. 3.6). Sowohl in der (hier relevanten) SECO-Weisung "Sonderregelungen aufgrund der Pandemie" vom 30. Oktober 2020 als auch in jener vom 20. Januar 2021 ist festgehalten, dass der Arbeitgeber glaubhaft darzulegen hat, dass die in seinem Betrieb zu erwartenden Arbeitsausfälle auf das Auftreten der Pandemie zurückzuführen sind. In beiden Weisungen ist sodann ausdrücklich festgehalten, dass der einfache Hinweis auf die Pandemie als Begründung nicht genügt (vgl. Ziff. 2.2). 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 hierzu (in den hier relevanten Verfügungszeitpunkten) nicht genügte.

#### **E. 5.3.1**

In der Voranmeldungen vom 19. November 2020 und 25. Februar 2021 erklärte die Beschwerdeführerin, die A. \_\_\_\_\_ Corp. habe eine Reihe von spezialisierten Mitar-

#### **E. 5.3.2**

Schon 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 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 43 23/E 44 23-act. 4, Beilage 7). 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. 59).

#### **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.

#### **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 43 23/E 44 23-act. 4, Beilage 10]).

14 Urteil S 2023 45

### **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 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. 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

### **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 24. November 2020 und

### **E. 6**

Urteil S 2023 45

### **E. 7**

Urteil S 2023 45 4.

### **E. 9**

Urteil S 2023 45 dent. 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 bis Januar 2021 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). 5.

### **E. 10**

Urteil S 2023 45 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. 11**

Urteil S 2023 45 beibern eingestellt, um von der FINMA eine OTF-Lizenz zu erhalten und das regulierte Geschäft zu operationalisieren. Der Arbeitsrückstand und die durch die Auswirkungen von COVID-19 auf die Wirtschaft und die überholten Prioritäten bei der FINMA würden dazu führen, dass die Lizenz nur sehr langsam vorankomme. Zudem seien Investoren, die in der Pipeline gewesen seien, auch aufgrund der wirtschaftlichen Auswirkungen von COVID-19 ausgefallen. Die Kurzarbeit werde dringend benötigt, damit das talentierte Team trotz der Verzögerungen an Bord behalten werden könne (AWA-Technologie-act. 7, 9, 15).

#### **E. 12**

Urteil S 2023 45 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 Beschwerdeführerin 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 43 23/E 44 23-act. 4, Beilage 5), 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 15. Mai 2020 fällt nicht weniger umfangreich aus (AWA-E 43 23/E 44 23-act. 4, Beilage 8). Wie die E-Mail der FINMA vom 5. Januar 2021 (mit Verweis auf ein Telefonat vom

#### **E. 15**

Urteil S 2023 45 dem Betriebsrisiko der Beschwerdeführerin zuzuordnen und der (nach wie vor) fehlenden Erfüllung der Auflagen der FINMA zuzuschreiben waren, bestätigt sich somit insofern.

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